

Université Panthéon-Assas

école doctorale d'Histoire du droit

Thèse de doctorat en droit romain
soutenue le 19 Mars 2011

Fidei bonae nomen et societas vitae.

**Contribution à l'étude des actions de
bonne foi**



Université Panthéon-Assas

Thèse de Doctorat / Mars 2011

Pascal Naumowicz

Sous la direction de Monsieur le Professeur MICHEL HUMBERT

Membres du jury :

M. le Professeur DARIO MANTOVANI

M. le Professeur PHILIPPE COCATRE-ZILGIEN

Madame le Professeur EMMANUELLE CHEVREAU

Madame le Professeur AUDE LAQUERRIERE-LACROIX

M. le Professeur DAVID KREMER



Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Mes remerciements vont tout particulièrement au Professeur Michel Humbert, qui m'a, depuis mon Master 2, guidé par ses conseils et son attention constante. Ma reconnaissance envers lui est éternelle.

C'est un honneur immense pour un apprenti romaniste d'avoir un maître aussi prestigieux que lui. C'est lui qui m'a communiqué comme il sait si bien le faire, la passion du droit romain, et ce quand j'étais encore étudiant en deuxième année et que je suivais avec admiration son cours. Mais, outre l'honneur qu'il m'a fait en acceptant de diriger mon travail de doctorat, sa science a guidé toutes mes recherches et mes découvertes, et ses encouragements constants, son énergie, ont su toujours avoir raison de mes moments de découragement.

Mes remerciements vont encore tout naturellement au Professeur Dario Mantovani: non seulement son oeuvre, mais encore ses précieux conseils et objections n'ont cessé d'alimenter ma réflexion, et je sais apprécier l'honneur que me fait un si grand romaniste en prêtant autant d'attention aux résultats de mes travaux.

Je remercie enfin tous les membres du jury, les Professeurs Philippe Cocatre-Zilgien, Emmanuelle Chevreau, Aude Laquerrière-Lacroix et David Kremer. Ce n'est pas sans une grande angoisse que je soumetts ce travail à un jury aussi prestigieux, et je leur sais gré de l'honneur qu'ils m'ont fait en consentant à le lire.

Pascal Naumowicz



Résumé:

En s'interrogeant sur une sentence de Quintus Mucius rapportée par Cicéron (Off. 3.70), cette étude entend montrer qu'au-delà de leur diversité et des évolutions qu'elles ont subies, les actions de bonne foi (iudicia bonae fidei) ont été depuis l'époque républicaine invariablement considérées par la jurisprudence romaine comme des actions fondées sur le ius civile, et non sur le pouvoir de juridiction du préteur, malgré le défaut de prévision législative qui les caractérise ; qu'elles furent initialement, pour l'essentiel d'entre elles, secrétées par le droit propre des citoyens romains, dans le cadre de rapports marqués par une certaine intimité de vie (societas vitae), et non du fait d'exigences liées au commerce avec les pérégrins. Corrélativement, la mention de la bonne foi dans leur formule (clause ex fide bona), loin de représenter le fondement d'un devoir moral ou de l'obligation juridique qu'elles protègent, représente un standard de jugement destiné à amplifier les pouvoirs du juge pour la résolution de ces contentieux rendus délicats par les liens d'affinité sociale fréquents entre les parties au litige. De là vient l'étonnante modernité procédurale de ces formules rédigées de manière diplomatique et euphémique. Ainsi l'opposition romaine entre « droit strict » et bonne foi concerne non pas le fondement de l'action, mais les particularités de l'instance et les pouvoirs du juge.

Descripteurs : BONNE FOI OBJECTIVE – IUDICIA BONAE FIDEI- DROIT DES OBLIGATIONS- DROIT ROMAIN –RESPONSABILITE CONTRACTUELLE –EX FIDE BONA –BONA FIDES- DOLUS MALUS- PROCEDURE FORMULAIRE- STANDARDS DE JUGEMENT- IUS GENTIUM- INFAMIE- DROIT PRETORIEN

Title and Abstract:

Actions of good faith (iudicia bonae fidei) have for long been suspected of being initially praetorian actions, which were probably for most of them created by the peregrine praetorship to enforce contracts passed by the strangers (peregrine), so that their material source is good faith (fides bona), expressed in their formula by the clause "ex fide bona". Our research is an attempt to prove that :a) these actions were already considered as civilian actions in the later Republic, despite the lack of a statutory ground b)their initial scope was to protect typically Roman relationships; c)Thus, the clausula ex fide bona was a simple standard that enlarged the power of the judge and overlapped some of the strict rules of Roman civil procedure, as well as it took place in an euphemistic and diplomatic way of writing formulas, in order to respect the social affinity (societas vitae) between the parties.

Keywords : ROMAN LAW – GOOD FAITH- LAW OF OBLIGATIONS – BONA FIDES- CONTRACTS – FORMULAE- STANDARDS – IUS GENTIUM



Principales abréviations

BIDR

EP

Dig.

FIRA

Formule

IJ

PALING.

RPR

RZ

SDHI

ZSS

Sommaire

Table des matières

Thèse de Doctorat / Mars 2011.....	1
Introduction	21
PREMIER LIVRE. L'appartenance des actions de bonne foi aux actions civiles et leur évolution à époque classique.....	44
1. <i>Titre Premier. Les iudicia bonae fidei, un groupe d'actions sujet à évolutions.....</i>	58
1.1. Chapitre Premier. <i>Fidei bonae nomen</i> : Une nébuleuse de formules à époque républicaine.....	61
1.2. Chapitre Second : « <i>bonae fidei iudicii natura</i> »: l'unité établie d'une catégorie à l'époque classique	119
2. <i>Titre Second. Les 'iudicia in quibus additur ex fide bona' : un groupe d'actions invariablement rattachées au 'ius civile'</i>	201
2.1. Chapitre Premier. La qualification justifiée en action civiles : des <i>iura</i> étrangers au droit prétorien.	203
2.2. Chapitre Second. La qualification doublement justifiée en actions civiles: des <i>iura</i> secretés dans le droit propre aux citoyens romains	390
LIVRE SECOND : L'appartenance de la clause 'ex fide bona' aux standards de jugement et la définition d'un 'liberum officium iudicis'	486
1. <i>Titre Premier. La présence de la clause 'ex fide bona' et le principe d'un 'liberum officium iudicis'</i>	489
1.1. Chapitre Premier. La <i>fides bona</i> étrangère aux sources du droit	491
1.2. Chapitre Second. La clause <i>ex fide bona</i> , un standard de jugement diplomatique et euphémique	551
2. <i>Titre Second. L'interprétation de la clause 'ex fide bona' et l'exercice d'un 'liberum officium iudicis'</i>	658
2.1. Chapitre Premier La mauvaise foi du débiteur comme principe de la condamnation : le contenu de l'obligation matérielle interprété ' <i>bonae fidei ratione</i> '.....	661
2.2. Chapitre Second. La bonne foi du défendeur comme obstacle à la condamnation: <i>l'interpretatio bonae fidei</i> et les tempéraments de procédure dans les actions de bonne foi	739

Conclusion	869
Bibliographie	873
Table des annexes.....	884
Index.....	887

Sommaire

Thèse de Doctorat / Mars 2011	1
Introduction	21
PREMIER LIVRE. L'appartenance des actions de bonne foi aux actions civiles et leur évolution à époque classique	44
1. <i>Titre Premier. Les iudicia bonae fidei, un groupe d'actions sujet à évolutions</i>	58
1.1. Chapitre Premier. <i>Fidei bonae nomen</i> : Une nébuleuse de formules à époque républicaine.....	61
1.1.1. La division fondamentale entre actions infamantes et actions non-infamantes (section 1).....	62
1.1.1.1. L'importance originelle de la distinction: présupposés sociaux et pertinence juridique (Sous-section 1).....	63
1.1.1.1.1. Les présupposés sociaux de la distinction (I).....	63
1.1.1.1.1.1. Les qualifications cicéronniennes: l'assimilation rhétorique des actions infamantes à des actions délictuelles (A)	64
1.1.1.1.1.2. L'hypothèse de Lombardi: la distinction entre deux acceptions de la fides (B)	66
1.1.1.1.2. La pertinence juridique de la distinction (II)	71
1.1.1.1.2.1. La pertinence de la distinction au regard des sanctions édictales (A)	72
1.1.1.1.2.2. La pertinence de la distinction et l'interprétation jurisprudentielle: la règle <i>falsa demonstratio</i> et les adversaires de Gaius (B)	76
1.1.1.1.2.3. Les hésitations sur la nature réipersécutoire des actions de bonne foi infamantes (C).....	79
1.1.1.2. L'atténuation de la distinction: le régime indulgent de l'infamie dans les actions de bonne foi (Sous-section 2)	83
1.1.1.2.1. La possibilité d'un pacte non infamant (I)	83
1.1.1.2.1.1. L'explication classique de Gaius et de Paul: contrats et délits (A)	83
1.1.1.2.1.2. La divergence entre l'époque classique et la table d'Héraclée (B)	86
1.1.1.2.2. La possibilité d'une condamnation non infamante (II)	87

1.1.1.2.2.1.	Une limitation de l'infamie à la condamnation pour dol d'après la Lex Irnitana (A)	88
1.1.1.2.2.2.	La non-automaticité de l'infamie construite avec le temps? (B)	91
1.1.2.	Les considérations unitaires de Quintus Mucius (Cic., <i>Off.</i> III.70) (Section 2)	96
1.1.2.1.	La recherche d'une nature commune: fidei bonae nomen et societas uitae	98
1.1.2.1.1.	L'unité formelle autour du fidei bonae nomen (I)	98
1.1.2.1.1.1.	Un regroupement formel selon la conceptio formularum (A)	98
1.1.2.1.1.2.	Un regroupement incomplet dans l'Edit du Préteur (B)	100
1.1.2.1.2.	L'unité notionnelle: la societas uitae comme affinité sociale (II)	102
1.1.2.1.2.1.	L'idée stoïcienne de societas uitae dans la pensée de Cicéron (A)	103
1.1.2.1.2.2.	La 'societas uitae' comme intimité de vie (B)	105
1.1.2.2.	La recherche d'effets communs: la summa uis (Sous-section 2)	108
1.1.2.2.1.	La summa uis et la nécessité d'un magnus iudex (I)	108
1.1.2.2.1.1.	La 'summa uis' comme puissance et efficace juridique de la formule (A)	109
1.1.2.2.1.2.	La 'summa uis' comme signification sociale d'un procès fondé sur une formule 'ex fide bona' (B)	111
1.1.2.2.2.	L'absence de réflexion systématique sur un régime juridique commun prédéfini (II)	114
1.1.2.2.2.1.	Une conception purement casuistique des propriétés des formules selon Q.Mucius (A)	114
1.1.2.2.2.2.	L'absence de référence à la bona fides dans les solutions de l'école servienne (B)	116
1.2.	Chapitre Second : « <i>bonae fidei iudicii natura</i> »: l'unité établie d'une catégorie à l'époque classique	119
1.2.1.	Une catégorie construite par la jurisprudence classique (Section 1)	121
1.2.1.1.	Une catégorie processuelle uniformisée à époque classique (Sous-section 1)	122
1.2.1.1.1.	La nature de iudicium bonae fidei (I)	122
1.2.1.1.1.1.	La qualification juridique de iudicium bonae fidei et son apparition (A)	123
1.2.1.1.1.2.	Le sens de l'expression 'iudicium bonae fidei' (B)	126
1.2.1.1.2.	La conscience d'un « régime » des iudicia bonae fidei (II)	130
1.2.1.1.2.1.	Les traitements généraux et les généralisations (A)	132
1.2.1.1.2.2.	Les emplois justificatifs de la notion de iudicium bonae fidei (B)	137

1.2.1.2.	L'indifférence aux sous-catégorisations de droit matériel (Sous-section 2)	
		142
1.2.1.2.1.	Des distinctions parfois importantes fondées sur la nature des prestations (I)	142
1.2.1.2.1.1.	L' 'utilitas contrahentium' (A)	143
1.2.1.2.1.2.	La nature des prétentions dans une action contraire (B)	145
1.2.1.2.1.3.	'Iudicia generalia' et 'iudicia specialia' (C)	149
1.2.1.2.1.4.	La nature du transfert de la chose à conserver: propriété, détention, possession (D)	152
1.2.1.2.2.	Des distinctions inessentiellles fondées sur le mode de formation de l'obligation (II)	156
1.2.1.2.2.1.	Contrats et non-contrats (A)	156
1.2.1.2.2.2.	Contrats consensuels et contrats non-consensuels (B)	159
1.2.2.	Une catégorie retravaillée par la jurisprudence classique (Section 2)	165
1.2.2.1.	Une catégorie modifiée dans sa consistance: l'absence d'identité stricte entre les iudicia bonae fidei et les iudicia à clause ex fide bona (Sous-section 1)	165
1.2.2.1.1.	Le rôle du préteur : de nouvelles formules avec clause ex fide bona (I)	166
1.2.2.1.1.1.	De nouvelles formules inscrites dans l'Album : le cas de la negotiorum gestio, du dépôt, du commodat (A)	166
1.2.2.1.1.2.	De nouvelles formules délivrées ad hoc par le préteur : le cas de l'actio praescriptis uerbis (B)	172
1.2.2.1.2.	Le rôle des prudents : de nouveaux iudicia bonae fidei sans clause clause 'ex fide bona' (II)	175
1.2.2.1.2.1.	Un élargissement constant : la requalification fonctionnelle en iudicium bonae fidei (A)	176
1.2.2.1.2.2.	Un élargissement limité : des formules d'actions incertaines exclues des iudicia bonae fidei (B)	183
1.2.2.2.	Une catégorie repensée dans sa nature: les contractus bonae fidei. (Sous-section 2)	188
1.2.2.2.1.	L'exigence de contrahere bona fide et sa sanction ipso iure (I)	190
1.2.2.2.1.1.	La bona fides envisagée comme condition de validité du contrat (A)	190
1.2.2.2.1.2.	La nullité 'ipso iure' réinterprétée (B)	192
1.2.2.2.2.	Les b. f. contractus et la bilatéralité matérielle des contrats de bonne foi (II)	196
1.2.2.2.2.1.	L'actio bonae fidei comme un agere bona fide: la fides bona réclamée du demandeur (A)	197
1.2.2.2.2.2.	Le contractus bonae fidei, expression d'une bilatéralité substantielle (B)	198

2. Titre Second. Les <i>'iudicia in quibus additur ex fide bona'</i> : un groupe d'actions invariablement rattachées au <i>'ius ciuile'</i> _____	201
2.1. Chapitre Premier. La qualification justifiée en action civiles : des <i>iura</i> étrangers au droit prétorien. _____	203
2.1.1. La qualification des actions de bonne foi d'après leur fondement : manque de prévision législative et absence de fondement prétorien. (Section 1) _____	210
2.1.1.1. Le manque non-caractérisé de prévision législative (Sous-section 1) ____	213
2.1.1.1.1. L'époque classique : l'absence de référence à la loi, un trait commun à toutes les actions personnelles réipersécutoires (I) _____	213
2.1.1.1.1.1. Actio legitima et actio ciuilis : une distribution chronologique identique (A) _____	215
2.1.1.1.1.2. La qualification d'actio legitima refusée à l'ensemble des actions personnelles réipersécutoires (B) _____	222
2.1.1.1.1.3. L'ensemble des actions civiles personnelles réipersécutoires nécessairement rangé dans les actiones quae sua ui ac potestate constant (Gaius, IV,10-33) (C)234	
2.1.1.1.2. L'époque républicaine: des iudicia sine lege? (De Officiis III, 61, et III,66.) (II) 246	
2.1.1.1.2.1. Une interprétation courante: l'illégitimité prétendue des actions de bonne foi et leur exclusion du ius ciuile (A) _____	247
2.1.1.1.2.2. Le propos de Cicéron: la repression du dolus in contrahendo sans prévision législative explicite (B) _____	251
2.1.1.2. L'absence certaine de fondement prétorien (Sous-section 2) _____	265
2.1.1.2.1. L'absence d'édit introductif et de propria praetoris iurisdictio à l'époque classique (I) _____	266
2.1.1.2.1.1. La nécessité générale d'une promesse édictale pour les actions prétoriennes (A) _____	266
2.1.1.2.1.2. L'absence de promesse édictale pour une action de bonne foi (B) _____	276
2.1.1.2.2. L'impossibilité de rattachement à l'édit de pactis à époque républicaine (II) _____	285
2.1.1.2.2.1. L'hypothèse d'un rattachement à l'édit de pactis (A) _____	286
2.1.1.2.2.2. Les obstacles à un rattachement à l'édit de pactis (B) _____	293
2.1.1.2.3. La qualification suspecte en arbitria honoraria (Pro Rosc. Com. §15) (III) _____	301
2.1.1.2.3.1. L'interprétation courante: la preuve implicite d'un fondement prétorien de l'actio pro socio (A) _____	303
2.1.1.2.3.2. Le propos de Cicéron: la qualification à époque républicaine de l'actio pro socio en iudicium legitimum (B) _____	308

2.1.2. La qualification des actions de bonne foi d'après leur formule: formule <i>in ius</i> et <i>obligatio iuris ciuilis</i> (Section 2)	316
2.1.2.1. La notion de formule <i>in ius</i> comme expression d'une <i>obligatio iuris ciuilis</i> (Sous-section 1)	317
2.1.2.1.1. La notion de formula <i>in ius</i> concepta : <i>actio</i> , <i>intentio</i> et <i>obligatio</i> dans la jurisprudence classique (I)	317
2.1.2.1.1.1. La notion de formula <i>in ius</i> concepta directe (A)	318
2.1.2.1.1.2. Les notions de formule ' <i>in ius</i> ' directe ' <i>in personam</i> ' et d' <i>obligatio iuris ciuilis</i> ' (B)	321
2.1.2.1.2. <i>Oportere</i> , <i>oportere ex fide bona</i> et <i>ius ciuile</i> à l'époque républicaine (II)	329
2.1.2.1.2.1. Le lexique: Un lien originaire entre <i>oportere</i> et <i>ius ciuile</i> (A)	330
2.1.2.1.2.2. La syntaxe: L'absence dans la formule de lien privilégié entre <i>oportere</i> et <i>ex fide bona</i> (B)	339
2.1.2.2. L'édition de la formule <i>in ius</i> comme mode d'extinction d'une <i>obligatio iuris ciuilis</i> (Sous-section 1)	352
2.1.2.2.1. Les actions de bonne foi et la consommation <i>ipso iure</i> à l'époque classique (I)	354
2.1.2.2.1.1. La règle générale selon Gaius (A)	354
2.1.2.2.1.2. La règle appliquée aux formules <i>ex fide bona</i> : la consommation <i>ipso iure</i> (B)	362
2.1.2.2.2. Les actions de bonne foi et la consommation <i>ipso iure</i> à l'époque républicaine: De Or., I,168. (II)	372
2.1.2.2.2.1. Une préclusion processuelle <i>exceptionis ope</i> : le contraste avec Gaius (A)	374
2.1.2.2.2.2. Un contraste simplement apparent (B)	380
2.2. Chapitre Second. La qualification doublement justifiée en actions civiles: des <i>iura secretés</i> dans le droit propre aux citoyens romains	390
2.2.1. <i>Fides bona</i> et <i>ius gentium</i> : une relation ténue et non bi-univoque (Section 1)	394
2.2.1.1. Les obligations <i>iuris gentium</i> et leur sanction marginale par une action de bonne foi (Sous-section 1)	395
2.2.1.1.1. Le principe: l'obligation <i>iuris gentium</i> n'implique pas de référence à la <i>fides bona</i> (I)	395
2.2.1.1.1.1. L'approche anthropologique et comparative: un rapport ambivalent entre <i>ius ciuile</i> et <i>ius gentium</i> (A)	396
2.2.1.1.1.2. L'approche du droit international privé en matière d'obligations: l'absence d'exclusion entre droit strict et « <i>ius gentium</i> » (B)	400
2.2.1.1.2. Les cas particuliers: la <i>fideiussio</i> , la <i>fidepromissio</i> et la <i>lex de Gallia Cisalpina</i> (II)	408

2.2.1.1.2.1.	Le cas de la 'fidepromissio' et de la 'fideiussio' (A)	409
2.2.1.1.2.2.	Le cas particulier de la formule ex fide bona de la lex de Gallia Cisalpina (B)	411
2.2.1.2.	Les contrats « de bonne foi » et leur rapport marginal au ius gentium (Sous-section 2)	419
2.2.1.2.1.	L'absence de lien solide entre consensualisme et ius gentium (I)	420
2.2.1.2.1.1.	Le lien ambivalent entre consensualisme et ius gentium (A)	420
2.2.1.2.1.2.	Le cas particulier du mandat: un contrat consensuel sans référence au droit des gens (B)	426
2.2.1.2.2.	Le fonds proprement romain des contrats consensuels (II)	429
2.2.1.2.2.1.	Les actions contractuelles infamantes: le mandat et la société (A)	431
2.2.1.2.2.2.	Les actions non-infamantes: la vente et le louage (B)	441
2.2.2.	<i>Proprium ius civile et interpretatio</i> : une reconnaissance jurisprudentielle d'obligations à la <i>res ipsa</i> ? (Section 2)	450
2.2.2.1.	« Pas d'action sans loi »: une règle quasi-intangible dans le domaine des actions pénales, mixtes, et réelles (Sous-section 1)	453
2.2.2.1.1.	La poena, objet privilégié de l'intervention législative (I)	453
2.2.2.1.1.1.	La nécessité politique de la détermination législative de la 'poena' et l'infime liberté de la jurisprudence (A)	453
2.2.2.1.1.2.	Le préteur, seul créateur de nouveaux cas d'ouverture en marge de la loi (B)	456
2.2.2.1.2.	Le domaine des droits revendicables: un encadrement législatif sourcilleux (II)	459
2.2.2.1.2.1.	La stricte réglementation législative des revendications (A)	459
2.2.2.1.2.2.	Les stratégies prétoriennes de contournement du 'ius legitimum' en matière de droits réels (B)	462
2.2.2.2.	Une règle plus facilement modulable dans le domaine des obligations à la <i>res ipsa</i> (Sous-section 2)	465
2.2.2.2.1.	La faible intervention du législateur et la créativité jurisprudentielle (I)	465
2.2.2.2.1.1.	L'intervention principale du législateur à l'occasion d'actes négotiaux: l'instauration d'actions (A)	466
2.2.2.2.1.2.	La liberté de la jurisprudence dans la constitution de causes d'obligations à la 'res ipsa' (B)	468
2.2.2.2.2.	Les cas d'ouverture des actions de bonne foi, des secrétions a silentio et a contrario du dispositif législatif (II)	472
2.2.2.2.2.1.	Les contrastes établis par la jurisprudence entre les actions de bonne foi et les actions légitimes concurrentes (A)	473

2.2.2.2.2.2. Un fondement possible dans une interprétation a silentio et a contrario de la loi (B) _____	476
--	-----

LIVRE SECOND : L'appartenance de la clause 'ex fide bona' aux standards de jugement et la définition d'un 'liberum officium iudicis' _____ 486

1. Titre Premier. La présence de la clause 'ex fide bona' et le principe d'un 'liberum officium iudicis' _____	489
1.1. Chapitre Premier. La <i>fides bona</i> étrangère aux sources du droit _____	491
1.1.1. La clause <i>ex fide bona</i> glosée par les juriconsultes (Section 1) _____	493
1.1.1.1. L'usage courant: bona fides comme simple objet ou mode de la prestation (Sous-section 1) _____	495
1.1.1.1.1. La fides objet du praestare (I) _____	495
1.1.1.1.1.1. L'objet explicite du praestare (A) _____	495
1.1.1.1.1.2. L'objet implicite du praestare (B) _____	499
1.1.1.1.2. La fides comme mode d'exécution conforme de la prestation (II) _____	500
1.1.1.1.2.1. L'emploi chez les prudents à l'époque des Sévères (A) _____	501
1.1.1.1.2.2. L'emploi comme complément de manière dans la jurisprudence antérieure (B) _____	503
1.1.1.2. Les emplois en apparence normatifs et fondementiels de bona fides (Sous-section 2) _____	506
1.1.1.2.1. Des emplois de bona fides en apparence normatifs (I) _____	506
1.1.1.2.1.1. 'Bona fides non patitur', 'bonae fidei congruit': une adéquation simplement cognitive (A) _____	506
1.1.1.2.1.2. Conformité et non-conformité à la fides: quelques exemples trompeurs (B) _____	508
1.1.1.2.2. Les emplois tardifs d'une bona fides « fondementielle » (II) _____	511
1.1.1.2.2.1. Les emplois fondementiels implicites (A.) _____	512
1.1.1.2.2.2. Les emplois fondementiels explicites (B.) _____	516
1.1.2. La <i>fides bona</i> exclue systématiquement des fontes iuris (Section 2) _____	520
1.1.2.1. La fides bona absente des catalogues des sources du droit (Sous-section 1) _____	521
1.1.2.1.1. L'absence des catalogues jurisprudentiels (I) _____	521
1.1.2.1.1.1. L'exclusion des catalogues canoniques (A.) _____	521
1.1.2.1.1.2. L'exclusion des catalogues plus originaux (B.) _____	522
1.1.2.1.2. L'absence des catalogues de sources dans les traités de rhétorique (II) _____	524
1.1.2.1.2.1. Les catalogues d'époque républicaine (A.) _____	524
1.1.2.1.2.2. Les catalogues d'époque impériale (B.) _____	525
1.1.2.2. La fides bona absente des éloges de la fides inspiratrice du droit (Sous-section 2) _____	527

1.1.2.2.1.	La fides, une source d'inspiration générale pour tout le droit des obligations (I)	527
1.1.2.2.1.1.	Les sources littéraires: la compénétration de la fides avec l'ensemble du droit (A)	527
1.1.2.2.1.2.	Les sources juridiques: le « droit strict » vu par Ulpien au prisme de la fides (B)	530
1.1.2.2.2.	La fides, une valeur en opposition avec le droit positif romain (I)	531
1.1.2.2.2.1.	La vision moraliste de la fides comme valeur extra- ou anti-juridique (A)	531
1.1.2.2.2.2.	La vision poétique et mythique de la fides comme valeur préjuridique: Ovide et l'Age d'or (B)	533
1.1.3.	: La <i>fides bona</i> , une notion technique différente de la morale sociale (Section 3)	535
1.1.3.1.	Le lien subtil entre bona fides et aequitas (I)	536
1.1.3.1.1.	La coloration technique de l'«aequum bonum» (A)	536
1.1.3.1.2.	L'aequitas comme bilatéralité implicite dans les formules ex fide bona (B)	539
1.1.3.2.	Ulpien, Dig. 17.1.29.4: la fides bona opposée aux apices iuris? (II)	541
1.1.3.2.1.	Le contexte: les conditions de l'action contraire de mandat réservée au fideiussor (A.)	541
1.1.3.2.2.	L'inhérence de l'exceptio doli et sa casuistique appliquée au mandataire-fideiussor (B.)	542
1.1.3.3.	La fides bona, monopole des jurisconsultes (III)	544
1.1.3.3.1.	Les conseils de Quintus Mucius: le choix d'un « magnus iudex ». (A)	545
1.1.3.3.2.	Les conseils de Cicéron : l'aide d'un grand juriste pour les avocats (B)	546
1.2.	Chapitre Second. La clause <i>ex fide bona</i> , un standard de jugement diplomatique et euphémique	551
1.2.1.	Un standard de jugement modifiant l'office du 'iudex' (Section 1)	552
1.2.1.1.	« Liberum »: un standard de jugement non saturé (Sous-section 1)	554
1.2.1.1.1.	Les termes de la clause, caractéristiques d'un standard de jugement (I)	554
1.2.1.1.1.1.	L'analyse sémantique de la fides: une Leerformel (A.)	554
1.2.1.1.1.2.	L'analyse sémantique de ex et de bona: une valeur paramétrale (B.)	561
1.2.1.1.2.	Le référent de la clause: un modèle cognitif (II)	569
1.2.1.1.2.1.	La valeur éminemment normative induite par l'adjectif "bona". (A)	570
1.2.1.1.2.2.	Une valeur simplement qualificative (B)	575

1.2.1.1.2.3.	577
1.2.1.2. « Officium »: un paramètre supplémentaire du <i>condemnari oportere</i> (Sous-section 2)	577
1.2.1.2.1. Le principe et le montant de la condamnation déterminés par le paramètre de la <i>bona fides</i> (I)	577
1.2.1.2.1.1. Une détermination indirecte du <i>condemnare</i> (A.)	578
1.2.1.2.1.2. La fonction essentiellement processuelle de la clause dans le programme judiciaire (B.)	583
1.2.1.2.2. La clause <i>ex fide bona</i> comparée à d'autres standards processuels en procédure formulaire (II)	594
1.2.1.2.2.1. Une proximité apparente avec le standard de l' <i>aequum bonum</i> (A)	594
1.2.1.2.2.2. Une proximité relative avec le standard de l' <i>arbitratus boni iuri</i> . (B)	599
1.2.1.2.2.3. Une proximité réelle avec le standard de la clause restitutoire dans les formules arbitraires (C)	603
1.2.2. Un standard de jugement diplomatique et euphémique (Section 2)	611
1.2.2.1. La mention de la bonne foi, une technique de formulation euphémique documentée à époque classique (Sous-section 1)	612
1.2.2.1.1. Les obstacles socio-juridiques à une action offensante et la <i>reuerentia</i> <i>personarum</i> (I)	612
1.2.2.1.1.1. Les édits « <i>parentem patronum patronam</i> » et « <i>qui nisi pro certis</i> <i>personis</i> »: l'interdiction d'intenter une action infamante contre ses parents ou ses patrons. (A)	613
1.2.2.1.1.2. Les données jurisprudentielles: une interdiction dépassant le cadre fixé par les édits « <i>parentem patronum patronam</i> » et « <i>qui nisi pro certis</i> <i>personis</i> » (B)	617
1.2.2.1.2. Les remèdes: la mention de la bonne foi dans la réécriture de formulations offensantes (II)	622
1.2.2.1.2.1. Les différents moyens de contournement euphémiques imposés par la <i>reuerentia</i> (A)	623
1.2.2.1.2.2. La mention de la bonne foi dans les procédés de réécriture euphémique (B)	628
1.2.2.2. La dimension euphémique des actions de bonne foi imposée par la <i>societas uitae</i> (Sous-section 2)	634
1.2.2.2.1. La dimension euphémique des <i>iudicia in quibus additur ex fide bona</i> (I)	634
1.2.2.2.1.1. L'exception mucienne inspirée des actions de bonne foi. (A)	635
1.2.2.2.1.2. La formulation édulcorée des actions de bonne foi: des formules ' <i>tectiores</i> ' (B)	641

1.2.2.2.2.	La <i>societas uitae</i> facteur de scrupules à agir en justice (II)	647
1.2.2.2.2.1.	Les manifestations de la « <i>societas uitae</i> » dans les institutions protégées par une action de bonne foi (A.)	647
1.2.2.2.2.2.	La mise en danger de la <i>fides</i> -crédit social : un obstacle à agir (B.)	653
2.	<i>Titre Second. L'interprétation de la clause 'ex fide bona' et l'exercice d'un 'liberum officium iudicis'</i>	658
2.1.	Chapitre Premier La mauvaise foi du débiteur comme principe de la condamnation : le contenu de l'obligation matérielle interprété ' <i>bonae fidei ratione</i> '	661
2.1.1.	« <i>Omnia quae contra bonam fidem fiunt</i> » (Ulpien): l' <i>interpretatio bonae fidei</i> et l'extension de l' <i>'actione teneri'</i> (Section 1)	663
2.1.1.1.	« <i>potest ulla pars inesse fraudis?</i> » (Cicéron): une conception extensive des comportements frauduleux en connexité avec le <i>negotium</i> (Sous-section 1)	664
2.1.1.1.1.	La faveur générale de la jurisprudence pour une conception extensive de la connexité (I)	664
2.1.1.1.1.1.	L'appréciation de la bonne foi dans la formation du rapport d'obligation (A.)	664
2.1.1.1.1.2.	L'appréciation de la bonne foi pour des faits de gestion antérieurs à l'instauration d'un rapport d'obligation (B.)	667
2.1.1.1.1.3.	L'appréciation de la bonne foi pour des faits en marge du ' <i>negotium</i> ' et le concours de la ' <i>condictio</i> ' (C.)	669
2.1.1.1.2.	Les limites controversés de la connexité dans les cas concrets: l'interprétation pragmatique et réaliste (II)	672
2.1.1.1.2.1.	La connexité au <i>negotium</i> , objet de controverses (A)	673
2.1.1.1.2.2.	Une interprétation pragmatique de la connexité (B)	680
2.1.1.2.	« <i>bona fides exigit, ut quod conuenit fiat</i> » (Javolenus): la sanction audacieuse des conventions atypiques adjointes aux contrats (Sous-section 1)	684
2.1.1.2.1.	La sanction des conventions atypiques liée à la clause <i>ex fide bona</i> (I)	686
2.1.1.2.1.1.	Dig. 19.2.21 (Iavol. 11 epist.): la référence à la <i>bona fides</i> dans l'intégration des pactes adjoints à l'action (A)	686
2.1.1.2.1.2.	La sanction des pactes adjoints sans référence à la <i>fides bona</i> (B)	690
2.1.1.2.2.	L'ambivalence de l' <i>interpretatio bonae fidei</i> dans la sanction des pactes adjoints (II)	692
2.1.1.2.2.1.	L'intégration discutée des pactes adjoints au contrat (A)	692
2.1.1.2.2.2.	Le rôle indirect de la clause <i>ex fide bona</i> : une interprétation réaliste du contenu du pacte (B)	697

2.1.2. « <i>nihil magis quam bonam fidem praestare</i> » (Ulpien): l' <i>interpretatio bonae fidei</i> et la limitation de l' <i>actioe teneri</i> (Section 2)	705
2.1.2.1. Un rapport privilégié avec le <i>dolus malus</i> sans exclusion d'autres standards (Sous-section 1)	707
2.1.2.1.1. La focalisation constante sur la contrariété avec le <i>dolus malus</i> (I)	707
2.1.2.1.1.1. Un rapport privilégié entre <i>fraus</i> , <i>dolus malus</i> et <i>fides bona</i> chez Cicéron (A)	707
2.1.2.1.1.2. La focalisation persistante sur la contrariété au <i>dol</i> dans la jurisprudence classique (B)	709
2.1.2.1.2. La <i>fides bona</i> et le <i>praestare diligentiam</i> (II)	713
2.1.2.1.2.1. La clause <i>ex fide bona</i> et l'idée de <i>diligentia</i> (A)	714
2.1.2.1.2.2. L'idée de <i>culpa</i> et son rapport ambigu à la <i>fides bona</i> (B)	717
2.1.2.2. « <i>quid sit bene agi, magna quaestio</i> »: une casuistique de la responsabilité subjective reportée initialement à l' <i>officium iudicis</i> (Sous-section 2)	720
2.1.2.2.1. Une responsabilité contractuelle initialement reportée à l' <i>officium iudicis</i> (I)	720
2.1.2.2.1.1. La théorie de la gradation des fautes, originellement étrangère au droit matériel des obligations volontaires (A)	721
2.1.2.2.1.2. L'approche processuelle du critère de l' <i>utilitas</i> (B)	725
2.1.2.2.2. Le principe d'une responsabilité subjective (II)	730
2.1.2.2.2.1. Une responsabilité reposant en principe sur la faute (A)	731
2.1.2.2.2.2. Des cas de responsabilité objective tempérée (B)	735
2.2. Chapitre Second. La bonne foi du défendeur comme obstacle à la condamnation: l' <i>interpretatio bonae fidei</i> et les tempéraments de procédure dans les actions de bonne foi	739
2.2.1. Les entorses à l'effet extinctif et fixateur de la <i>litis contestatio</i> : l'office du juge et la ' <i>satisfactio post acceptum iudicium</i> ' (Section 1)	741
2.2.1.1. L'entorse à l'effet extinctif : la <i>satisfactio post acceptum iudicium</i> et l'absolution <i>secundum bonam fidem</i> (Sous-section 1)	743
2.2.1.1.1. Le fondement: l'appréciation de la bonne foi indifférente au <i>tempus litis contestatae</i> (I)	743
2.2.1.1.1.1. Les difficultés philologiques d'une étude de la <i>satisfactio inter moras litis</i> (A)	743
2.2.1.1.1.2. L'exigence de bonne foi survivant à la <i>litis contestatio</i> (B)	748
2.2.1.1.2. Les effets: la <i>bona fides</i> appréciée <i>tempore rei iudicatae</i> (II)	752
2.2.1.1.2.1. La <i>bona fides</i> comme offre de satisfaire et le devoir d'absolution (A)	752
2.2.1.1.2.2. La <i>mala fides</i> comme refus de satisfaire et les instruments comminatoires à la disposition du juge (B)	758

2.2.1.2. L'entorse à l'effet fixateur : La <i>litis aestimatio</i> et son appréciation secundum bonam fidem (Sous-section 2)	765
2.2.1.2.1. « In ceteris quoque... » (Paul): la <i>satisfactio secundum bonam fidem</i> et la restitution des fruits tempore rei iudicatae (I)	766
2.2.1.2.1.1. L'originalité relative de la réclamation des fructus dans les actions de bonne foi à époque médio-classique (A)	767
2.2.1.2.1.2. La restitution officio iudicis des fruits comme complément de la juste satisfactio (B)	771
2.2.1.2.2. « Tantum potest officium iudicis... »: la <i>satisfactio secundum bonam fidem</i> et le paiement d'intérêts moratoires (II)	776
2.2.1.2.2.1. L' <i>arbitrium iudicis</i> : Les cas typiques de condamnation aux <i>usurae</i> et les différents taux applicables (A)	776
2.2.1.2.2.2. L' <i>officium iudicis</i> : Le paiement d'intérêts comme composante de la satisfaction secundum bonam fidem (B)	779
2.2.2. Les entorses à l'unilatéralité de la formule: l'office du juge et la soumission du demandeur à l'exigence de bonne foi (Section 2)	786
2.2.2.1. L'« inhérence » des exceptions de dol et de pacte (Sous-section 1)	788
2.2.2.1.1. Une faveur considérable pour le défendeur (I)	789
2.2.2.1.1.1. Une faveur de procédure: La dispense d'inscription d'une exception de dol (A)	789
2.2.2.1.1.2. Une faveur de fond: une appréhension extensive du comportement dolosif du demandeur (B)	794
2.2.2.1.2. Une faveur ancienne: la bonne foi appréciée « ut inter bonos » (II)	800
2.2.2.1.2.1. La classicité de l'inhérence de l'exception de dol (A)	800
2.2.2.1.2.2. Les traces de l'inhérence de l'exception de dol à époque républicaine (B)	816
2.2.2.1.2.3. Le fondement de l'inhérence de l'exception de dol: l'appréciation de la bonne foi « ut inter bonos » (C)	823
2.2.2.1.3. L'inhérence de l'exception de pacte et l'exigence d'apaisement du contentieux entre <i>boni uiri</i>	829
2.2.2.1.3.1. Un avantage certain pour le défendeur: l'invocation des pactes ex intervallo limitée aux voies de défense (A)	830
2.2.2.1.3.2. Une faveur de pure procédure: un pacte extinctif étranger aux modes civils d'extinction des obligations (B)	835
2.2.2.1.3.3. Le fondement de l'inhérence de l' <i>exceptio pacti</i> : l'exigence d'apaisement des contentieux entre « <i>boni uiri</i> ». (C)	840
2.2.2.2. La compensation officio iudicis et la <i>deductio boni uiri arbitrato</i> (Sous- section 2)	847
2.2.2.2.1. Le mécanisme: Une compensation étrangère aux modes d'extinction civils de l'obligation (I)	847

2.2.2.2.1.1.	Le principe de la compensation officio iudicis expliqué par Gaius (A)	848
2.2.2.2.1.2.	Les conséquences du principe sur l'action contraire (B)	851
2.2.2.2.2.	Le fondement: La deductio boni uiri arbitrato et la satisfactio inter moras litis (II)	857
2.2.2.2.2.1.	Un fondement peu probable: l'idée de contrat synallagmatique (A)	857
2.2.2.2.2.2.	Un lien étroit entre deductio boni uiri arbitrato et satisfactio inter moras litis (B)	861
Conclusion		869
Bibliographie		873
Table des annexes		884
Index		887

Introduction

De là il suivoit que les juges, chez les Romains, n'accordoient que la demande précise, sans rien augmenter, diminuer, ni modifier. Mais les préteurs imaginèrent d'autres formules d'actions qu'on appela de bonne foi¹, où la manière de prononcer étoit plus dans la disposition du juge. Ceci étoit plus conforme à l'esprit de la monarchie. Aussi les jurisconsultes françois disent-ils : « En France, toutes les actions sont de bonne foi »².

Montesquieu, *De L'esprit des Loix*, Livre VI, chapitre IV

Sommaire de l'Introduction- §1 Bonne foi, *fides bona* et *bona fides*: le rayonnement de la bonne foi en droit français - le champ restreint de la bonne foi en droit romain: les actions de bonne foi et leurs particularités- §2 Le problème de l'origine des actions de bonne foi: fondement de l'action et genèse de la formule- §3 Vers une nouvelle hypothèse: des formules d'actions civiles rédigées sous forme « diplomatique »- §4-Plan

¹ Dans lesquelles on mettoit ces mots : *ex bona fide*. (note de Montesquieu.)

² On y condamne aux dépens celui-là même à qui on demande plus qu'il ne doit, s'il n'a offert et consigné ce qu'il doit. (note de Montesquieu.)

§1 Bonne foi, *bona fides* et *fides bona*.

Le propos de notre étude étant d'introduire le lecteur à l'un des vastes problèmes suscités par la *fides bona*, il nous paraît utile de rappeler brièvement ce qu'il en est de la bonne foi en droit français actuel (A) et ce afin d'établir un contraste avec le droit romain (B).

A. La tradition civiliste accorde en France une importance plus ou moins grande, selon les époques au concept de bonne foi dite « objective », c'est-à-dire celle qui a son incidence en droit des contrats. C'est une notion controversée, surtout quant à l'importance que chacun veut lui donner: pomme de discorde chez les civilistes, elle trouve ses fauteurs³ comme ses détracteurs⁴. Difficile à définir, elle est toutefois assimilable peu ou prou à un devoir de loyauté à distinguer de la bonne foi commune^(1°) et reçoit en droit général des contrats un champ d'application très étendu malgré la lettre des textes encore actuellement en vigueur^(2°)

1° Une certaine équivoque règne dans la tradition civiliste des pays de langue latine concernant la bonne foi, puisque cette notion offre selon la lettre des textes un intérêt principalement en deux domaines pourtant fort distincts, au point qu'on peut considérer qu'il n'existe entre elles qu'un rapport d'homonymie.

Ce terme signifie assez fréquemment l'ignorance justifiée par le droit de la situation juridique réelle d'un bien ou d'une personne qui conduit à léser les droits d'autrui: on parle ainsi surtout, en matière d'acquisition de la propriété, du possesseur de bonne foi, de l'acquéreur de bonne foi, mais encore d'un époux de bonne foi en cas de mariage putatif, ou d'exception de bonne foi en droit pénal. Cette notion est parfois dite « bonne foi commune ».

³ L'un des premiers et le plus célèbre fut R.DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t.VI, Paris, 1932, p.9, selon qui la référence à la bonne foi montrerait une conception non égoïste du contrat, qui serait une « petite société où chacun doit travailler dans un but commun(...), absolument comme dans une société civile et commerciale »

⁴ Voir pour une position mesurée et critique, F.TERRÉ, Ph.SIMLER, Y.LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 2005, p.443.

Mais dans un autre registre, la bonne foi s'entend de la loyauté exigée entre des co-contractants. C'est en ce sens qu'on dit des contrats qu'ils se forment, ou sont exécutés ou dissous de bonne foi: un co-contractant est soumis à un devoir de loyauté envers ses partenaires, devoir qui a un rayonnement plus ou moins grand dans le rapport contractuel⁵.

La doctrine italienne fait généralement à ce propos une distinction entre bonne foi objective, en ce sens que l'exigence de bonne foi s'impose à un sujet qui doit de ce fait suivre un comportement qui lui est commandé par les canons sociaux ou moraux de la loyauté, et bonne foi subjective, en ce sens que l'ignorance est un état factuel du sujet qui se prévaut de sa bonne foi. Mais les avis sont partagés quant au rapport entre bonne foi objective et subjective: parenté notionnelle ou simple rapport d'homonymie? Le droit allemand a fait le choix officiel de considérer que ce sont deux notions distinctes: la bonne foi subjective est dite *Guter Glaube*⁶, et la bonne foi objective est dite *Treu und Glauben*⁷, là où les pays de langue latine utilisent un seul et même mot (*bonne foi, buena fé, buona fede*).

Malgré leur parenté lexicale et notionnelle, notre propos concernera essentiellement la bonne foi dite objective.

2° La lettre de nos textes législatifs encore en vigueur lui accorde actuellement une importance assez mince en droit des contrats. Le Code Civil français mentionne ainsi deux fois la bonne foi en droit des contrats en limitant son rôle à la question de leur exécution⁸. Ainsi, l'alinéa 3 de notre article 1134 lui donne une portée générale uniquement en matière d'exécution des contrats: ils doivent être exécutés de bonne foi⁹. A l'inverse, l'article 1147 rappelle que la bonne foi du débiteur ne le libère pas de son obligation en cas d'inexécution. L'article 1134 n'a pas eu de conséquence

⁵ Voir G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, p.114.

⁶ Par exemple B.G.B. §932

⁷ B.G.B §242

⁸ Le projet de Code Civil de l'an VIII contenait un article qui imposait la bonne foi tant dans la formation que dans l'exécution, à l'instar de nombreuses législations européennes actuelles. Il disposait ainsi que « les conventions doivent être contractées et exécutées de bonne foi ».

⁹ Le Code du Travail reprend de manière redondante cet alinéa en son article 120-4 introduit par la loi du 21 janvier 2002. Sans doute le législateur a-t-il une fois de plus montré tout l'intérêt qu'on témoigne aujourd'hui pour la notion de bonne foi. Mais ce genre de reprise est une pratique moderne qui agace bon nombre de juristes. En effet, non seulement elle est inutile, puisque les contrats de travail sont des contrats de droit privé de ce fait soumis aux règles générales du Code Civil en droit des contrats, et ce sauf disposition contraire: le Code du Travail, fort volumineux, pourrait se contenter de rassembler ces dispositions dérogatoires. Mais cette pratique en plus d'être redondante est contradictoire et sème la confusion, puisque si on lui attribuait quelque utilité, elle est impliquerait logiquement qu'un contrat spécial faisant l'objet d'un autre code particulier qui ne reprendrait pas la règle de l'article 1134, ne devrait quant à lui pas être exécuté de bonne foi, ou du moins pas avec autant de bonne foi.

intéressante au XIX^{ème} siècle¹⁰ et c'est à la doctrine ainsi qu'à la jurisprudence qu'il est revenu au XX^{ème} siècle de trouver à la bonne foi un nouvel intérêt, mais qui ne va pas sans créer de fortes dissensions à l'heure où se prépare pourtant une refonte générale de notre droit des obligations.

Une première tension concerne son champ d'incidence sur l'exécution du contrat et suit la lettre du texte de l'article 1134: si son alinéa premier fait de la convention explicite la loi des parties, l'alinéa 3 semble introduire une notion dont le caractère flou permet d'assurer une justice contractuelle¹¹, mais qui peut en dernière instance faire de l'alinéa premier un vœu pieu et anéantir la force obligatoire du contrat¹². L'enjeu majeur est de savoir si la mauvaise foi d'un créancier, et notamment l'usage abusif des droits que lui confère un contrat, conduit un débiteur jusqu'à être libéré de son obligation¹³. La jurisprudence, non sans hésitation, parvient à des solutions nuancées mais qui cherchent à assurer un équilibre entre l'alinéa 1er et l'alinéa 3¹⁴.

Concernant l'exigence de bonne foi dans la formation du contrat, la jurisprudence est parvenue à dépasser la lettre du texte de l'article 1134 et à sanctionner le co-contractant dolosif non plus au nom du dol qui vicierait le consentement, mais au nom d'un devoir général de « contracter de bonne foi »¹⁵. Elle le fait depuis quelques

¹⁰ La doctrine l'a très précisément interprété au XIX^{ème} siècle comme un simple article de principe destiné à rappeler qu'en droit français, tous les contrats sont de bonne foi, mettant fin à une vieille distinction savante fondée sur le droit romain entre contrats de droit strict et contrats de bonne foi. Voir Ch.AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, Paris, 1897⁵, vol.2, p. M.PLANIOL et G.RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1932¹¹, omettent même d'en parler lorsqu'ils présentent les effets et la force obligatoire du contrat.

¹¹ C'est ainsi que la doctrine dite du « solidarisme contractuel », inspirée de R.DEMOGUE, *op.cit.*, donne toutes ses faveurs à la bonne foi.

¹² Comparativement, on relèvera la méfiance chronique de la doctrine anglo-saxonne à l'égard de la notion de *good faith*. Pour un résumé de ces débats, voir la position modérée de E.McKENDRICK, *Contract Law*, Oxford, 2005, p.543. Ce n'est pas tant son caractère flou qu'elle condamne, puisque le droit ne peut se passer de certains standards. C'est ce caractère flou combiné à ce qu'elle juge être un champ d'application trop général, ce qui la rend méfiante.

¹³ C'est, là, notons-le, une des rares questions qui apparente *mutatis mutandis* la problématique actuelle de la bonne foi à celle du droit romain, comme nous le verrons: lorsque les juristes romains parlent d'inhérence de l'exception de dol dans les actions de bonne foi, ils présentent un effet peremptoire de la mauvaise foi du créancier qui constitue un obstacle dirimant à la condamnation; mais elle peut à l'inverse conduire à un effet modulé, sans détruire nécessairement le principe même de sa créance.

¹⁴ Malgré des solutions audacieuses qui sanctionnent la mauvaise foi d'un créancier, un arrêt important rendu le 10 juillet 2007 par la chambre commerciale de la Cour de cassation rappelle que « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ». En bref, un créancier de mauvaise foi reste en principe un créancier.

¹⁵ Civ. 1^{ère}, 10 mai 1989: « Manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution l'incitant ainsi à s'engager ». La Cour de cassation concéda ainsi au devoir de contracter de bonne foi une certaine autonomie, se traduisant par une dénaturation du dol par réticence. En effet, il devient davantage ainsi un manquement à un devoir de loyauté général qu'une sanction spécifique du dol viciant le consentement (Civ. 3^{ème}, 21 février 2001). Toutefois, la chambre commerciale réaffirma en 2005 que « le manquement à une obligation précontractuelle d'information, à le supposer établi, ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci » (Com. 28 juin 2005).

temps sous le visa non plus de l'article 1134, mais de l'article 1382 du Code Civil¹⁶, faisant de l'exigence de bonne foi un principe général qui sera sanctionné sur le terrain de la responsabilité délictuelle, indépendamment de la qualité de co-contractant¹⁷. Cette extension et cet intérêt croissant pour la bonne foi, dont le rôle est tant discuté en droit des contrats, méritent bien entendu quelques interrogations: la liberté d'interprétation offerte ainsi au juge du contrat risque-t-elle de ruiner dans son principe la force obligatoire du contrat?

Il nous semble que l'importance plus ou moins grande qu'on veut ou qu'on doit accorder au concept de bonne foi mérite encore aujourd'hui une comparaison avec ses origines lointaines, qui sont, à différents titres, comme nous le verrons, surprenantes et modestes: le terrain sur lequel a grandi le concept de bonne foi conduisait à des questions souvent d'une toute autre nature. Et l'essentiel de notre démarche tend à démontrer qu'avant d'être un problème notionnel, la bonne foi fut, à bien des titres, un problème de formulation en droit romain.

B. Cette notion ne fut d'abord, en droit romain classique, ni un « principe », ni une notion d'importance en droit général des contrats, mais une simple particularité de rédaction attachée à un groupe restreint de formules d'actions (1°), qui leur conférait cependant une originalité marquée (2°).

1° A la différence du droit français, c'est essentiellement une notion de procédure: les juristes romains de l'époque classique ne parlent que tardivement et exceptionnellement de « contrats de bonne foi », et préfèrent généralement parler d'actions de bonne foi, *iudicia bonae fidei*.

¹⁶ Civ.1re 15 mars 2005. La motivation de la Cour de cassation trouve sans aucun doute son explication dans la volonté d'ériger la bonne foi en norme générale de comportement, s'imposant à chacun, indépendamment de sa qualité de contractant. Le projet de réforme du droit des obligations dit *projet Catala* prévoit d'ailleurs un pareil devoir en son article 104 aux termes duquel : « L'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi ». Quant au projet de réforme du droit des obligations dit projet « Chancellerie », son article 6 fait porter l'exigence de bonne foi tant sur la formation que sur l'exécution du contrat.

¹⁷ Toutefois, l'ancienne jurisprudence nous paraît rester valable dans son principe concernant la période après la fin du rapport contractuel, et pose une limite de bon sens à cette érection de la bonne foi en principe général du droit: Cass Civ. 14 septembre 2005: « ...que l'obligation de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels et que ceux-ci cessent lorsque la condition suspensive auxquels ils étaient soumis a défailli... »: l'exigence de bonne foi ne survit pas à proprement parler au contrat. Le cas d'espèce était intéressant : il s'agissait d'une promesse de vente d'immeuble sous la condition que les locataires auraient quitté les lieux le jour de la signature de l'acte authentique. Comme il ne les quittèrent pas, la vente n'eut pas lieu, le contrat était donc résolu. Mais peu de temps après, les locataires étant partis, les propriétaires vendirent l'immeuble à un nouvel acquéreur. Leurs co-contractants à la première promesse de vente se sentirent floués et prétendirent à des dommages-intérêts, au motif que le propriétaire, en ne les prévenant pas, avait manqué à une obligation de bonne foi, argumentation que la Cours d'Appel d'Angers a accueillie dans un arrêt finalement cassé par la 1ère chambre civile de la Cours de Cassation.

Elles servent à sanctionner, non pas en général toute forme d'obligation contractuelle, mais seulement quelques obligations typiques, qui ne sont d'ailleurs pas toutes assimilables à des contrats. Elles naissent d'institutions certes fondamentales, qui sont encore pour la plupart des figures juridiques importantes représentant l'essentiel de nos contrats spéciaux du Code Civil, mais elles ne représentent en rien le droit commun de la sanction des contrats.

Trois listes de *iudicia bonae fidei* nous sont parvenues, qui montrent des évolutions depuis le dernier siècle de l'époque républicaine¹⁸ jusqu'à la compilation de Justinien¹⁹. Nous ne présenterons que la liste d'époque classique établie par Gaius²⁰ au milieu du II^e siècle: il mentionne les quatre contrats consensuels du droit romain (vente, location, société, mandat), différents contrats réels (fiducie, dépôt) mais encore l'obligation de restitution de la dot à la dissolution du mariage, la responsabilité du tuteur à raison de la gestion du patrimoine de son pupille, la gestion d'affaires. Contrairement au droit commun, chaque partie au rapport contractuel ou quasi-contractuel dispose d'une action contre son partenaire.

2° De nombreuses règles qui représentent dans nos droits continentaux des règles de droit commun ne sont que des extensions, des généralisations de ce qui constituait initialement en droit romain un ensemble, sinon de règles, du moins de pratiques judiciaires réservées aux actions dites précisément « de bonne foi ».

Car leurs formules, telles qu'elles sont délivrées par le préteur aux parties pour instaurer un procès et donner compétence au juge pour condamner ou absoudre, se présentaient pour la plupart d'entre elles sous une forme originale, qui exprimait la prétention juridique du demandeur (*intentio*) en faisant référence à la bonne foi. Nous donnerons l'exemple de la formule d'action du déposant contre le dépositaire:

« *C. Aquilius Iudex esto. Quod Aulus Agerius mensam argenteam apud Numerium Negidium deposuit (demonstratio), qua de re agitur, quidquid ob*

¹⁸ Cicéron, *De Off.*, III.70. (...) *Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatis, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis (...)*

¹⁹ II, IV.6.28 *Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris, bonae fidei sunt hae: ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pigneraticia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis quae de aestimato proponitur, et ea quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio (...).*

²⁰ Gaius, *Inst.*, IV.60. *Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto uendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae.*

eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona (intentio), eius C. Aquilius iudex N.Negidium A. Agerio condemnato (condemnatio). Si non paret absolutio. »²¹

Leur régime est étonnant en ce qu'il déroge au droit commun de la procédure civile de l'époque classique. La plus saillante de ces « règles » fut la possibilité pour le défendeur d'opposer, pour la première fois devant le juge, sans démarche préliminaire devant le préteur, un certain nombre de moyens de défense qui, généralement, n'étaient pas contenus de plein droit dans la formule et auraient communément nécessité, à tout le moins, l'insertion explicite d'une exception: la compensation entre créances qui naissent *ex eadem causa*, le dol du demandeur ou un pacte intervenu entre les parties. A cela s'ajoute une incroyable particularité au regard du droit romain préclassique pour ce qui touche aux actions civiles personnelles réipersécutoires. En principe, la délivrance de la formule et la *litiscontestatio* opèrent entre les parties une sorte de novation qui éteint l'obligation et fige les termes du litige, si bien que le juge ne déterminait pas le principe et le montant de la condamnation en se plaçant au jour du jugement, mais au jour où la formule fut délivrée par le préteur: le juge ne tenait donc pas compte, par exemple, d'une éventuelle restitution survenue *inter moras litis*. Or les actions de bonne foi furent tout d'abord les seules actions civiles personnelles à déroger à cette règle : sans qu'il y soit pourtant explicitement invité dans la formule, le juge pouvait absoudre le défendeur qui aurait satisfait en cours d'instance.

L'histoire de la procédure civile en Occident est depuis Justinien pour partie une adaptation et une extension progressive à tous les procès de ce qui ne constituait au départ qu'un ensemble de particularités attachées par voie d'interprétation à la mention de la bonne foi dans ces quelques formules. La marge discrétionnaire du juge dans la conduite du procès civil, la compensation judiciaire, l'invocabilité à tout moment de l'instance de certaines exceptions, la possibilité d'un paiement ou d'une satisfaction libératoire au cours du procès, paraissent à tout un chacun tellement naturels qu'il ne se réclament plus de la bonne foi: hormis les jurisconsultes évoqués par Montesquieu, plus personne, à l'instar de M. Jourdain et de sa prose, ne remarque qu' « en France toutes les actions sont de bonne foi ».

²¹ Gaius, *Inst.* IV.47. « Que Caius Aquilius soit juge. Du fait qu'Aulus Agerius a déposé une table en argent auprès de Numerius Negidius, ce qui fait l'objet du litige, tout ce que pour cette cause Numérius Négidius a l'obligation donner et faire

Outre l'importance du concept de bonne foi dans nos droits positifs continentaux, l'avancée et l'originalité procédurale qu'elles représentent expliquent sans doute l'intérêt que tous les romanistes portent à ce groupe d'actions. De là vient encore sans doute leur intérêt naturel pour la question de leur « origine » qui semble constituer un mystère, et ce n'est pas sans une certaine pudeur que nous l'abordons, au vu de la succession de grands romanistes qui ont traité de la question. Sans prétendre le lever, notre modeste étude s'attache avant tout à repenser les termes du problème de leur « origine », en vue de l'éclairer à partir de considérations d'ordre socio-juridique qui ne reçurent pas, à notre connaissance, toute l'importance qu'elles méritaient.

§2 Le problème de l'origine des actions de bonne foi: fondement de l'action et genèse de la formule

L'étude de leur origine est suscitée par deux anomalies, et orientée vers deux problèmes, le problème du fondement, de la source de l'action (A), et celui de la genèse de la formule avec les particularités procédurales que lui attache la jurisprudence classique(B).

A.Elles sont classées par les juriconsultes classiques dans les « actions civiles personnelles », conformément à la présence du verbe « *oportere* » dans l'*intentio* de leur formule: l'obligation serait donc fondée et régie par le *ius civile* et non par ce droit d'emprunt qu'est le droit prétorien. Pourtant, contrairement à la plupart des autres actions civiles, on ne possède pas trace, dans nos sources, d'un fondement législatif, direct ou indirect, pour une action de bonne foi. En outre, la clause *ex fide bona* qui suit cet *oportere* constitue une spécificité troublante. Les plus grands romanistes depuis le XIXème siècle ont cherché à expliquer de deux manières différentes cette anomalie.

envers Aulus Agérius, à mesurer selon la bonne foi, condamne, Caius Aquilius, Numérius Négidius envers Aulus Agerius

1° Selon la thèse dominante, les jurisconsultes auraient dénaturé, à époque classique, la nature originellement prétorienne de ces actions, en dénaturant le sens de la formule: le préteur aurait d'abord protégé de sa *iurisdictio propria* un simple devoir moral, et il l'aurait exprimé dans la formule par un « *oportere ex fide bona* », un devoir qui découle de la bonne foi, par opposition à un *oportere ex lege*, une obligation proprement juridique qui recevrait une protection de la loi et qui constituerait seule une véritable obligation civile²². Ce n'est que dans un second temps, plus ou moins au début de l'époque classique, que les jurisconsultes auraient dénaturé plus ou moins consciemment le sens de la formule et oublié l'origine prétorienne de ces actions, en interprétant le verbe *oportere* comme l'expression d'une obligation civile et en considérant la clause *ex fide bona* comme un standard de jugement, un simple instrument de mesure du contenu de l'obligation. Cette théorie a trouvé selon nous son expression la plus aboutie dans deux ouvrages d'André Magdelain²³.

2° Selon d'autres grands auteurs, la *fides bona*, entendue comme valeur sociale ou morale, constituerait au même titre que la loi une source juridique formelle, qui assure l'existence d'un rapport d'obligation civile: ces actions seraient civiles parce qu'elles auraient un fondement dans la *fides bona*, rangée alors, parmi les sources du droit des obligations, à un rang aussi prestigieux que la *lex rogata* républicaine. Ce n'est que dans un second temps qu'elle serait devenue un simple instrument de mesure, un simple standard de jugement. Cette hypothèse, pourtant assez ancienne, a

pour tout cela. S'il n'appert pas, absous-le »

²² L'article fondamental qui a inspiré toute la littérature ultérieure est celui de W. KUNKEL « *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht* », in *Festschrift Koschaker*, II, p.2 1939. L'auteur se prononce d'ailleurs moins sur la nature civile ou prétorienne des actions de bonne foi que sur la valeur de la clause *ex fide bona* qui sert à fonder et justifier un *oportere*, distinct d'un *oportere ex lege*. Il considère que le préteur n'a fait que capter le pouvoir constituant de la *fides* en droit des obligations.

²³ A. MAGDELAIN, *Les actions civiles*, p. Paris, 1954; *Le consensualisme dans l'Edit du Préteur*, Paris, 1958. Voir encore M. KASER, « *Oportere und Ius civile* », ZSS 1949, et encore RZ, p.154. C'est à cette thèse que se sont rangés encore de grands romanistes, avec davantage de nuances et sans accueillir favorablement tous ses arguments, comme M. TALAMANCA qui en traite incidemment dans trois longs et importants articles (« *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone* », p.99, in '*Contractus' e 'pactum'. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana.*, dir. F. Milazzo, Naples, 1990, p.35; « *Il riordinamento augusteo del processo privato* », p. 191 et *passim*, in *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale*. dir. F. Milazzo, Naples, 1999, p.63; « *La bona fides nei giuristi romani* », p.43, in *Il Ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*. dir. L. Garofalo, Padoue, 2003, Tome IV p.35 ss..

été tout d'abord formulée par P. Krueger²⁴, mais elle a regagné en vigueur à la fin du siècle dernier²⁵.

3°A ces deux solutions, on peut en ajouter une dernière, qui revient soit à ne pas se prononcer sur les précédentes, soit à les compléter l'une ou l'autre. Les actions de bonne foi trouveraient leur fondement en réalité non pas dans le *ius proprium ciuium romanum*, mais dans le *ius gentium*, commun aux Romains comme aux étrangers, et les premières actions de bonne foi auraient été inventées par le préteur pérégrin, chargé d'organiser les procès où intervenait une partie étrangère²⁶. En effet, tous les contrats consensuels du droit romain générant une action dite civile sont des actions de bonne foi. Cette absence de formalisme, par opposition au formalisme du droit propre aux citoyens romains, combinée au fait que trois d'entre eux sont qualifiés par la jurisprudence classique de contrats *iuris gentium*, conforte l'idée que les premières actions de bonne foi seraient l'oeuvre du préteur pérégrin, et sanctionneraient des obligations valides au regard du *ius gentium*. Cette hypothèse a souvent été confortée par la mention de la bonne foi dans l'action fictive qui sanctionne le refus de donner la *cautio damni infecti*, présente dans la *lex de Gallia Cisalpina*²⁷, sachant que cette dernière fait référence à la *cautio* mentionnée dans l'édit du préteur pérégrin.

Cette hypothèse a pu d'ailleurs recevoir deux versions. Soit les actions de bonne foi procéderaient pour la plupart d'entre elles du *ius gentium* comme fondement d'une véritable obligation : leur *oportere* exprimerait du *ius* à la différence de formules *in factum*, mais serait fondé sur une source transnationale du droit des obligations, la *fides bona*, d'où sa mention²⁸. Soit elles pourraient être appelées *iuris gentium* à époque classique en ce qu'initialement, elles étaient des actions prétorienne pour la

²⁴ P. KRUEGER, *Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia*, ZSS, 1890, p.165.

²⁵ A.MAGDELAIN, « *Gaius IV, 10 et 33. Naissance de la procédure formulaire* », TR, 59, Haarlem-Bruxelles, 1991, pp. 239, repris dans *De la royauté et du droit de Romulus à Sabinus*, Rome, 1995, p.151. A.Magdelain a ainsi dans son dernier ouvrage changé radicalement d'opinion par rapport à ses premiers essais, notamment par rapport à *Consensualisme*, 1958. Sa nouvelle opinion est en cela suivie par d'autres auteurs, comme J. PARICIO, «

plupart d'entre elles, inventées par le prêteur pérégrin et reposant uniquement sur son *imperium*. Elles seraient ainsi initialement étrangères au *ius civile* à double titre: en ce qu'elles ne seraient pas de véritables actions fondées sur la loi, et en ce qu'elles seraient étrangères au droit civil entendu comme droit propre des citoyens romains²⁹.

4° Quelles que soient les opinions adoptées, elles ont pour la plupart comme point commun de retenir que la clause *ex fide bona* exprime originellement la source du droit ou du devoir exprimé par *l'oportere*. Seuls quelques auteurs, et pourtant non des moindres, comme F. Wieacker³⁰, U. Von Lubtow³¹, L. Lombardi³², ou plus récemment B. Schmidlin³³ et F. Gallo³⁴, ont tenté de montrer, quelle que soit la solution retenue quant à la nature civile ou prétorienne de l'action, que la clause de bonne foi n'avait pas pour fonction de fonder, officiellement ou fictivement *l'oportere*. Le rôle de source matérielle ou formelle de l'action assigné à la clause *ex fide bona* est pourtant devenu le patrimoine commun de la romanistique. Ainsi comprise, la solution n'épuisait pourtant pas le problème concret de la genèse de ces formules.

B. Le problème de la genèse de la formule des actions de bonne foi est généralement abordé dans un cadre plus général, à savoir l'élaboration des formules à *demonstratio*.

²⁹ C'est essentiellement la position initiale de M. KASER, malgré les nuances qu'il y apporte dans *Ius Gentium*, Vienne, 1993, p.126, ainsi que dans *RZ*, p.154. Mais son plus grand fauteur est sans doute aucun M. TALAMANCA, *Tipicità*, cit., p., et *Bona fides*, cit. p.43 et *passim*. L'Auteur y apporte néanmoins d'innombrables nuances selon le type d'institutions visées.

³⁰ F. WIEACKER, « *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia* », *ZSS* 80 (1963) p.1. Dans cet article fondamental, Franz Wieacker passe en revue différentes théories pour finalement toutes les rejeter, mais il critique surtout avec une grande véhémence le lien qui est communément établi entre *fides bona* et *ius gentium*. Sa position reste néanmoins que ce sont des créations du prêteur qui ont dû très tôt « civilisées », et il se range finalement à une position proche de celle de M. KASER, à savoir que ce sont initialement des formules *in fidem conceptae*.

³¹ U. VON LUBTOW, « *Catos leges uenditioni et locattoni dictae* », in *Symbolae Raphaeli Taubenschlag Dedicatae*, *EOS*, 48.vol.3, Varsovie, 1956, notamment p.417-436. Dans cet article lui encore fondamental, l'auteur adopte une perspective très originale par rapport aux courants dominants, et refusant le lien communément admis entre *fides bona* et *ius gentium*, à l'instar de Wieacker, *op.cit.*. Il en vient non seulement à reconnaître à la clause *ex fide bona* un simple rôle originel de mesure (*Massstab*), mais il considère encore que les prétentions exprimées dans un *iudicium bonae fidei* sont des prétentions civiles. Sa seule réserve est que ces actions sont, du point de vue formel, des *iudicia imperio continentia*.

³² L. LOMBARDI, *Dalla Fides alla Bona Fides*, Milan, 1961. p.179-189 notamment. Il montre avec subtilité et bon sens comment la bonne foi tient plus le rôle de modèle cognitif, de contenu descriptif de la norme applicable, que de source de l'action. Ajoutons qu'il suit de ce point de vue, mais d'une manière beaucoup plus nuancée, E. CARCATERRA, *La buona fede in diritto romano*, Bari, 1956, notamment p.77 sq. Malgré certaines apories, l'ouvrage de Lombardi est, avec les articles de F. Wieacker et de U. Von Lubtow, l'un de ceux qui ont le plus inspiré dans sa globalité notre recherche, tant par ses résultats philologiques sur la notion de *fides* que par son approche différenciée des différentes catégories de *iudicia bonae fidei*.

³³ B. SCHMIDLIN, *Das Verfahrensrechtliche Sinn der klausel 'ex fide bona'* in *Festschrift Von Lubtow*, 1984.

³⁴ F. GALLO « *Bona fides e ius gentium* » in *Il ruolo della buona fede*. *op.cit.*, vol.II, 2003, p.115. Sa théorie, qui reconnaît aux actions de bonne foi une nature originellement civile fait à la fois l'économie de la *fides*-source de *l'oportere* et suit explicitement les résultats de L. Lombardi, *op.cit.*, et montre comment un fondement commun dans le *ius gentium* est impossible. Il finit par trouver comme seule solution pour résoudre le problème du fondement de l'action le recours aux *mores* et à l'hypothèse d'un fondement coutumier.

En effet, une anomalie dans la rédaction de ces dernières a été identifiée par Arangio-Ruiz³⁵, et avant lui par Huvelin³⁶. Elle concerne le statut de la *demonstratio*, cette partie de la formule qui montre la cause de l'action (*quod...uendidit*³⁷). Pourquoi est-elle formulée affirmativement, comme un fait que le juge n'aurait pas à vérifier? Alors que la formule suit généralement un strict parallélisme entre la condamnation et l'absolution (*si paret...condemnato/ si non paret absolvito*), les actions de bonne foi, entre autres, ne connaissent pas ce parallélisme, et cette prétendue incohérence dans la rédaction de la formule refléterait différentes strates historiques dans son élaboration.

Maintes hypothèses furent avancées pour expliquer cette incohérence, à regrouper selon deux types de démarches. Pour expliquer l'anomalie, il faudrait considérer que la formule n'aurait originellement pas eu de clause absolutoire(1°), ou bien que ce serait au contraire la *demonstratio* qui constituerait l'élément nouveau et surajouté (2°).

1°L'asymétrie serait un symptôme avant tout du caractère surajouté de la clause absolutoire; originellement, les parties auraient consenti mutuellement à un arbitrage évaluatif. Les formules à *demonstratio* seraient donc originellement des formules d'arbitrage évaluatif, où le juge n'avait que leur rôle d'estimation du litige: il n'avait pas à proprement parler à condamner ou à absoudre. Soit elles prendraient le modèle de l' *arbitri postulatio* pour un *arbitrium liti aestimandae* ou pour une des actions divisoires de la vieille procédure archaïque³⁸. Soit elles trouveraient leur origine dans des arbitrages privés sans intervention du prêteur³⁹. Soit, d'un point de vue plus hétérodoxe, ces formules ainsi conçues sans clause absolutoire reposeraient sur une fiction de confession, et l'on y obtenait, à époque républicaine, le même effet qu'une clause absolutoire grâce à l'insertion d'une *praescriptio pro reo*⁴⁰.

³⁵ *Op. cit.*.1912.

³⁶ *L'arbitrium liti aestimandae' et l'origine de la formule*, Paris, 1907.

³⁷ Gaius, *Inst.*, IV.

³⁸ ARANGIO-RUIZ, *op.cit.* et HUVELIN, *op.cit.*

³⁹ Avant Arangio-Ruiz, *op.cit.* voir E. Cuq, *Des pactes en droit romain*, 1874. Mais c'est surtout G.BROGGINI, *Iudex Arbitrarius. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichter*, Köln-Graz, 1956, qui a donné ses lettres de noblesse à cette explication, suivi et étayé en cela par L.Lombardi, *op.cit.*, p.182-183 et 190-191. Ces deux auteurs reconnaissent toutefois que ces formules furent tout d'abord intégrées au droit prétorien à époque républicaine. Plus récemment, c'est encore la thèse que soutient B.BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa*, Milan, 2002, p.291 ss.

⁴⁰ R.FIORI, *op.cit.*.

2°L'asymétrie pourrait inversement encore refléter le caractère surajouté de la *demonstratio*.

Ainsi, selon certains auteurs, la *demonstratio* ne serait que la transformation d'une ancienne *intentio in factum*, suivie d'une mesure d'évaluation (*quidquid...ex fide bona*), objet de la *condemnatio*, interprétée plus tard comme une *intentio*. Ainsi elles ne seraient que des dérivations d'anciennes formules *in factum*, à preuve les doublons qui existent encore à époque classique pour l'action de dépôt et celle de commodat⁴¹.

Soit la *demonstratio* serait originellement une *praescriptio*, extérieure au corps de la formule, et destinée à circonscrire la *causa* d'une *intentio* rédigée comme *incerta*⁴². Ces différentes approches ont de nombreux mérites, tout comme elles ont leurs difficultés: elles partent toutes, néanmoins, d'une approche plus générale du problème de l'origine des formules, ou de l'origine des formules à *demonstratio*, même si la majeure partie des formules à *demonstratio* sont des actions de bonne foi. Aussi ne les conçoivent-elles généralement pas comme des créations *sui generis*.

Quel que soit le mérite des résultats de ces différentes recherches, tant sur le fondement de l'action que sur la genèse de la formule, notre travail, pourtant fort tributaire de tous ces grands auteurs, s'écarte de ces vues, et nous voudrions dès à présent en donner un aperçu succinct.

§3: Une nouvelle hypothèse: des formules d'actions civiles formulées de manière diplomatique.

Notre recherche procède de deux grandes interrogations face aux formules à clause *ex fide bona*, toutes deux assez classiques, l'une concernant la source de l'action, l'autre la signification de la formule pour l'instance qu'elles instituent. En d'autres termes: que doivent-elles au prêteur, et que donnent-elles au juge?

Les résultats de l'étude ici présentée ont bien sûr plus d'acquis négatifs que positifs. Il tendent malheureusement davantage à justifier des réserves contre d'anciennes hypothèses, et notre recherche apporte elle-même son lot d'hypothèses. Cette

⁴¹ Voir les auteurs mentionnés par V. ARANGIO-RUIZ, *op.cit.*, p.325 et *passim*.

⁴² W. SELB, *Formeln mit unbestimmter Intentio iuris. Studien zum Formelaufbau*, I, Wien-Köln-Graz 1974. Voir au sujet de cette théorie M. KASER, *Formeln mit "intentio incerta", "actio ex stipulatu" und "condictio"*, *Labeo*, 22 (1976), pp. 7 et 21 ss. Nous partageons les nombreuses et justes réserves avancées par L.PELLECCHI, *La Praescriptio*, 2003, p.171-211.

recherche est naturellement rendue difficile parce que ce n'est pas sans une grande réserve que l'apprenti romaniste peut prétendre s'écarter de vues soutenues par V.Arangio-Ruiz, par M.Kaser, par A.Magdelain ou par M.Talamanca. Par ailleurs, tout propos sur le statut des actions de bonne foi à l'époque républicaine a une valeur nécessairement hypothétique, ne serait-ce que par l'ignorance où nous sommes encore sur le statut exact de la procédure formulaire à époque républicaine et sur son origine: nos sources sur le III-IIème siècle avant J.C., moment sans doute crucial dans la naissance de ces formules, sont tellement pauvres que notre projet pourrait paraître à bon droit dérisoire en comparaison du peu d'informations que nous possédons. Enfin, la difficulté de cette étude est qu'elle se concentre sur une notion qui n'a d'unité qu'en procédure, *iudicium bonae fidei*, alors qu'elle touche une pluralité d'institutions qui offrent chacune à elle seule une multitude de problèmes quant à leur genèse à époque républicaine.

Néanmoins, nous espérons qu'elle aura aux yeux du lecteur quelque intérêt, et nous en présenterons les résultats (B) après avoir rappelé ce que notre étude s'est gardée de faire(A).

A. Beaucoup de questions restent volontairement sans réponse dans notre étude.

Limitée au droit romain d'époque républicaine et impériale jusqu'à la disparition de la procédure formulaire, elle laisse volontairement de côté le travail de réinterprétation des textes de la compilation justinienne à époque médiévale et moderne, et l'influence qu'a pu avoir l'étude du droit romain et du droit canonique⁴³ sur la formation du concept moderne de bonne foi, malgré tout l'intérêt qu'aurait une pareille étude.

Elle ne se prétend pas être non plus une étude générale de la notion de bonne foi en droit romain, pas plus qu'elle n'a la prétention d'être une étude sur la *fides* à Rome⁴⁴. Notamment, nous ne prétendons pas étudier, sinon incidemment, les rapports

⁴³ Voir J. GORDLEY « Good faith in contract law in the medieval *ius commune* », in *Good Faith in European Contract Law*, dir. R.Zimmermann et S.Whittaker, Cambridge, 2000; voir encore J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Eglise*, Paris, 1933 ; F. SPIES, *De l'observation des simples conventions en droit canonique*, Paris, 1928 ; J.-P. BAUD, « Contrats nommés et contrats innommés en droit savant », in *Mélanges G. Fransen, Studia gratiana*, XIX (1976), p. 31.

⁴⁴ L'ouvrage capital en la matière nous paraît être celui de L.LOMBARDI, *Dalla Fides alla bona fides*, 1961 même si les études philologiques plus anciennes, comme celle de R.HEINZE, "*Fides*", *Hermès*, 64 (1929), p.140. sont loin d'être dépassées. L'article du *Thesaurus Linguae Latinae* sur la *fides* est lui aussi d'une grande richesse quant aux sources littéraires. Pour une bibliographie plus exhaustive, voir G. FREYBURGER *Fides. Étude sémantique et religieuse depuis les origines jusqu'à l'époque augustéenne*, Paris 1986. Malgré ses mérites, l'ouvrage nous paraît partir d'un sens trop unitaire, et déjà trop restreint, de respect dans la foi jurée, sans doute parce qu'il part du principe, contestable à nos yeux, que si la *fides* a été hypostasiée en déesse de la foi jurée, c'est que la *fides* signifierait initialement la foi jurée.

complexes qui existent entre la bonne foi dite objective (*ex fide bona*) et la bonne foi dite subjective (possesseur de bonne foi, *seruus bona fide seruiens*, etc.). Il est évident que les ponts entre ces deux notions sont suffisamment nombreux pour que l'emploi d'un même lexème invite à se demander s'il s'agit ou non d'une seule et même notion⁴⁵.

Elle ne prétend pas non plus présenter l'histoire de chaque institution concernée par une action de bonne foi, ni à plus forte raison trancher la question de son origine. A ce titre, nous avons surtout profité, tout en les discutant, de nombreux résultats de certaines recherches passées sur les différentes institutions concernées, qu'il s'agisse des contrats consensuels⁴⁶ (vente⁴⁷, société⁴⁸, mandat⁴⁹, contrat de louage⁵⁰), des contrats réels (fiducie⁵¹, dépôt⁵², commodat), de la gestion d'affaire⁵³, de la restitution de la dot⁵⁴, ou de la tutelle⁵⁵. Malheureusement encore, nous n'avons pu mener une

⁴⁵ Voir à ce propos le remarquable dernier chapitre de L.LOMBARDI, *Dalla Fides*, 1961, p. 208 sur l'action publicienne et la notion de bonne foi que nous appelons subjective (*bona fides*) distinguée de la *fides bona*.

⁴⁶ Notamment, une étude capitale est celle de M.TALAMANCA, *Tipicità, op.cit.*, qui nous paraît exprimer au mieux l'idée d'une construction progressive et diffuse des contrats consensuels, comme autant de dérogations ponctuelles au droit commun de la formation des obligations volontaires. De manière générale, nous avons privilégié la lecture, sur les différents types de contrats, des ouvrages qui ne cherchent pas à accorder une importance excessive au *ius gentium* et au commerce international dans la formation tant des contrats consensuels que formules *ex fide bona*. Ainsi, nous avons à différents titres profité des subtiles remarques d'A.WATSON, *The Law of Obligations in Late Roman Republic*, Oxford, 1965.

⁴⁷ Pour la vente, l'ouvrage à nos yeux qui reste fondamental est celui de V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Naples, 1954, malgré nos divergences sur l'importance qu'il donne au *ius gentium* dans la formation des premiers *iudicia bonae fidei*. A ce titre, d'une importance majeure est la longue contribution d'U. Von Lubtow, *op.cit.* pour la naissance du contrat consensuel de vente dans un contexte proprement romain, qu'il articule d'un manière ingénieuse avec ce qui constitue pour lui le meilleur « scénario » de naissance des actions de bonne foi.

⁴⁸ L'ouvrage contesté de F.WIEACKER, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbgesellschaft*, Weimar, 1936 a un grand mérite malgré ses excès, à savoir de rompre radicalement avec une vision trop « commerciale-internationale » de la société consensuelle, telle qu'elle est encore proposée par un ouvrage de référence comme celui de V.ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*⁶, 1982 (1ère éd 1950). Deux ouvrages majeurs et fort mesurés nous ont beaucoup aidé, l'un récent, de F.-S. MEISSEL, *Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschafts- vertrages*, Francfort, 2004, l'autre plus ancien, celui de F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milan, 1973 mais d'une subtilité et d'une nuance indépassable concernant les grandes différences de traitement jurisprudentiel de la *societas*, ce qui conduit à des divergences, qui peuvent expliquer pourquoi elle apparaît aux uns comme profondément « commercialiste », aux autres comme une institution fraternelle et familiale.

⁴⁹ C'est surtout le travail mesuré et circonspect d'A.WATSON, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford, 1961, qui est resté notre référence principale.

⁵⁰ La richesse de l'ouvrage de R.FIORI, *La definizione della locatio. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Naples, 1999, n'a pourtant pas fait perdre son intérêt à l'étude capitale de Th. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, ni à celle, plus restreinte, de U. VON LUBTOW, *op.cit.*

⁵¹ Malgré sa conviction sur la nature prétorienne des *iudicia bonae fidei*, nous avons essentiellement consulté le passionnant ouvrage de N.BELLOCCI, *La struttura della fiducia*, Napoli, 1983, ainsi que *La tutela della fiducia in età repubblicana*, Milan, 1974, malgré l'étude plus récente et mesurée de B. NOORDRAVEEN, *Die « Fiducia » im Römischen Recht*, Amsterdam, 1999, (traduction en langue allemande). Nous restons cependant fidèles, à défaut d'avoir trouvé une solution plus cohérente, dans ses grandes lignes, à la reconstruction faite par Lenel de la formule de la fiducie, *Das Edictum Perpetuum*³, p. 1927.

⁵² L'ouvrage de G.Gandolfi, *Il Deposito nella problematica della Giurisprudenza Romana*, Milan, 1976, apporte un intéressant éclairage sur la raison d'être d'un doublon entre formule *in factum* et formule *in ius* en le ramenant au problème des conventions adjointes.

⁵³ L'ouvrage récent de G.FINAZZI *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'*, I, Naples, 1999, et II, Cassin, 2003, est un ouvrage d'une richesse incomparable et semble faire définitivement le tour de la question, en ayant mis en lumière les champs d'application originaires très différenciés entre la formule *in factum* et celle *in ius*.

⁵⁴ Bien que, comme pour la fiducie, nous restions fidèle à la reconstruction par Lenel de la formule de l'*actio rei uxoriae*, l'ouvrage de M.VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote.I. La formula dell'actio rei uxoriae'*, Turin, 2006 apporte de nombreux éclairages nouveaux sur les conditions de mise en oeuvre de l'*actio rei uxoriae*, et donne de solides appui à l'hypothèse, combattue pourtant par Arangio Ruiz et Kaser, d'une origine civile de l'*actio rei uxoriae*.

étude de fond sur l'*actio praescriptis uerbis* qui a pourtant, à bien des égards, au moins pour ce qui est de l'*actio de aestimato*⁵⁶, un lien direct avec les actions de bonne foi⁵⁷.

Le lecteur ne trouvera pas non plus une hypothèse générale sur la naissance de la procédure formulaire et sur son statut exact avant les *leges Iuliae*⁵⁸. Sans une idée précise de sa naissance et des grandes étapes de son évolution avant les *leges Iuliae*, il est fort difficile de se présenter le statut des actions de bonne foi à époque républicaine, et pourtant nous ne nous rangeons totalement à aucune des grandes théories sur la *lex Aebutia*⁵⁹. Enfin, pas plus que pour la naissance de la procédure formulaire, nous ne prétendons apporter une nouvelle hypothèse générale sur la naissance des formules à *demonstratio*, et tout au plus pouvons-nous présenter les mérites et les difficultés qu'apporte chacune des grandes théories sur ce sujet.

Il n'en reste pas moins que nous sommes parvenus à quelques convictions que nous voudrions présenter dès maintenant au lecteur.

B) Les actions de bonne foi doivent peu au préteur. En revanche, elles donnent beaucoup au *iudex*.

Nous avons mené une étude assez simple sur la constitution à époque classique de la notion unitaire de *iudicium bonae fidei* et sur l'évolution de cette catégorie. Elle

⁵⁵ La tutelle est sans doute, des institutions protégées par un *iudicium bonae fidei*, celle qui reçoit le moins d'études, à notre connaissance. A preuve, dans un ouvrage comme le *Derecho Romano de Obligaciones, Homenaje al Profesor J.L. Murga Gener*, dir. J.Paricio, Madrid, 1994, toutes les sources des obligations « de bonne foi » ont reçu des contributions, à l'exception d'une seule, qu'on laisse deviner au lecteur. Aussi nous sommes-nous principalement peu ou prou appuyé sur les travaux de S.SOLAZZI, *Scritti*, malgré ses hypothèses interpolationnistes. C'est somme toutes l'institution sur laquelle nous nous sommes forgé les convictions les plus personnelles, et sur l'origine de laquelle nous espérons pouvoir poursuivre d'autres travaux. Un effet d'optique conduit souvent, en effet, à privilégier l'étude de la bonne foi sous l'angle contractuel. Or rien ne prouve une origine plus récente de l'action de tutelle par rapport aux autres actions de bonne foi.

⁵⁶ Voir l'étude remarquable de L.LOMBARDI, *L'actio aestimatoria e i bonae fidei iudicia*, BIDR 63, 1960 qui prouve la classicité de sa mention dans l'Album au II^e siècle ap.JC. A certains égards néanmoins, nous ne partageons pas tous ses arguments, notamment celui qui consiste à voir dans la liste des actions de bonne foi dans le manuscrit de Vérone une mention de l'*actio praescriptis uerbis aestimatoria*, au point d'en exclure l'*actio rei uxoriae*.

⁵⁷ Du point de vue qui nous concerne, nous reprocherons à l'étude capitale de R.SANTORO, « *Il contratto nel pensiero di Labeone* », AUPA, 36, Palerme, 1983, p.5, malgré tout l'admiration que nous lui portons, de prendre comme un acquis évident que toute formule visant à sanctionner un contrat innomé et visée sous les termes d'*actio incerti*, d'*actio praescriptis uerbis* ou d'*actio ciuilis in factum*, devrait être un *iudicium bonae fidei*. A ce titre, nous partageons les opinions de A.BURDESE, « *In margine ai contratti innominati* », BIDR 88, 1985, p.397, et de M.TALAMANCA, *Pubblicazioni*, BIDR 92-93, 1989-90, p.733, sur l'existence de deux formules délivrées pour sanctionner les contrats innomés, une formule *ex fide bona*, et une *condictio incerti* de droit strict, malgré les difficultés que cela pose (voir les justes remarques de D.MANTOVANI, *Le Formule del Processo Privato Romano*, p.58 n.64), et de distinguer l'*actio* dite *ciuilis in factum* proposée par Labéon de la *condictio incerti* proposée par Ariston et par Mauricien.

⁵⁸ Voir RZ, p.151 ss.

⁵⁹ Notre préférence reste, avec des réserves, pour celle de M.WLASSAK, *Römische Prozessgesetze*, malgré sa critique radicale par M.KASER, « *Die Lex Aebutia* », *Studi Albertario* p. et RZ, p.159 ss. , ou sa reprise très infléchie par M.TALAMANCA, *Riordinamento*, cit., p.63 ss et ce malgré l'hypothèse assez révolutionnaire proposée par R.Fiori, *Ea res*

n'était pas encore, pour maintes raisons, un acquis solide à époque républicaine: les *iudicia* qui allaient être regroupés sous la catégorie homogène de *iudicia bonae fidei* ne représentaient encore qu'une nébuleuse de formules, traversée par des oppositions très fortes, dont la plus célèbre est l'opposition entre actions infamantes et actions non-infamantes, dont l'importance a été nous semble-t-il sous-estimée⁶⁰. Les jurisconsultes classiques ont su non seulement unifier, mais encore faire varier la catégorie quant à sa consistance et quant à sa signification et donner un rôle toujours plus important au concept de bonne foi dans le droit des obligations. Derrière la catégorie des *iudicia bonae fidei* figure une réelle hétérogénéité, tant diachronique que synchronique, qu'il convient de ne pas mésestimer⁶¹, si l'on veut comprendre la nature civile des *iudicia bonae fidei* (1°), mais encore l'originalité procédurale de la clause *ex fide bona* (2°).

1°La jurisprudence n'a, à notre avis, jamais « dénaturé » le sens de ces formules pour en faire artificiellement des actions civiles. Ces actions sont bien, dès le dernier siècle de l'époque républicaine, pour la plupart, attestées comme des actions civiles, même si elles ne sont pas les continuatrices des anciennes procédures orales archaïques instaurées pour la plupart par la loi des XII tables.

Elles sont de surcroît ancrées dans un contexte proprement romain, et ne doivent pas leur origine véritable à l'idée d'un droit transnational. Si l'on considère attentivement ce qui fait l'unité de cette catégorie processuelle au plan des institutions qu'elles protègent, et qui sont assez disparates, elles nous paraissent, pour la plupart d'entre elles, ancrées dans les rapports familiaux, amicaux, et clientélares. Aussi la gestion de l'extranéité dans le litige et les impératifs du commerce ne nous paraissent-il pas, malgré l'influence qu'ils ont exercé sur la discipline de certaines institutions, le principe actif qui a dicté la création et le développement des *iudicia bonae fidei*.

agatur, *op.cit.*, p.232 ss. Ce dernier ouvrage a le mérite certain de présenter avec une grande finesse les différents présupposés et implications de chacune des anciennes théories.

⁶⁰ A l'exception de quelques travaux majeurs comme ceux de Lombardi, *Dalla Fides*, *op.cit.*, 1961, et Wieacker, *op.cit.*, ZSS 81, 1963.

⁶¹ A ce titre, l'ouvrage majeur que constitue la monographie de B.Biondi, *Iudicia Bonae fidei*, AUPA, VII, Palerme 1918, a certes les mérites d'une étude d'ensemble du régime général qui leur est applicable à époque classique concernant l'inhérence des exceptions, mais, outre ses penchants parfois interpolationnistes, il nous paraît avoir une vision trop monolithique de la catégorie, sans s'intéresser à l'existence d'évolutions et de divergences jurisprudentielles, ni insister suffisamment sur le fait que leur « régime » n'est que la mise en commun de solutions obtenues souvent casuistiquement.

Pour les considérer originellement comme civiles malgré l'absence de prévision législative les instituant, il n'est donc pas nécessaire selon nous de faire appel au *ius gentium*, ni à la coutume, ni à la valeur religieuse que constituerait originellement la *fides*, mais simplement à l'*interpretatio* a contrario de certaines dispositions législatives, *interpretatio* qui peut sans doute être rapportée à l'époque médio-républicaine. En effet, il est significatif que les actions civiles instituées par la loi concernent surtout soit les actions mixtes et pénales, soit les actions tendant à la reconnaissance ou à la constitution de droits réels. Or les actions de bonne foi sont toutes des actions personnelles réipersécutoires, et le *ius civile* a pu tolérer dans une certaine mesure ce genre d'entorses au principe originel qu'il n'y a pas d'action sans loi.

C'est ainsi que se justifie doublement leur qualification classique d'*actiones iuris civilis*, à la fois parce qu'elles sont des *iura* étrangers à la *propria iurisdictio* du préteur, et parce qu'elles furent secrétées dans un contexte proprement romain sans un égard particulier pour le droit des pérégrins.

2°Corrélativement, la clause *ex fide bona* n'exprime donc pas le fondement de l'obligation, mais n'est qu'un instrument de mesure original, un standard de jugement, qui étend le pouvoir d'appréciation du *iudex* lorsqu'il définit le *quantum* de la condamnation et apprécie le comportement des parties en cours d'instance: il constitue une invention relativement moderne au même titre que la clause arbitraire qu'on rencontre dans les actions réelles et dans certaines actions prétorienne. Ainsi, la distinction romaine entre actions dites de droit strict et actions de bonne foi ne concerne pas tant le fondement du droit à protéger par l'action, que la nature de l'office et l'étendue des pouvoirs du juge en cours d'instance⁶².

En revanche, il nous semble qu'on peut dégager une nouvelle hypothèse sur les considérations sociales qui ont présidé à l'élaboration des formules à *demonstratio*, *intentio incerta* et à clause *ex fide bona*, par égard pour lien d'affinité qui existait généralement entre les parties (*societas uitae*). Notre hypothèse a été suscitée par un

⁶² Ainsi, la distinction entre actions dites de droit strict et actions de bonne foi serait comparable, *mutatis mutandis*, à une distinction telle que celle du droit administratif français entre le recours en annulation et le contentieux de plein juridiction, qui laisse au juge d'amples pouvoirs et ne l'enferme pas dans une alternative stricte. C'est uniquement la nature des pouvoirs du juge qui est changée.

travail à nos yeux capital de Dario Mantovani⁶³. Il a d'une part montré comment les expressions offensantes dans la formule pouvaient à elles seules heurter *l'honor* et constituer des obstacles socio-juridiques pour intenter l'action, au point même que le prêteur sanctionnait à différents titres ce devoir de *reuerentia personarum*. Il a d'autre part très bien établi comment, pour éviter le déni de justice, la mention de la bonne foi pouvait être employée à des fins euphémiques et diplomatiques, afin de modifier sur mesure certaines formules, qui, de série dans l'Album, avaient une rédaction trop offensante. A ce titre, nous avons fait l'hypothèse que cette technique de reformulation attestée depuis l'époque tardo-républicaine jusqu'à la fin de l'époque classique, s'inspirait de la connotation euphémique que possédaient les formules des actions de bonne foi, dont la rédaction était précisément assez neutre ou acceptable pour instaurer une procédure entre des parties qui, par leur lien d'affinité sociale, n'avaient pas vocation à se retrouver face à face dans un contentieux. La formule était diplomatique, et il s'en suivait, dans la phase *apud iudicem*, une pratique plus diplomatique du règlement des contentieux.

Car c'est aussi, à côté d'autres considérations techniques, cette considération pour la *societas uitae*, l'affinité sociale entre les parties, qui a pu dicter certaines solutions particulières propres au *iudicia bonae fidei*, comme l'inhérence de l'exception de pacte, l'absolution pour *satisfactio inter moras litis*, le droit de déduction des contrecréances *ex eadem causa*. Ainsi, la discipline particulière qui définit l'*officium iudicis* dans les actions de bonne foi, appelée pour la commodité le « régime des *iudicia bonae fidei* à époque classique », représente une méthode de règlement des contentieux particulièrement douce et particulièrement adaptée à un règlement des contentieux entre des parties qui sont liées par une *societas uitae*: il privilégie et favorise particulièrement des issues autres que la condamnation et les règlements amiables, imposant idéalement aux parties de se comporter comme des *boni uiri*: c'est avant tout en cours d'instance que les parties doivent manifester leur *bona fides* et se comporter, pour parodier la formule de l'action de fiducie⁶⁴, *ut inter bonos bene agier oportet*.

⁶³ « L'Editto come Codice e da altri punti di vista, L'editto come codice e da altri punti di vista », in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno. Incontri di studio (Napoli, gennaio-novembre 1996)*. Naples, 1998. p.129, mais surtout p.162 ss.

⁶⁴ LENEL, EP³, p.291

Ainsi, comme nous le disions, le « problème de la bonne foi » en droit romain fut moins à notre avis un problème notionnel qu'un problème de formulation suivi d'un problème concret d'interprétation.

4§ Plan.

Le propos de notre recherche a été de démontrer d'une part, concernant le problème du fondement de l'action, que les actions de bonne foi sont qualifiées à juste titre d'*actiones iuris ciuilis* par les jurisconsultes, d'autre part, concernant la genèse de la formule, que la clause *ex fide bona* n'est qu'un standard de jugement destiné à la fois à amplifier et à circonscrire le pouvoir du juge dans des instances délicates eu égard à l'affinité sociale entre les parties.

Pour introduire notre étude, nous voudrions donc tout d'abord rappeler au lecteur une distinction que suppose Paul à propos de la formule de l'*actio ad exhibendum*⁶⁵ et qui nous paraît capitale pour l'analyse générale des formules.

Dig. 50.16.37 (Paul. 26 ad ed.)

Verbum "oportere" non ad facultatem iudicis pertinet, qui potest vel pluris vel minoris condemnare, sed ad veritatem refertur.

D'une part se démarque ce qui a trait à la *ueritas*: celle-ci peut certes être estimée, doit être prouvée, mais idéalement elle est objective et indépendante des événements survenus en cours d'instance. Elle a trait à l'*intentio* « *si paret...oportere* »⁶⁶, et donc à l'existence d'un lien civil de nature personnelle: elle se réfère à ce qui doit en principe être vérifié au moment de la *litis contestatio*, à la réalité du lien d'obligation.

Cette *ueritas* est à distinguer, de ce qui relève de la *facultas iudicis*, expression qui est à mettre en balance avec d'autres, comme l'*officium iudicis*, la *potestas iudicis*, l'*arbitrium iudicis*: c'est le pouvoir qu'a le juge de condamner et d'absoudre ou de moduler sa condamnation, mais encore de prendre en compte ou non un événement

⁶⁵ Voir O.LENEL, *Palingenesia Iuris Ciuilis*, I, p.1019, et EP³ §90.

survenu en cours d'instance, d'inviter aussi bien le demandeur que le défendeur, sous la menace de la condamnation ou de l'absolution, à procéder à certains actes ou à certaines prestations au cours du procès.

Grossièrement, cette distinction que fait Paul rappelle, sur le plan de la procédure, les deux phases *in iure* et *apud iudicem* séparées par le moment fondamental de la *litiscontestatio*, et, sur le plan de l'analyse des formules, la division des *partes formularum* entre *intentio* et *condemnatio*. Mais elle n'y correspond que très schématiquement. Certains éléments de l'énoncé, certaines clauses se réfèrent au travail du *iudex* et à sa *facultas*. D'autres se réfèrent au *ius* substantiel identifié derrière la formule. Ainsi, l'*oportere* de la formule de l'*actio ad exhibendum* se réfère à la *ueritas*, tandis que la clause dite arbitraire participe à la définition de la *facultas iudicis*. Ainsi, une formule, comme expression d'une action, d'un *ius perseguendi quod sibi debetur*, se réfère nécessairement au fondement et à la nature de la prétention, mais, en tant qu'expression d'un programme judiciaire à suivre par le juge, elle est écrite pour définir et circonscrire sa *potestas* et son *officium* dans la conduite concrète du procès.

Considérons à présent la célèbre opinion de Quintus Mucius relatée par Cicéron au livre III du *De Officiis*, et qui est la plus ancienne réflexion que nous possédions sur le noyau dur des actions de bonne foi:

De Off. III.70

Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.

Nous voudrions que notre étude ne soit qu'une glose de cette citation de Mucius. Il n'est certes qu'un propos que la tradition a recueilli de manière contingente parce que Cicéron a consenti à nous le rapporter dans son traité *Des Offices*, mais, au vu de

⁶⁶ A moins que l'on s'en tienne, dans le cas de l'*actio ad exhibendum*, à l'opinion de Lenel qui y voyait une formule à *intentio incerta*. Nous suivons ici l'adhésion de D.Mantovani, *Formule*, p.60, à la reconstruction proposée par M.KASER,

l'époque où Quintus Mucius le formula, il se situe à un moment décisif à la fois parce qu'il présente encore ces formules lorsque la pratique des *legis actiones* du *ius civile* archaïque est encore une réalité vivante et parce qu'il annonce la considération de la jurisprudence classique pour le groupe des *iudicia bonae fidei* lorsque la procédure formulaire a définitivement triomphé.

Mucius nous semble donc commenter l'ensemble des *intentiones* des formules *in quibus additur ex fide bona* en un *quid quemque cuique praestare oportet*: il nous paraît par là même reconnaître au *praestare oportere* sa fonction eu égard à la *ueritas*: ces formules sont celles d'actions civiles, et expriment des obligations: elles n'ont par là rien d'original, au regard du moins de toute autre *intentio incerta in ius*. Elles ont pour dénominateur commun la *societas uitae* qui est un lien d'affinité social caractéristique, mais à des degrés divers, de ces institutions.

Toutefois, ces formules sont originales en ce qu'elles sont dotées d'une *summa ius*, et la clause l'amène à réfléchir sur le travail du *iudex*. En cela la clause *ex fide bona* semble quant à elle davantage tournée vers la *facultas iudicis*. Et de fait, l'une des notions centrales qui sert à expliquer chez les prudents les propriétés distinctives des *iudicia bonae fidei* est celle d'*officium iudicis*, et plus particulièrement celle de *liberum officium iudicis*.

Ainsi, les formules *in quibus additur ex fide bona* expriment principalement deux choses, selon le point de vue auquel on se place:

-du point de vue abstrait de l'action et du fondement de l'obligation, leur *oportere* ne fait qu'exprimer banalement leur appartenance aux actions civiles, malgré toutes les évolutions qu'a connues et que connaîtra la catégorie des *iudicia bonae fidei*. (Premier Livre).

-du point de vue concret de l'instance, et du programme judiciaire qui circonscrit les pouvoirs et le rôle du *iudex*, la clause *ex fide bona* appartient à la catégorie des standards de jugement, et détermine de manière originale un *liberum officium iudicis* (Second Livre).

« Die 'formula' der 'actio ad exhibendum' », in *Studi in onore di E.Volterra*, Milan, 1971, p.545.

Livre Premier: L'appartenance des actions de bonne foi aux actions civiles et leur évolution à époque classique

Livre Second : L'appartenance de la clause *ex fide bona* aux standards de jugement et la définition progressive du *liberum officium iudicis*.

**PREMIER LIVRE. L'appartenance des actions de bonne foi aux
actions civiles et leur évolution à époque classique**

Titre liminaire

La qualification des actions de bonne foi en actions civiles et l'hypothèse de leur dénaturation jurisprudentielle

Une formule est l'expression d'une prétention en justice: elle se réfère implicitement ou explicitement à la base juridique de cette prétention et offre toujours un aspect substantiel. Elle n'est pas que pure procédure et ce justement parce qu'elle exprime une action: un *ius persecuendi quod sibi debetur*. Sans doute la célèbre définition de Celse⁶⁷ manifeste-t-elle déjà un degré d'élaboration conceptuelle, de concision et de généralité que n'ont pas nécessairement connu les *ueteres*. Sans doute encore Celse ne vise-t-il pas par cette définition une théorie générale de l'action, mais une définition opérationnelle de la notion d'action⁶⁸. Elle témoigne toutefois du caractère substantiel de la notion: elle est un *ius*⁶⁹.

Or les actions sont des objets juridiques particuliers, et c'est de leurs divisions comme de leur regroupements, par un procédé diérétique, que naissent les distinctions juridiques pertinentes pour tout le droit privé romain⁷⁰.

Les actions sont donc elles-mêmes classées de différentes manières par les juriconsultes⁷¹. L'une des divisions qui est le plus souvent utilisée au Digeste est une division qui concerne justement le fondement et la nature juridique de la prétention: action civile/action

⁶⁷ Dig. 44.7.51

⁶⁸ Pour l'interpréter lorsque le préteur préteur l'emploie, lorsqu'il énonce par exemple « *si alia actio non erit* ».

⁶⁹ Sur cette question complexe, voir G.PUGLIESE, *Actio e diritto soggetivo*, p.100 et *passim*.

⁷⁰ Voir là-dessus un article très instructif de V.ARANGIO-RUIZ, « *Les formules des actions et le système du droit romain classique* », p.419 in *Scritti di diritto romano*, p.419 ss. .

⁷¹ RZ, p.326 ss.

prétorienne. Un extrait d'Ulpien nous la présente comme une *summa diuisio*: « *omnes actiones aut ciuiles aut honorariae dicuntur* »⁷².

Les actions exprimées dans une formule *ex fide bona* sont classées par la jurisprudence classique dans les actions civiles. Sans qu'on ait jamais une assertion comme *« *omnes actiones bonae fidei sunt ciuiles* », laquelle justement nous inviterait à la suspecter d'être une position nouvelle ou controversée, la qualification en action civiles des actions exprimées par une formule dans laquelle « *additur ex fide bona* » ne fait aucun doute pour les classiques. Elle est disséminée, action par action, dans toute la compilation justinienne et ne semble jamais poser la moindre difficulté à un prudent. C'est, pour eux, une évidence au même titre que la qualification de la *rei vindicatio* ou de l'*actio certae creditae pecuniae*. Citons-en quelques exemples.

-Ulpien⁷³, tout en faisant allusion à Pomponius, essaie de justifier la nécessité d'une promesse édictale d'une action pour le *receptum nautarum*, dont la *formula est in factum*. La (fausse) objection qu'il se fait est que dans cette situation, celui qui a laissé un objet sur un bateau est protégé de toute manière par une action civile. Et il cite différents cas, où une *merces* a été payée: l'*actio locati*, l'*actio conducti*, toutes deux avec clause *ex fide bona*. Il en vient alors à citer Pomponius: même si les objets avaient été pris en charge gratuitement par le *nauta*, celui qui les lui aurait ainsi laissés pourrait agir par l'*actio depositi*, et le juriste de l'époque des Antonins s'étonne donc de l'introduction d'une action prétorienne alors qu'il existe des *actiones civiles*. On connaît la réponse d'Ulpien: le préteur a cherché à introduire une forme de responsabilité objective qui n'existait pas dans la discipline des actions de bonne foi. Mais il est significatif que Pomponius, tout comme Ulpien, oppose avec autant de clarté les *actiones depositi, locati, conducti*, au *receptum*. Pour lui, la nature civile de ces actions de bonne foi va de soi.

-Selon le même Ulpien⁷⁴ qui commente toujours Pomponius, pour garantir l'intégrité des accessoires prévus au contrat de vente, il y a, *iure ciuili*, en vertu du droit civil, une action *ex empto*. Il montre que ce n'est le cas que si un *certum corpus* accessoire a été prévu au contrat de vente, et non si le vendeur a simplement dit qu'il vendrait un esclave avec son pécule, ou

⁷² Dig. 44.7.25.2 Ulpianus l.S. reg.

⁷³ Dig. 4.9.3.1 Ulpianus 14 ad ed. Ait praetor: " nisi restituent, in eos iudicium dabo". ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. sed an sit necessaria, videndum, quia **agi civili actione ex hac causa poterit**: si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto: sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest: si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur: sed si gratis res susceptae sint, ait pomponius depositi agi potuisse. miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles (...).

⁷⁴ Dig. 21.1.33pr. Ulpianus 1 ad ed. aedil. Curul. Proinde pomponius ait iustam causam esse, ut quod in venditione accessurum esse dictum est tam integrum praestetur, quam illud praestari debuit quod principaliter veniit: nam **iure civili**, ut integra sint quae

avec son héritage: alors, le vendeur n'a pas à garantir l'intégrité des choses faisant partie du pécule ou de l'héritage. Et il ne développe cela que pour montrer que Pomponius fait le même raisonnement avec les actions édiliciennes: c'est dire, par le parallèle qu'il fait, qu'il oppose très nettement une action *ciuili iure*, à celle qui provient *ex edicto aedilium*.

-Incidentement, lorsqu'il présente la promesse édictale d'un interdit pour protéger par voie prétorienne le superficiaire, Ulpien⁷⁵ commence par présenter la protection « civile » dont il bénéficie, et il ne met à aucun moment en doute la nature civile des *actiones empti* ou *conducti*.

-Lorsque Paul⁷⁶ en vient à parler de l'action contraire du commodat, il doit justifier qu'une action existe alors même que le commodat est fait uniquement dans l'intérêt du commodataire, et à ses yeux l'action contraire comme l'action directe est une action civile. Il en va de même, ajoute-t-il, de l'*actio negotiorum gestorum*.

-Quintus Cervidius Scaevola⁷⁷ se voit poser une question sur une situation assez imprévue: Titius, le *procurator* de Seius, a approuvé, après sa mort, la vente d'un fonds faite par un esclave faisant partie de l'hérédité, mais il ignorait qu'il avait été institué héritier de Seius, et demande s'il peut sortir d'une pareille vente, si le prix ne lui a pas encore été payé lorsqu'il a appris qu'il était institué héritier. Scaevola répondit qu'il n'est pas tenu par les actions civiles pour avoir approuvé en tant que *procurator* une pareille vente, puisqu'il ne l'a pas approuvée en qualité de *dominus*. Mais il est tenu par une action prétorienne « *serui nomine* », c'est-à-dire par une action *quod iussu*, ou *de peculio*. Là encore, l'*actio empti* est implicitement visée comme une des actions civiles.

Aussi pourrait-on considérer comme un acquis la proposition suivant: les actions de bonne foi sont en principe des actions civiles. C'est pourtant ce point qui fait l'objet de nombreuses suspicions de la part de toute une tradition chez les romanistes: il n'en aurait pas toujours été ainsi, et cette qualification classique ne refléterait pas l'état du droit préclassique, la

accessura dictum fuerit, ex empto actio est, veluti si dolia accessura fundo dicta fuerint. sed hoc ita, si certum corpus accessurum fuerit dictum (...)

⁷⁵ Dig. 43.18.1.1 Ulpianus 70 ad ed. *Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est: nam si conduxit superficiem, ex conducto, si emit, ex empto agere cum domino soli potest. enim si ipse eum prohibeat, quod interest agendo consequetur: sin autem ab alio prohibeatur, praestare ei actiones suas debet dominus et cedere.*

⁷⁶ Dig. 13.6.17.3 Paulus 29 ad ed. (...) *geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nuda voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles; . ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit: (...).*

⁷⁷ Dig. 18.5.8 Scaevola 2 resp. *Titius seii procurator defuncto seio ab eo scriptus heres, cum ignoraret, fundum vendente servo hereditario, quasi procurator subscripsit: quaesitum est, an cognito eo, priusquam emptio perficeretur, a venditione discedere possit. respondit titium, si non ipse vendidit, non idcirco actionibus civilibus teneri, quod servo vendente subscripsit, sed servi nomine praetoria actione teneri.*

jurisprudence ayant, par erreur ou délibérément, occulté leur nature originellement prétorienne.

Ce qui a constitué l'un des plus grands objets de débat concernant les actions de bonne foi durant le XX^{ème} siècle, leur statut civil ou prétorien à l'époque républicaine, mérite qu'on s'attarde d'abord sur l'intérêt et la pertinence même de cette question, sur la façon dont elle est posée, sur la manière dont elle est résolue. En effet, ces qualifications sont contestées pour l'époque républicaine, parce que l'on a contesté, pour cette époque, la reconnaissance même d'une distinction action civile/action prétorienne.

Selon Magdelain⁷⁸, la distinction entre actions civiles et actions prétoriennes serait essentiellement d'origine médio-classique (1), alors que l'époque républicaine n'aurait connu qu'une distinction *actio legitima/actio praetoria* (2); aussi les actions de bonne foi, qui n'offrent pas trace d'une prévision législative, auraient-elles été nécessairement rangées à cette époque dans les actions prétoriennes(3).

1. La validité de la distinction pour les juristes médio- et tardo-classiques

Il est vrai que l'expression *actio ciuilis* est essentiellement employée par les juristes qui écrivent après 150 ap. J.C. (1°), et qu'on n'en trouve que de faibles traces antérieurement (2°).

1° Hormis les textes susmentionnés, pour désigner une action typique qui protège une institution du *ius ciuile* sans rien devoir dans son principe à l'inventivité prétorienne, c'est avant tout Ulpien qui emploie l'expression « *actio ciuilis* ». Les textes du Digeste sont essentiellement les suivants: 4.3.1.4 (11 ad ed.); 4.3.1.7 (11 ad ed.); 5.5.1 (15 ad ed.); 6.2.1.1.(16 ad ed.). Dig. 8.5.6.1 (17 ad ed.); Dig. 10.3.23 (32 ad ed.); Dig. 11.7.12pr. (25 ad ed.) Dig. 19.5.15 (42 ad sab.); Dig. 42.2.6.2 (5 de omn. trib.); Dig. 44.7.42.1 (21 ad ed.); Dig. 47.1.1.2 (41 ad sab.); Dig. 47.2.14.11 (29 ad sab.); Dig. 47.4.1.1 (38 ad ed.); Dig. 50.16.178.3 (49 ad sab.).

Ils représentent à eux tous seuls près de la moitié des occurrences de l'expression, ce qui n'a rien d'étonnant vu la place qu'occupe l'oeuvre d'Ulpien dans le Digeste. Mais il est vrai que l'expression est beaucoup moins fréquente chez d'autres auteurs, pourtant fort souvent cités.

⁷⁸ *Actions civiles*, p.5 ss.

Papinien présuppose l'expression, par exemple: Dig. 49.17.17pr., (*ciuiliter conueniri*) Dig. 19.5.8 (27 quaest.) (*ciuiliter agi*).

Chez Paul, elle est là encore en tant que telle assez rare. On la rencontre dans les textes suivants: Dig. 19.5.5.3 (5 quaest.). Mais il emploie plus souvent une expression plus allongée « *actio quae alicui iure ciuili competit* » comme en Dig. 14.1.5.1 (29 ad ed.) ou en Dig. 36.1.41pr. (20 ad ed.), et emploie une fois l'expression *actio iuris ciuilis* en Dig. 43.26.14 (13 ad sab.).

Un seul texte de Gaius l'utilise dans tout le Digeste: Dig. 5.5.2 (ad ed. prov.). Il est même à noter que cette expression n'apparaît jamais aux *Institutes*, et pas plus d'ailleurs au livre IV des *Institutes* de Justinien. Jamais une *actio* n'est qualifiée de *ciuilis* ou de *iuris ciuilis*.

De même, deux textes de Quintus Cervidius: Dig. 18.5.8., Dig. 13.5.31 (5 Dig.). Un seul emploi en ce sens se trouve directement dans un extrait de Pomponius: Dig. 41.1.50 (6 ex plaut.).

2° En revanche, nous trouvons très peu de traces de cette expression dans la jurisprudence antérieure, lorsqu'elle sert à désigner une action typiquement reconnue par le *ius ciuile*.

Le seul à le faire dont on ait une trace sûre est Julien, en Dig. 46.1.11, lorsqu'il explique que le *mutuum* du fils, même après sa mort, ne peut lier le père, et que donc le créancier ne peut recevoir alors pour garantir sa créance un *fideiussor*, « *quia neque ciuilem neque honorariam aduersus patrem actionem habet* »: il n'a ni l'*actio certae creditae pecuniae*, ni une action *adjecticiae qualitatis* (par exemple *de peculio*). Par ailleurs, il emploie une autre fois l'expression *actio iuris ciuilis* (Dig. 9.4.39pr., 9 Dig.) pour désigner l'*actio ad exhibendum* sans doute.

Antérieurement encore, il semble qu'Ariston ait employé des expressions similaires: dans le cas d'un *negotium* atypique, Pomponius le cite⁷⁹, disant que « *nullam esse iuris ciuilis actionem* ». Une fois, cité par Ulpien⁸⁰, il paraît employer l'expression *actio ciuilis* encore que l'expression se trouve dans une subordonnée à l'indicatif, ce qui peut soit témoigner d'un

⁷⁹ Dig. 19.5.16.1 Pomponius 22 ad sab. *Permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem: sevi nec pateris me fructus tollere. nullam iuris civilis actionem esse aristo ait: an in factum dari debeat, deliberari posse: sed erit de dolo*. Il n'y a aucune raison de considérer ce texte comme interpolé, quelle que soit la position qu'on adopte sur les contrats innomés à l'époque classique: ce *negotium* n'en est pas vraiment un, il n'a pas de *causa*; il n'est pas étonnant qu'Ariston soit parti de l'idée qu'aucune action typique relevant du *ius ciuile* proposée par l'édit ne protège une pareille situation.

⁸⁰ Dig. 30.28pr. Ulpianus 19 ad sab. *Si creditori meo, tutus aduersus eum exceptione, id quod ei debeo legem, utile legatum est, quia remissa exceptio videtur, sicut aristo ait id quod honoraria actione mihi debetur si legetur mihi, legatum valere, quia civilis mihi datur actio pro honoraria*.

commentaire d'Ulpien, soit d'une adhésion marquée au raisonnement du juriste qu'il commente⁸¹.

Mais si l'on remonte à la jurisprudence du premier siècle, on ne connaît pas de passage qualifiant d'*actio ciuilis* une action figurant dans l'édit et protégeant une institution typiquement reconnue par le *ius ciuile*. En réalité, on ne trouverait pas d'expression s'en rapprochant. De même, jamais dans la langue littéraire, et notamment chez Cicéron, *actio ciuilis* n'a le sens d'action reconnue typiquement par le *ius ciuile* par opposition aux actions prétorienne.

Magdelain⁸² considère à ce titre que la distinction action civile/action prétorienne, telle qu'elle s'applique concrètement, ne peut être tenue pour originaire, et représente une classification plus récente, qui est le fruit d'un travail opéré entre le Ier siècle et le IIème siècle après JC. Et la distribution des actions selon ces deux catégories ne permettrait pas de saisir leur statut véritable à l'époque républicaine et au début de l'époque classique.

C'est sur ce fondement que différents auteurs, et en premier lieu Magdelain, ont fait l'hypothèse que la jurisprudence préclassique et l'époque républicaine connaissaient une toute autre distinction.

2.L'hypothèse de Magdelain: la distinction *actio legitima/actio honoraria* plus pertinente pour l'époque républicaine

Magdelain⁸³, à la suite de Kunkel⁸⁴, a essayé d'identifier une distinction plus probante pour la jurisprudence préclassique; les actions seraient originellement distribuées en deux catégories, actions légitimes et en actions prétorienne. Une action serait soit concédée par la loi, soit concédée par le préteur.

Il en voit des traces dans différents textes d'époque classique (1°), mais aussi dans différents textes d'époque républicaine (2°).

1°Plusieurs textes d'époque classique semblent manifester d'après Magdelain⁸⁵ une plus authentique *summa diuisio*, non pas entre actions civiles et actions prétorienne, mais entre

⁸¹ *op.cit.*p.7.

⁸² *op.cit.*p.8.

⁸³ *op.cit.* p.5 ss.

⁸⁴ « *Fides als schöpferisches Element des römischen Schuldrecht* », *Festschrift Koschaker*, II, p.4 ss.

⁸⁵ *Actions civiles*, p.11-12.

actions légitimes et actions prétoriennes. En premier lieu, Gaius lui-même, au livre IV des Institutes⁸⁶, présente une telle opposition. Selon Pomponius⁸⁷, lui aussi assez avare de l'expression *actio ciuilis*, l'*actionum modus*, qu'il soit introduit *lege* ou *per praetorem*, ne peut être préventivement modifié par des pactes. La correspondance de cette division avec celle qu'il opérait précédemment (*ius sollemne/ius praetorium*), manifesterait que le *ius sollemne*, le *ius* au sens fort du terme, par opposition à ce *ius* d'emprunt qu'est la *iurisdictio praetoris*, correspond à des actions concédées par la loi.

Ariston⁸⁸ lui aussi semblerait employer l'expression, « *actio legitima* »: face à une situation imprévue, celle où mon troupeau mange un fruit de ton arbre qui pend au dessus de mon terrain, il dit ne voir aucune *actio legitima*, et cite, pour les écarter, trois actions concédées par la loi (deux par la loi des XII Tables, une par la *lex Aquilia*).

2° Magdelain⁸⁹ trouve encore des traces à l'époque républicaine de cette opposition qu'il juge plus fondamentale. La principale trace s'en trouverait dans un texte d'Ulpian citant Servius⁹⁰. Commentant l'édit « *ne quis in suggrunda* »⁹¹ qui complète l'édit *de deiectis uel effusis*, il constate une situation qui ne rentre pas dans le cadre de la promesse édictale et se réfère à Servius: qu'en est-il si l'objet tombé a été placé par quelqu'un qui n'est ni habitant ni propriétaire de l'immeuble d'où il est tombé? Servius constate l'impossibilité d'agir avec l'action promise par l'édit *ne quis in suggrunda* si l'objet a été posé à un endroit dangereux par un peintre qui effectuait un travail. De même, si une amphore est tombée du rebord, alors les conditions de l'action honoraire comme de l'action légitime (l'*actio damni* de la *lex Aquilia*) ne sont pas réunies. Il est possible que, malgré l'absence de subjonctif de style indirect dans la

⁸⁶ Inst. IV,109. *Ceterum potest ex lege quidem esse iudicium, sed legitimum non esse; et contra ex lege non esse, sed legitimum esse. nam si uerbi gratia ex lege Aquilia uel Ollinia uel Furia in prouinciis agatur, imperio continebitur iudicium; idemque iuris est, et si Romae apud recuperatores agamus uel apud unum iudicem interueniente peregrini persona; et ex diuerso si ex ea causa, ex qua nobis edicto praetoris datur actio, Romae sub uno iudice inter omnes ciues Romanos accipiatur iudicium, legitimum est. 110. Quo loco admonendi sumus eas quidem actiones, quae ex lege senatusue consulti profiscuntur, perpetuo solere praetorem accommodare, eas uero, quae ex propria ipsius iurisdictione pendent, plerumque intra annum dare.*

⁸⁷ Dig. 50.17.27 Pomponius 16 ad sab. *Nec ex praetorio nec ex sollemni iure privatorum conventionem quicquam immutandum est, quamvis obligationum causae pactione possint immutari et ipso iure et per pacti conventi exceptionem: quia actionum modus vel lege vel per praetorem introductus privatorum pactionibus non infirmatur, nisi tunc, cum inchoatur actio, inter eos convenit. Dig. 39.3.22.2 Pomponius 10 ex var. Lect. Sed et si fructuarius opus fecerit, per quod aqua pluvia alicui noceat, erit quidem actio legitima cum domino proprietatis: an uero etiam utilis in fructuarium actio aquae pluviae arcendae danda sit, quaesitum est: et magis est ut detur.*

⁸⁸ Dig. 19.5.14.3 Ulpianus 41 ad sab. *Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat eamque ego immisso pecore depascam: aristo scribit non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim: nam neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris (quia non in tuo pascitur) neque de pauperie neque de damni iniuriae agi posse: in factum itaque erit agendum.*

⁸⁹ *op.cit.*, p.9-10.

⁹⁰ Dig. 9.3.5.12 Ulpianus 23 ad ed. *Si id quod positum erat deciderit et nocuerit, in eum competit actio qui posuit, non in eum qui habitaverit, quasi haec actio non sufficiat, quia positum habuisse non utique videtur qui posuit, nisi vel dominus fuit aedium vel inhabitator. nam et cum pictor in pergula clipeum vel tabulam expositam habuisset eaque excidisset et transeunti damni quid dedisset, servius respondit ad exemplum huius actionis dari oportere actionem: hanc enim non competere palam esse, quia neque in suggrunda neque in protecto tabula fuerat posita. idem servandum respondit et si amphora ex reticulo suspensa decidisset et damni dedisset, quia et legitima et honoraria actio deficit.*

proposition en *quia*, Ulpien cite Servius: dès lors, il opposerait l'action concédée par la loi à l'action concédée par le préteur. Magdelain y voit la véritable *summa diuisio* utilisée par les juristes républicains (*legitimum/honorarium*), plus authentique que l'opposition fréquente de l'époque médio- et tardo-classique *actio ciuilis/actio honoraria*.

L'autre texte invoqué⁹² à l'appui du caractère originel de cette distinction est un texte du *Pro Roscio Comoedo*⁹³, où Cicéron cherche à élargir le débat dans un procès fondé sur l'*actio certae creditae pecuniae*, et dit qu'il va défendre Roscius « *perinde ac si in hanc formulam omnia iudicia legitima, omnia arbitria honoraria, omnia officia domestica comprehensa sint* »: Cicéron embrasserait ainsi les actions légitimes, les actions prétorienne, et enfin la morale: ainsi s'épuiserait toute la normativité, juridique et extra-juridique, que connaît un Romain de la fin de la République: la loi, le préteur, la morale domestique. Cela serait confirmé *a contrario* par le fait que, pour Cicéron, l'expression *ius ciuile*, en tant que telle, est souvent neutre vis-à-vis des actions prétorienne: il ne connaît donc pas l'expression « action civile », mais connaît une opposition entre *iudicia legitima* et *arbitria honoraria*.

Cette distinction plus originaire, ne montrerait pas uniquement un changement de terminologie, mais un changement de perspective à l'époque classique: la distribution effective des actions en civiles et prétorienne ne correspondrait pas nécessairement à celle entre actions légitimes et prétorienne à l'époque républicaine. Et, pour Magdelain⁹⁴, elle ne correspond effectivement pas à cette distinction, parce que la notion d'action légitime ne désigne que les actions qui furent *stricto sensu* concédées et réglementées par une loi.

3. Les actions de bonne foi, exclues des « actions légitimes »

L'expression d'*actio legitima* aurait un poids très fort: en désignant ainsi les actions, les juristes républicains viseraient seulement les actions dont les prérequis substantiels comme la procédure seraient strictement concédés et réglementés par la loi, et ils rejetteraient toute autre action dans le groupe des actions prétorienne⁹⁵. Une action légitime aurait comme qualité d'être la continuatrice, dans la procédure formulaire, d'une ancienne *legis actio*. Et toutes ces actions légitimes furent ensuite considérées comme des actions « civiles » (1°). En

⁹¹ EP³§62.

⁹² *Actions civiles*, p.10-11.

⁹³ *Pro Roscio Com.* § 15

⁹⁴ *op.cit.* p.20-21.

⁹⁵ *Actions civiles*, p.20.

revanche, toutes les actions civiles ne seraient pas à l'origine des actions légitimes: l'exemple le plus manifeste serait le groupe des actions à formule *ex fide bona*, qui dès lors aurait été selon la qualification républicaine un groupe d'actions prétoriennes (2°).

1° Magdelain⁹⁶ a complété la liste produite par Kunkel⁹⁷ des actions dites civiles à l'époque de la procédure formulaire et qui ont un « fondement légitime ». Elles furent à l'origine doublement « *ex lege* », de par leurs prérequis substantiels, et de par leur *modus agendi*.

Certaines sont prévues comme des cas d'ouverture par la loi des douze tables: l'*actio aquae pluviae arcendae*, l'*actio de arboribus succisis*, l'*actio de pastu pecoris*, l'*actio de pauperie*, l'*actio familiae erciscundae*, l'*actio finium regundorum*, les différentes *actiones furti*, l'*actio de tigno iuncto*, l'*actio rationibus distrahendis*, la *uindicatio*, la *causa liberalis*; l'*actio auctoritatis* (et sans doute l'*actio de modo agri*). D'autres sont prévues par la législation post-decemvirale: l'*actio depensi* par la loi Publilia; l'*actio legis furiae* (de sponsu); l'action contre le légataire qui a reçu plus qu'il ne devait d'après la *lex Furia testamentaria*; l'*actio communi diuidundo* d'après la *lex Licinnia*, la *condictio certae creditae pecuniae* (*lex Silia*), la *condictio certae rei* (*lex Calpurnia*), les actions *damni iniuria* (*lex Aquilia*), l'action de la *lex Marcia* contre l'usurier. Certaines autres actions laissent facilement deviner leur fondement légal à cause de particularités qui rejoignent leur *modus agendi* originel: ainsi, toutes les actions civiles à litiscrescence ont très vraisemblablement eu un précédent *per manus iniectioem*.

Mais avant tout, elles eurent à leur commencement un *modus agendi* reconnu par la loi, la procédure orale des *legis actiones*: le droit commun était le *sacramentum*, et les autres *modi agendi in iure* devaient faire l'objet d'une prévision législative expresse. Gaius⁹⁸ nous donne de précieuses informations sur les cas où étaient utilisées la *manus iniectio* ou la *iudicis arbitriue postulatio*; la *condictio* fut quant à elle un *modus agendi* prévu semble-t-il dans deux lois uniquement, et prévu pour deux cas d'ouverture seulement: la *certa credita pecunia* et la *certa credita res*.

Ces actions étaient donc doublement légales, de par leur prérequis substantiel, et de par leur *modus agendi*. Enfin, et c'est ce que cherche à démontrer Magdelain⁹⁹, c'est le caractère

⁹⁶ *op.cit.*, p.13.

⁹⁷ *Fest. Koschaker* II, p.4.

⁹⁸ *Inst.*, IV.10-33

⁹⁹ *Actions civiles*, p.23 ss.

biunivoque de cette double empreinte de légalité: toute prétention légitime devait se mouler dans une *legis actio*; toute *legis actio* sanctionnait un cas d'ouverture légitime.

En quoi ce constat valable dans la procédure orale archaïque pouvait-il se répercuter dans les formules? Certaines formules auraient un correspondant dans une *legis actio*, d'autres non. Et la pertinence de cette classification dans la procédure formulaire républicaine reposerait sur la coexistence du système des *legis actiones* et de la procédure formulaire entre la *lex Aebutia*, votée au cours du II^{ème} siècle av. JC, et les *leges Iuliae*, à la fin du I^{er} siècle av. JC. La légitimité d'un *agere per formulam* reposerait sur le précédent (et la concurrence) d'une *legis actio*, dont la formule ne serait que la transposition écrite: le préteur n'aurait fait que transcrire dans une autre procédure un cas d'ouverture explicitement visé et réglementé par la loi.

2° Il se trouve que les actions de bonne foi ne correspondent pas à ce schéma. Il est significatif que l'on ne trouve jamais, pour aucune action de bonne foi visée dans la liste de Quintus Mucius¹⁰⁰, un quelconque précédent dans une *legis actio*. Sans doute existe-t-il des actions civiles dont le fondement législatif exact nous échappe; mais il est significatif qu'en aucun texte on ne nous donne de fondement législatif ne serait-ce que pour une seule action exprimée dans une formule *ex fide bona*. Comment se fait-il que, sur sept actions présentées par les prudens comme civiles, aucune ne soit mentionnée par aucun texte comme l'objet d'une prévision législative? Ce ne peut être dû au hasard de la transmission des textes.

Dès lors, puisqu'elles ne pourraient être qualifiées de *legitimae*, elles devaient nécessairement entrer selon Magdelain¹⁰¹ dans la catégorie des actions prétorienne. La trace de leur caractère prétorien se manifesterait dans leur rédaction: par opposition à un *oportere (ex lege)*, elles exprimeraient, par un *oportere ex fide bona*, un simple devoir moral capté par la juridiction du préteur.

Et elles ne purent être rangées dans les actions civiles qu'à la suite d'une méprise, consciente ou inconsciente, après que la procédure des *legis actiones* fut définitivement abolie¹⁰²; alors le droit positif ne permettait plus de distinguer de manière vivante celles qui étaient les héritières d'une *legis actio* et celles qui ne l'étaient pas. En perdant la trace de leur origine historique, on avait pu subvertir leur nature juridique, parce qu'on pouvait les classer dans une nouvelle catégorie, celle des « actions civiles », fruit d'une nouvelle distribution

¹⁰⁰ *De Off.*, III, 70.

¹⁰¹ *Actions civiles*, p.42 ss.

¹⁰² *op.cit.*, p.59.

jurisprudentielle des formules. Cette requalification aurait été facilitée par une méprise sur le sens de leur *intentio*: alors que l'*oportere ex fide bona* viserait un devoir moral que le prêteur aurait décidé de protéger de sa *iurisdictio*, les prudents l'interprétèrent comme un *oportere (ex lege)*, expression d'une véritable obligation civile.

C'est à cette conclusion que tend tout le raisonnement de Magdelain.

Il convient donc de comprendre s'il est possible que les prudents à l'âge classique aient dénaturé les actions dites « de bonne foi », en les rangeant, sciemment ou non, dans les actions civiles, alors qu'elles auraient auparavant été prétoriennes.

La réponse n'est pas du tout évidente au regard de la diversité des actions de bonne foi. La perception que pouvait avoir de leurs formules Quintus Mucius, pour qui la concurrence des *legis actiones* était une réalité encore vivante, n'était sans doute pas la même que celle qu'en auraient, plus de deux siècles et demi plus tard, les préfets du prétoire sous les Sévères, familiers de la *cognitio extra ordinem*. Sans doute est-il un point qui n'est pas à négliger et que Magdelain a mis en lumière, à savoir l'idée d'une évolution dans la perception que la jurisprudence pouvait avoir de ces formules. Cet ensemble de formules voit sans doute son statut modifié au cours de l'histoire de la procédure formulaire, et la perception qu'en ont les jurisconsultes connaît des évolutions notables¹⁰³.

Il est certain que les *iudicia bonae fidei* représentent originellement une nébuleuse multiforme, qui a subi de nombreuses évolutions: la jurisprudence a construit et retravaillé une catégorie, qui est constituée d'un agrégat d'actions qui sont en réalité assez hétérogènes à maints égards. Et, ce faisant, elle en a certainement infléchi la nature. Mais il est fort douteux qu'elle ait pu dénaturer des actions prétoriennes et les élever, par sa seule autorité, à un statut « civil ».

Il nous semble donc que, même si, dans leur réflexion, les *iudicia bonae fidei* représentent une catégorie qui est tout autant le résultat que l'objet d'une évolution (Titre Premier), les prudents n'ont jamais dénaturé les *iudicia in quibus additur ex fide bona*, qui ont été invariablement considérée comme des formules d'actions civiles (Titre Second),

¹⁰³ Ce point, nous semble-t-il, est assez rarement pris en compte: c'est la notion même de *iudicium bonae fidei*, indépendamment du statut civil ou prétorien qu'on veut attribuer aux actions qualifiées ainsi, est le fruit et l'objet d'une évolution. cf. TALAMANCA, *Bona fides* p.8 et *passim*.

- Titre 1: Les *iudicia bonae fidei*, un groupe d'actions sujettes à des évolutions
- Titre 2: Les *iudicia in quibus additur ex fide bona*, un groupe d'actions invariablement rattachées au *ius civile*.

1. TITRE PREMIER. LES IUDICIA BONAE FIDEI, UN GROUPE D' ACTIONS SUJET A EVOLUTIONS

La vision qu'offre A.Magdelain¹⁰⁴ d'une évolution jurisprudentielle de la nature des actions de bonne foi a un mérite certain, malgré notre désaccord sur la trajectoire historique qu'il envisage: la présentation qui est faite de ces actions au livre IV des *Institutes* de Justinien ou même celle de Gaius aux *Institutes* ne reflète certainement pas leur statut à l'aube de l'époque classique, et, au vu des textes depuis l'époque républicaine jusqu'aux Sévères, de notables changements dans la conscience jurisprudentielle de ce groupe sont perceptibles.

Leur principale évolution est très caractéristique de toute l'histoire de la procédure formulaire, où l'attachement aux termes concrets de la formule n'a pas interdit à la jurisprudence une conceptualisation progressive et des généralisations qui n'étaient pas simplement tributaires des particularités de ce *modus agendi*. Mais c'est, originairement, un groupe de formules très disparates, sans grande unité, pénétré de certaines divisions frappantes, comme celle reposant sur le caractère infamant de la condamnation; pourtant la jurisprudence tend déjà à les envisager dans leur unité et dans leur spécificité; leur principale unité étant formelle et immédiate et venant de l'homogénéité d'un groupe de formules, toutes regroupées derrière le terme de *fides bona*, le « *fidei bonae nomen* » comme dirait Mucius. C'est à la doctrine classique qu'il revient de leur imprimer une nature homogène et spécifique, une « *bonae fidei iudicii natura* » comme le dira encore Justinien. Elle a établi une catégorie processuelle nouvelle, « *iudicium bonae fidei* », laquelle n'apparaît semble-t-il qu'au début de l'époque classique, et connaît une grande fortune dans le raisonnement juridique des auteurs médio- et tardo-classiques. Ce n'est pas uniquement là l'invention d'un syntagme nouveau. Elle reflète la prise de conscience d'une véritable nature spécifique au sein du catalogue des actions. Mais la jurisprudence en infléchit subrepticement la nature, à la fois

en intégrant de nouvelles actions à ce groupe et en transformant en règles de droit substantiel les effets de la clause *ex fide bona*, qui représentaient jusque-là de simples pratiques judiciaires.

Car assurément, à époque républicaine, ce groupe de *iudicia* ne bénéficiait que d'une unité précaire derrière le « *fidei bonae nomen* » (section 1), et c'est à la jurisprudence classique qu'il revenait de construire une catégorie unitaire selon une *bonae fidei iudicii natura* (section 2).

Chapitre 1: *fidei bonae nomen*: l'unité précaire d'une nébuleuse de formules à époque républicaine

Chapitre 2: *bonae fidei iudicii natura*: l'unité établie d'une catégorie à époque classique

¹⁰⁴ *Actions civiles*, p.60 ss.

1.1. Chapitre Premier. *Fidei bonae nomen* : Une nébuleuse de formules à époque républicaine.

Pour la jurisprudence dite « pré-classique », nous disposons d'assez maigres informations sur cette nébuleuse de formules vouée à devenir la catégorie des *iudicia bonae fidei*. A preuve, le terme même de « *iudicium bonae fidei* » ne se popularise, semble-t-il, que plus tardivement.

Si les actions de bonne foi ne représentent pas encore une catégorie bien réfléchie de la procédure formulaire à époque républicaine, c'est sans doute avant tout parce que la systématisation générale du *ius civile* est encore faiblement avancée¹⁰⁵; mieux encore, la théorie globale des *partes formularum* est sans doute encore inachevée¹⁰⁶, et par là-même toutes les divisions qui s'ensuivent sont encore pour une part imperceptibles: sans doute la jurisprudence est-elle encore encline à concentrer son effort théorique sur les *legis actiones*, alors même que la procédure archaïque est en plein déclin¹⁰⁷.

Mais, contrairement à l'image catégorielle que nous ont léguée les *Institutes* de Justinien¹⁰⁸ de ce groupe d'actions, ce dernier est doté d'une simple unité précaire, avant tout parce qu'il connaît en son sein une division fondamentale entre actions infamantes et actions non-infamantes (section 1), malgré la considération unitaire et globale qu'en propose déjà, aux dires de Cicéron, Quintus Mucius (section 2).

Section 1: une division fondamentale entre actions infamantes et actions non-infamantes

Section 2: la vision unitaire de Quintus Mucius

¹⁰⁵ F.WIEACKER, *RRG* I, p.597 ss.

¹⁰⁶ V.ARANGIO-RUIZ, *Formule*, p.328

¹⁰⁷ Cic. *De Or.* I, 193

¹⁰⁸ IJ, IV.6.28.

1.1.1. La division fondamentale entre actions infamantes et actions non-infamantes (section 1)

La distinction entre actions infamantes¹⁰⁹ et actions non-infamantes représente une structuration plus ou moins consciente, mais qui a une importance particulière à époque républicaine. Les actions de bonne foi infamantes sont spécifiquement réunies entre elles, et laissent à l'écart les actions non-infamantes. C'est à croire que cette division précède, en réalité, l'unité du groupe comme « *iudicia bonae fidei* »; avant même une catégorie commune, le regroupement le plus ancien, le plus intangible, est celui des actions infamantes qui possèdent une clause *ex fide bona* ou équivalente. Les actions de tutelle, de fiducie, de société, de mandat (accompagnées de l'action de dépôt à partir de l'époque classique) forment toujours un bloc, face auquel les actions de vente ou de louage ne représentent au mieux que des satellites. Qu'il s'agisse de la liste de Quintus Mucius, de celle de Gaius, de celle de Justinien, on rencontre toujours réunies les quatre actions infamantes (tutelle, société, fiducie, mandat) complétées d'une cinquième (l'*actio depositi*) à partir du Ier siècle ap. JC. De même, le titre XIX de l'Edit énumère les actions de bonne foi en regroupant d'abord les actions infamantes, avant de passer à la vente et à la location¹¹⁰.

En tous les cas, le regroupement constant des différentes actions infamantes de bonne foi montre l'importance et l'ancienneté de cette distinction (Sous-section 1) même si cette distinction est atténuée du fait de tempéraments spéciaux dans leur caractère infamant (Sous-section 2).

Sous-section 1: L'importance originelle de la distinction: présupposés sociaux et pertinence juridique

Sous-section 2: L'atténuation de la distinction: des tempéraments caractéristiques des actions de bonne foi infamantes

¹⁰⁹ L'ouvrage qui reste le plus complet, malgré son ancienneté, sur l'infamie, est à notre connaissance celui de GREENIDGE (A.H.J.) *Infamia. Its Place in Roman Public and Private Law*. Oxford, 1894, lequel traite tout autant de l'infamie censoriale que de l'infamie prétorienne. Pour un développement qui consiste à montrer que le concept d'infamie prétorienne ne possède absolument aucune unité, même si l'on s'en tient à l'infamie prétorienne, voir M. KASER, « *Ignominia und Infamia in den römischen Rechtsquellen* », ZSS 73, 1956, p.220.

¹¹⁰ EP³, §§106-112.

1.1.1.1. L'importance originelle de la distinction: présupposés sociaux et pertinence juridique (Sous-section 1)

La représentation commune d'un groupe unitaire et homogène nommé par la romanistique actuelle « actions de bonne foi » est plutôt une nouveauté de la jurisprudence classique. Le témoignage de Cicéron est à ce titre très précieux: comme il a fréquenté Quintus Mucius sans être pour autant devenu un véritable juriste capable d'une réflexion technique originale, on peut à bon droit considérer que les informations qu'il nous transmet, même inconsciemment, sont fondées sur cet enseignement qu'il a reçu au début du Ier siècle avant JC. Par ailleurs, dans la mesure où ces informations proviennent essentiellement de plaidoyers civils qui s'adressent à des juges sans doute aguerris aux subtilités du droit romain, et où l'évocation des actions de bonne foi se fait de manière incidente à titre de digression pour conforter des raisonnements, il est peu vraisemblable qu'elles soient foncièrement inexactes, sans quoi ses arguments souvent ne porteraient pas¹¹¹.

Son témoignage nous montre une réelle division entre deux groupes d'actions « de bonne foi », dont la condamnation ne présente pas toujours le même degré de turpitude, et à ce titre, il est sans doute exact de dire que ce groupe d'actions n'avait pas, quant à son unité, un statut identique à époque classique et à époque républicaine.

L'importance de cette distinction tient autant à ses présupposés sociaux (I) qu'à sa pertinence juridique (I).

1.1.1.1.1. Les présupposés sociaux de la distinction (I)

Les qualifications et regroupements cicéroniens assimilant les actions de bonne foi infamantes à des actions délictuelles (A) permettent d'étayer l'hypothèse de Lombardi¹¹² sur deux appréhensions tendanciellement différentes de la *fides* (B).

¹¹¹ E.COSTA, *Cicerone giureconsulto, I. Il diritto privato*. Bologne, 1927

¹¹² *Dalla Fides*, cit., p.166 ss.

1.1.1.1.1. Les qualifications cicéronniennes: l'assimilation rhétorique des actions infamantes à des actions délictuelles (A)

Celui qui est défendeur à une action infamante encourt, à lire Cicéron, un risque de dégradation sociale. Il ne peut plus être compté au nombre des « *boni* », pour reprendre formellement ce qu'il dit à propos de l'action de mandat¹¹³ et de l'*actio pro socio*¹¹⁴. Ces actions mettent en jeu l'honneur du défendeur.

Cicéron présente spécifiquement les actions infamantes comme des « *iudicia turpia* » aux côtés des actions délictuelles (1°) en les séparant toujours des actions de bonne foi non infamantes(2°).

1°Cicéron présente à plusieurs reprises certaines actions de bonne foi, le mandat, la tutelle, la fiducie, la société, comme des actions honteuses, ignominieuses, généralement dans ses plaidoyers, en insistant particulièrement sur ce point à des fins de rhétorique. Ainsi présente-t-il dans le *Pro Flacco*¹¹⁵ l'*actio pro socio*, aux côtés de l'*actio furti*, comme un *turpissimum iudicium*. C'est encore ce qualificatif qu'il emploie propos de l'action de tutelle au §166 du livre I du *De Oratore*. De même, l'action de mandat est ainsi qualifiée dans le *Pro Roscio Amerino*¹¹⁶ de *turpissime iudicium*, de *non minus turpe iudicium quam furti*.

De même, les actions de fiducie, de société et de tutelle sont qualifiées dans le *Pro Roscio Comoedo* de *iudicia priuata summae existimationis*¹¹⁷: les procès où la question de l'*existimatio* est portée à son comble. L'idée est que celui qui encourt une condamnation dans ces actions aura une *turpis existimatio*, un *summum dedecus*¹¹⁸. Sa réputation est particulièrement salie par ce type de condamnation. Or ces qualifications ne se rencontrent à aucun moment pour l'*actio empti* ou pour l'*actio locati*.

¹¹³ *Pro Rosc. Am.*, §113. *Itane est? in minimis rebus qui mandatam neglexerit, turpissimo iudicio condemnetur necesse est, in re tanta cum is cui fama mortui, fortunae vivi commendatae sunt atque concredita, ignominia mortuum, inopia vivum adfecerit, is inter honestos homines atque adeo inter vivos numerabitur?*

¹¹⁴ *op.cit.*, §116 (...) *Recte igitur maiores eum qui socium fefellisset in virorum bonorum numero non putarunt haberi oportere.*

¹¹⁵ *Pro Flacco*: §42 *Caput omnium Graecorum concitandorum, qui cum accusatoribus sedet, Heraclides ille Temnites, homo ineptus et loquax, sed, ut sibi videtur, ita doctus ut etiam magistrum illorum se esse dicat. At, qui ita sit ambitiosus ut omnis vos nosque cotidie persalutet, Temni usque ad illam aetatem in senatum venire non potuit et, qui se artem dicendi traditurum etiam ceteris profiteatur, ipse omnibus turpissimis iudiciis victus est. [43] Pari felicitate legatus una venit Nicomedes, qui nec in senatum ulla condicione pervenire potuit et furti et pro socio damnatus est.*

¹¹⁶ *Pro rosc. Am.* §111-113

¹¹⁷ *Rosc Com.* §16 Sur le sens d'*existimatio*, voir A.H.J.GREENIDGE, *op.cit.*, p.1-17.

2° De nombreuses listes d'actions de bonne foi présentent toujours entre elles les actions de bonne foi infamantes aux côtés des actions délictuelles, sans qu'y figurent jamais les *actiones locati conducti empti uenditi*. Ainsi en va-t-il de la liste donnée dans les *Topiques*, pour fonder une discipline de la *negotiorum gestio* de manière analogique¹¹⁹. Ainsi, dans le *Pro Caecina*,¹²⁰ sont présentées côte à côte les quatre actions de fiducie, tutelle, société mandat. Parler de *delictum* et de *poena* à leur propos était sans doute une impropriété juridique au temps de Cicéron; il n'en reste pas moins qu'il le fait, et que ces actions prennent une coloration punitive dans sa bouche. Ce point a ceci d'intéressant que les actions de bonne foi infamantes sont souvent associées chez Cicéron aux actions qui naissent *ex delicto*. De même avons-nous vu, l'action *pro socio* côtoie l'*actio furti* dans le *Pro Flacco*, tandis que la turpitude associée au mandat est comparée à celle de l'*actio furti*: Cicéron parle même d'un *crimen mandati*, présentant ainsi l'action de mandat comme une véritable accusation qui relève de la répression criminelle¹²¹. Dans les *Topiques* encore, il présente encore, pour présenter la variété des questions qui s'offrent dans ce type de procès, les actions de fiducie, de mandat et de société (sans mentionner la tutelle), aux côtés de la *negotiorum gestio* et de l'*actio rei uxoriae* qui ne sont pas infamantes, mais significativement il n'illustre alors pas son propos par les *actiones empti, uenditi, conducti, locati*.

Dans le *De Natura Deorum*¹²², présentant le prétoire comme un spectacle où sont révélées au grand jour toutes les comportements malhonnêtes inséminés dans la nature humaine, Cicéron présente d'une manière très particulière la liste des actions de bonne foi. Les *actiones empti, uenditi, conducti et locati* sont certes évoquées, mais placées à part, comme des extensions (*reliqua*), tandis que font bloc les quatre actions de tutelle, de mandat, de société et de fiducie. Au demeurant, ce ne sont pas tous les *iudicia empti uenditi locati conducti* qui sont présentés comme des *iudicia de fide mala*: il présuppose que seulement certains d'entre eux portent sur des comportements *contra fidem*, alors qu'il ne donne aucune précision ou restriction de ce type à propos des quatre actions infamantes. Le fond du propos est de présenter les actions de bonne foi infamantes au milieu d'actions délictuelles (*actio furti*,

¹¹⁸ *Rosc. Am.* §112

¹¹⁹ *Top.* §42 *Sunt enim similitudines quae ex pluribus collationibus perveniunt quo volunt hoc modo: Si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator.*

¹²⁰ *Pro Caecina* §6: *Qui per tutelam aut societatem aut rem mandatam aut fiduciae rationem fraudavit quempiam, in eo quo delictum maius est, eo poena est tardior?*

¹²¹ *Rosc. Am. loc.cit.*

¹²² *De Nat. Deorum* III,74: *Inde illa actio OPE CONSILIOQUE TUO FURTUM AIO FACTUM ESSE; inde tot iudicia de fide mala, tutelae mandati, pro socio, fiduciae, reliqua, quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato contra fidem fiunt, inde iudicium*

action de dol), voir de véritables actions populaires à dimension répressive (*iudicium publicum lege Plaetoria*). Le rapprochement des *actiones empti uenditi locati conducti* n'est qu'accidentel et secondaire, lorsqu'elles visent des comportements dolosifs.

Cette assimilation est nécessairement due à l'énoncé des actions infamantes qui se trouvent dans le titre *de Postulando*, dans l'édit « *qui nisi pro certis personis ne postulent* »¹²³ : aux côtés des actions délictuelles (*furti, ui bonorum raptorum, iniuriarum*) au sens propre se rencontrent les *actiones fiduciae, pro socio, tutelae, mandati* et non les actions naissant du louage ou de la vente. Mais c'est dire que pour Cicéron, la nature et la structuration fondamentale du groupe est davantage donnée par l'édit *qui nisi pro certis personis* que par le titre XIX de l'Edit. Le noyau dur est constitué par les actions de tutelle, de société, de fiducie et de mandat.

Cette opposition entre des *iudicia turpia* et les *actiones empti, uenditi, locati, conducti*, a été admirablement expliquée par L. Lombardi.

1.1.1.1.2. *L'hypothèse de Lombardi: la distinction entre deux acceptions de la fides (B)*

La division entre deux groupes d'actions de bonne foi est à mettre en rapport avec une hypothèse d'ordre sémantique et lexical ingénieusement présentée par L. Lombardi¹²⁴ à propos du terme *fides*. Il a proposé de ne pas voir un sens unitaire derrière ce lexème. Il en a dégagé deux grandes significations qu'il ne prétend pas réduire à l'unité, essentiellement à partir de la lecture de Plaute, mais encore partir de certaines inscriptions¹²⁵. Une *fides*-promesse (*fides* dite « promissoire »)¹²⁶ et une *fides*-puissance (*fides*-potestative)¹²⁷. Pour notre part, même si nous partageons ses observations lumineuses, nous préférons considérer qu'il s'agit plutôt de deux grands emplois-types, mais que la *fides* se réfère toujours à l'idée concrète d'un crédit social¹²⁸ : la *fides* est une qualité concrète que recherche le citoyen romain

publicum rei privatae lege Plaetoria, inde everriculum malitiarum omnium, iudicium de dolo malo, quod C. Aquillius familiaris noster protulit; quem dolum idem Aquillius tum teneri putat, cum aliud sit simulatum, aliud actum.

¹²³ EP³, §16, Voir *infra*, II.

¹²⁴ Dalla *fides alla bona fides*, 1961.

¹²⁵ *op. cit.*, p.22 sur l'intérêt de l'analyse philologique de Plaute.

¹²⁶ *op. cit.*, p.105 ss.

¹²⁷ *op. cit.*, p.47 ss.

¹²⁸ Voir l'article « Fides » de Fraenkel dans le *Thesaurus linguae latinae*. L'un des plus anciens emplois de *fides* aux côtés de l'adjectif *bonus* dans Plaute (*Aul.213*) montre cette valeur de crédit social, fort bien analysée par C.BEDUSCHI, « I profili giudiziali

en tant qu'il est dans un groupe, et cette *fides* peut lui servir de garantie, pour lui-même ou pour les autres : elle constitue sa force, il doit la conserver et l'augmenter. C'est en contexte que *fides* reçoit selon nous deux emplois dérivés saillants.

Pourquoi, alors que ces formules montrent une grande homogénéité, et ont presque toutes la même *intentio* qui se conclut par la clause *ex fide bona*, seules certaines d'entre elles sont-elles susceptibles d'entraîner l'infamie? Selon l'hypothèse de Lombardi¹²⁹, cette opposition met en avant, sur le plan des rapports substantiels, deux conceptions des rapports sociaux lorsqu'ils sont vus et pensés au prisme de la *fides*. Deux conceptions de la *fides*, une *fides* « promissoire » pour les actions non-infamantes(1°) et une *fides* « potestative » pour les actions infamantes(2°), permettent d'expliquer cette différence entre deux groupes d'actions au regard de l'infamie (3°)

1° La *fides* est spécifiquement analysable dans ses rapports avec la parole donnée lors qu'il en va des actions de bonne foi non-infamantes¹³⁰. Elle représente la qualité de celui qui sait s'engager et respecter sa propre parole, et représente son crédit social. C'est une *fides* qui est essentiellement mise en jeu par celui qui s'engage: s'engager, c'est engager librement sa propre *fides*, proposer sa propre crédibilité sociale à titre de garantie. Et l'autre sera libre éventuellement d'engager à son tour la sienne. C'est une relation, libre et individualiste, du sujet avec sa propre *fides*.

Cette *fides* promissoire représente donc dans la théorie de Lombardi¹³¹ une *fides* dont l'incidence porte avant tout sur le moment de l'engagement d'un sujet par sa parole. Elle porte donc comme point de référence le moment de la formation de l'obligation, en tant que l'individu s'oblige librement en engageant sa propre *fides*. C'est pourquoi Cicéron peut dire des *actiones empti, uenditi, locati, conducti*, « *ea quae contra fidem fiunt* »¹³²: la *fides* représente dans ce contexte une crédibilité liée au respect de la convention pendant laquelle la *fides* fut engagée par celui qui s'engageait et se réfère avant tout au respect d'une parole

della *fides* », in *Fides fiducia fidelitas*, 2008. L.LOMBARDI (*op.cit.* p.4, p.19 et p.43 ss.) présente essentiellement deux « significations » conformément à un principe de la linguistique structurale qui est qu'il n'y aurait pas de *sens*, mais que des emplois et des effets de sens, l'unité sémantique étant une simple idéalité. Cette vision de la sémantique lexicale offre aujourd'hui bien des apories, mais son travail survit largement à ces prises de positions dans sa recherche philologique.

¹²⁹ Dalla *fides*, p.167 ss.

¹³⁰ *op.cit.*, p.105 ss. et p.175 ss.

¹³¹ *op.cit.*, p.115 ss.

¹³² *Nat. Deor.* III,74.

donnée. C'est à cette valeur de la *fides* que correspond le mieux la définition fondée sur une étymologie fantaisiste attribuée par Cicéron aux stoïciens, « *fit quod dicitur* »¹³³.

Cette *fides* est encore profondément égalitaire. Chaque partie est susceptible d'engager pleinement sa *fides*, sans qu'on accorde abstraitement une valeur plus grande à l'un ou à l'autre de ces auto-engagements. Typiquement, le contrat génère deux actions qui portent des noms distincts: action du vendeur et action de l'acheteur, qui ont des intérêts divergents, et qui ne sont pas pensées comme un couple action directe-action contraire. Il existe une certaine symétrie entre les parties au contrat, d'où le nom même du *negotium*, qui réserve à chaque partie un nom: *emptio uenditio*, *locatio conductio*; parce que le contrat est le fruit de deux auto-engagements mutuels d'égale valeur, deux intérêts en principe divergents. Aussi ces institutions reposent-elles sur une certaine vision d'égalité des volontés, et de liberté de contracter ou non. C'est pourquoi elle concerne essentiellement deux contrats synallagmatiques parfaits où les intérêts des parties sont antagonistes, le vendeur ayant intérêt au plus haut prix ou à la moindre prestation là où l'acheteur a intérêt au plus bas prix et à la plus haute prestation¹³⁴.

2° Tout autre apparaît la *fides* lorsqu'elle est pensée au prisme de la puissance et de la protection¹³⁵. Elle est davantage tournée vers des rapports asymétriques, où la liberté des parties n'est qu'apparente.

Elle caractérise tendanciellement des rapports asymétriques, où un individu fait un acte d'abandon ou se trouve abandonné au crédit de quelqu'un. Ce n'est pas sa propre *fides* qu'on engage, c'est la *fides* d'autrui qu'on convoque en se plaçant sous sa protection. La *fides* qui préside aux rapports clientélares en est l'exemple le plus parfait¹³⁶. Un individu, de diverses manières, est idéalement placé sous le pouvoir protecteur d'autrui et reconnaît par là même sa subordination. C'est un rapport asymétrique qui n'est pas véritablement libre, ni du côté de celui qui demande protection, ni du côté de celui qui est en mesure de la donner. Celui qui réclame la *fides* d'autrui confesse qu'il en a trop peu, soit conjoncturellement (l'ami en

¹³³ De Off. I, §23 *Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas. Ex quo, quamquam hoc videbitur fortasse cuiuspiam durius, tamen audeamus imitari Stoicos, qui studiose exquirunt, unde verba sint ducta, credamusque, quia fiat, quod dictum est appellatam fidem (...).*

¹³⁴ On comprend dans ce cadre d'analyse pourquoi il est impossible avant l'époque tardo-classique de remettre en cause l'équité globale du contrat et d'invoquer une quelconque lésion. Ce sont deux sujets libres qui s'engagent, et la manifestation de leur *fides* se fait avant tout par le respect de la convention: même si ces conventions peuvent être inéquitables de fait, la discipline jurisprudentielle postule un équilibre idéal dans l'accord entre deux volontés qui ont librement garanti par leur propre *fides* l'exécution de la prestation qu'il doivent. Nous verrons plus bas qu'il en est tout autrement dans le contrat de société par exemple.

¹³⁵ Dalla *fides*, p.47.

¹³⁶ *op.cit.*, p.62, où l'auteur fait une analyse très soignée de l'*in fide esse* de la *lex Acilia* (FIRA, I, 84)

difficulté), soit structurellement. C'est cette idée de puissance et d'asymétrie qui engendre certains devoirs à la charge du plus fort: *noblesse oblige*.

En s'abandonnant ainsi, un sujet reconnaît la faiblesse de sa propre *fides*, de son propre crédit, et reconnaît à l'autre une *fides* plus forte, un crédit plus assuré. Tendanciellement, la *fides* du « plus fort » l'oblige à accepter cette charge de protection: il n'y a de *fides* que généreuse. Sa *fides* entendue en tant que crédit social s'alimente de cette protection: celui qui a de la *fides* perd sa *fides* non pas uniquement en ne respectant pas ses devoirs nés de l'acceptation, il la perd aussi en refusant toute protection, et ce pouvoir fondé sur le crédit social n'existe que pour autant qu'on l'exerce à protéger les intérêts de plus faibles, car celui qui refuse de protéger autrui de sa *fides*, de son pouvoir, confesse par la même qu'il n'en a pas, ou en a trop peu, et finit par la perdre. Dans ces rapports, significativement, au plan processuel, seule l'action directe est infamante en principe, et non l'action contraire, dans laquelle il n'est pas question, en principe, de *fides rupta*. Il n'existe jamais qu'un seul nom pour les deux actions susceptibles de sanctionner les situations litigieuses.

Significativement, même si la majeure partie de ces actions infamantes sont des contrats, l'incidence du concept de *fides* ne porte pas tant sur le moment de formation d'un rapport d'obligation, mais sur la situation même de gestion altruiste de l'intérêt d'autrui¹³⁷ quelle qu'en soit l'origine¹³⁸. Elle est souvent fondée sur la réalité même de l'asymétrie. Un individu s'abandonne à la *fides* du plus fort, mais le fort ne peut conserver sa *fides* s'il refuse cette protection. Cette *fides* a donc son incidence sur une conception plus réaliste des rapports

¹³⁷ Dalla *Fides*, p.175, n.24. La seule difficulté, à laquelle Lombardi répond assez adroitement, mais trop rapidement, (*op. cit.*, p.174 n.24), concerne l'*actio pro socio*: c'est un contrat où en apparence les parties s'auto-engagent librement. En réalité, à considérer les origines archaïques du *consortium*, l'associé abandonne plutôt son patrimoine à la *fides* d'autrui, ou à un groupe. L'égalitarisme n'est pas la preuve d'une *fides* promissoire, loin de là. Au mieux peut-on concevoir la société comme une réciprocité de relations asymétriques, où chacun ne s'est pas tant auto-engagé, mais s'est plutôt abandonné à la *fides* d'autrui et l'a ainsi convoquée: il a reconnu à autrui un pouvoir sur ses biens; il s'agit donc, dans la perspective de Lombardi, d'auto-abandons mutuels à la *fides* de l'autre, plutôt que d'engagements volontaires de sa *fides*. Et c'est pourquoi la *fides* à l'oeuvre dans la *societas* relève plutôt de la *fides* « potestative » que de la *fides* « promissoire ». On peut l'apercevoir encore dans un texte de Cicéron traitant du caractère infamant de l'*actio pro socio*, extrait du *Pro Roscio Amerino* §116: *Ad cuius igitur fidem confugiet, cum per eius fidem laeditur cui se commiserit?* Cette explication est satisfaisante dans le cadre de son hypothèse, avec une limite: cela devient de moins en moins vrai à mesure qu'on s'approche de l'époque classique, et le contrat de société est progressivement davantage pensé dans le cadre de la *fides* promissoire, notamment lorsqu'il est question de *societas unius rei* ou *unius negotii*, ou plus simplement des *societates quaestus*. C'est notamment vrai dans la pensée de Labéon qui voue un particulier intérêt à ces formes restreintes de société, ce qui donne un tour plus « commercialisant » à son traitement de la *societas*: voir sur ce point F.BONA, *Società consensuale*, *op.cit.*, p.109, où à propos de la dissolution de la société, il montre une nette opposition entre les Sabinien, notamment Cassius, et Labéon sur le standard de responsabilité, ce qui refléterait « due diverse concezioni della *fides bona* che avrebbe dovuto reggere le società questuarie ».

¹³⁸ Nous pouvons dès à présent inviter le lecteur à cette méditation: la formule des actions de bonne foi fait porter l'appréciation de la bonne foi sur l'exécution de la prestation qui représente le contenu de l'obligation; or les problèmes typiques d'une action comme celle de la vente relèvent souvent de la bonne foi dans la formation: est-il alors vraisemblable que les actions naissant de la vente soient le modèle initial des actions de bonne foi? Cette réflexion nous est venue d'un constat: toutes les études qui cherchent à circonscrire l'incidence du concept de bonne foi en droit romain prennent toujours comme exemple canonique de leur réflexion la vente et dans une moindre mesure le contrat de louage. (voir par ex. l'ouvrage récent d'E.Stolfi, *Interpretatio bonae fidei*, 2004), or la *fides bona* conservera, nous semble-t-il, longtemps, ce que Lombardi appelle la *duplice radice strutturale della fides* (*op.cit.* p.178).

sociaux, où, plutôt que de postuler une liberté et une égalité idéale entre les individus, on prend acte des inégalités, des rapports de forces, des contraintes et des subordinations¹³⁹.

3°L'infamie ne concernerait donc que la *fides* potestative: paradoxalement, elle menace non pas celui qui s'est auto-engagé et par la suite manque à sa parole, mais celui dont la *fides* a été convoquée par un acte d'abandon, et qui très souvent ne trouve aucune utilité économique immédiate égoïste à l'exécution de son engagement. Celui, qui non content de s'être engagé de manière intéressée, manque à son engagement, n'encourt pas, semble-t-il, l'infamie prétorienne. Il y a plusieurs explications possibles à cet étonnant paradoxe.

L'une, sans doute vraie dans une certaine mesure, est d'ordre quasi-religieux: les rapports sociaux concernés par la *fides* potestative seraient plus « sacrés ». Mais c'est rendre imparfaitement compte du problème. Une autre revient à différencier une éthique aristocratique d'une éthique marchande. Pour celui qui voit ainsi convoquer sa *fides*, la reconnaissance de sa supériorité l'oblige à assurer cette protection: ce serait déroger aux règles de son rang. Cette conception plus hiérarchique de la *fides* correspond peut-être, selon Lombardi¹⁴⁰, à des structures sociales plus archaïques, dont le système clientélaire est le plus parfait exemple: il va jusqu'à lui trouver un enracinement patricien et la qualifie de féodale. C'est celui qui manque aux devoirs impliqués par la reconnaissance de sa supériorité qui mérite le plus la dégradation sociale. Mais c'est surtout la violation de cette *fides* plus archaïque qui mérite des sanctions plus sévères, et explique qu'on ait attaché aux actions infamantes un régime spécifique, tandis que les rapports marchands ne convoquent pas une pareille dégradation.

L'infamie représente toutefois un paradoxe: c'est généralement celui qui ne trouve aucune utilité économique à l'exécution de l'obligation (mandat, tutelle, dépôt, *fiducia cum amico*) qui risque la sanction la plus lourde: le vendeur, l'acheteur, le locataire ou le bailleur n'encourent pas de pareilles sanctions; le cas le plus étonnant à époque classique est celui du commodataire qui a toute l'utilité économique et ne risque en rien l'infamie. On pourrait expliquer cet étonnant paradoxe si l'on considère la *fides* comme une sorte d'actif (non

¹³⁹ Significativement, le contrat de société, quoique synallagmatique parfait comme la vente et le louage, connaît une discipline radicalement opposée à celle de ces deux contrats. Dans la vente et dans la location, l'équilibre économique et l'équité du rapport *merx-pretium/res-merces* sont idéales et reposent sur l'égalité et la liberté idéale des co-contractants. La discipline jurisprudentielle s'attache donc à préserver cet équilibre idéal et refuse les dérives qui conduiraient à remettre en cause le respect des conventions au nom de l'équité. Au contraire, la discipline de l'*actio pro socio* est tout autre. Quoique les solutions positives divergent, la jurisprudence tend à imposer à la volonté des parties, dans la fixation des parts, un équilibre réel, en prenant acte des asymétries réelles: c'est la *natura* égalitaire de la société qu'on veut protéger de la volonté des parties contractants. On peut pourchasser une société comme léonine, non une vente comme léonine.

¹⁴⁰ *op.cit.*, p.103.

patrimonial) de l'individu romain, et si on lui applique d'une manière détournée la « théorie des jeux ». Les engagements sous-tendus par la *fides* « promissoire », où chaque partie a une utilité propre, permettent de « conserver » le crédit social, sans l'augmenter: le vendeur qui exécute ses engagements n'en gagne pas spécifiquement un prestige social beaucoup plus grand, mais ne fait que conserver sa *fides*. Dans le cas du mandat au contraire, ou de la tutelle, les engagements reposant sur la *fides* potestative conduisent à augmenter le crédit social: rendre des services gratuits accroît votre puissance et votre visibilité sociale. Et l'espérance de perte (en *fides*, en crédit social) doit naturellement être fonction de l'espérance de gain pour éviter les propositions de bons offices à la légère. Aussi sera-t-elle plus forte et impliquera-t-elle une infamie reconnue même juridiquement, lorsque les chances d'augmenter sa *fides* étaient plus élevées. Ainsi peut même s'expliquer le propos de Cicéron à propos du mandat¹⁴¹: celui qui propose, même gratuitement, des services à des amis, mais les néglige, mérite l'infamie, et ce bien plus que le commodataire qui non content d'avoir bénéficié d'un prêt ne remplit pas ses engagements: la tentative de passer pour grand, pour prestigieux, pour puissant, mérite précisément une espérance contraire afin que l'on ne cherche pas à augmenter illusoirement son crédit social. Ses chances d'augmenter sa puissance sociale sont corrélées à des risques de dégradation plus grands¹⁴², risques qui ont une traduction juridique précise.

1.1.1.1.2. *La pertinence juridique de la distinction (II)*

La pertinence de la distinction entre les *iudicia turpia* et les autres est grosse de conséquences juridiques. Elle est grosse de conséquences juridiques énoncées par les textes normatifs comme le montrent l'édit du préteur et les lois municipales (A), mais elle est pertinente encore au niveau des solutions jurisprudentielles, comme le montrent certains adversaires de Gaius à propos de la règle « *falsa demonstratione* » (B), au point que les

¹⁴¹ *Pro Rosc. Am.* §§111-112

¹⁴² Cette opposition entre institutions permettant une conservation de sa *fides*/ permettant un accroissement de sa *fides* pourrait même constituer une typologie plus pertinente pour classer les actions que le critère dit de l'utilité prise au sens strict: certes, les actions infamantes protègent souvent des institutions marquées du sceau de la gratuité, mais non toutes; et les actions non-infamantes sont certes, marquées du sceau de l'intérêt, mais non toutes. Sans qu'on en comprenne parfaitement tous les ressorts, sans doute n'en allait-il que d'une conservation de sa *fides* dans le cas de la *negotiorum gestio*, tandis que le respect des devoirs qui incombent à un *socius* permettait un véritable accroissement de son crédit social: cela était-il dû au fait que la *procuratio* était un office qui incombait typiquement à un affranchi comme le pense encore L.LOMBARDI, *op.cit.*, p.176-177, tandis qu'une *societas* permettait une véritable entrée en communion, qu'ainsi le crédit et le prestige social (*fides*) pouvait s'en trouver augmenté? Les études plus récentes sur la *negotiorum gestio* (voir G.FINAZZI, *op.cit.*, p.176 ss.), montrent que l'idée d'une *procuratio* réservée aux affranchis et aux subordonnés est en partie démentie.

prudents cherchent sans cesse à prévenir l'erreur légitime qui les assimilerait à des actions pénales (C).

1.1.1.1.2.1. *La pertinence de la distinction au regard des sanctions édictales (A)*

L'infamie a partie liée à un certain type de sanctions prévues par les textes (1°), mais l'idée et l'unité du concept d'infamie ne peut se réduire à ces sanctions (2°).

1°L'infamie se caractérise au niveau du droit prétorien par un certain nombre de sanctions qui concernent la représentation processuelle, et les lois d'époque républicaine montrent encore d'autres types de sanctions concernant l'accès aux charges municipales. Elles montrent toutes un apparentement de ces actions aux actions pénales, telles que l'*actio furti*, l'*actio iniuriarum*, ou l'*actio ui bonorum raptorum*, qu'elles cotoient.

Dans le titre *De Postulando*, où il est question, comme le dit plus tard Ulpien, de préserver l'honneur du prétoire¹⁴³, un édit notamment, « *qui nisi pro certis personis ne postulent* »¹⁴⁴, définit ceux qui ne pourront postuler pour autrui sauf en quelques cas limitativement énumérés, sans quoi il se verront opposer, soit une dénégation d'action, soit une exception. Il a ses corollaires dans le titre *De cognitoribus, procuratoribus defensoribus*, qui contient des édits s'y référant¹⁴⁵. Les condamnations d'un certain nombre d'actions sont dites infamantes en ce que la personne condamnée *suo nomine* ne pourra dorénavant représenter autrui, hormis quelques personnes, ni se faire représenter par autrui.. Seules certaines actions de bonne foi y sont énumérées, d'après Gaius et la reconstitution lenelienne de l'édit: les *actiones depositi fiduciae mandati pro socio tutelae*.

La table d'Héraclée, qui nous donne un bon aperçu de ce qu'était la *lex Iulia Municipalis*, fulmine aussi certaines sanctions contre ceux qui ont été ou seront condamnés dans certaines

¹⁴³ Dig. 3.1.1pr. Ulpianus 6 ad ed. *Hunc titulum praetor proposuit habendae rationis causa suaque dignitatis tuendae et decoris sui causa, ne sine delectu passim apud se postuletur*

¹⁴⁴ EP³, §16.

¹⁴⁵ EP³, §§25-26.

actions¹⁴⁶. Outre des actions pénales, on retrouve la même liste que celle de Gaius, sans l'action de dépôt, apparue sans doute un peu plus tard; là encore, les actions naissant d'une vente ou d'une location sont absentes, quand bien même une partie au contrat montrerait une attitude résolument dolosive. Les sanctions sont ici une sorte de dégradation civique ou politique, et correspondent parfaitement à ce que Cicéron disait d'elles, « *iudicia summae existimationis et paene dicam capitis* »¹⁴⁷: le *caput*, la personnalité juridique et politique est menacée par une pareille condamnation. Le condamné se verra principalement interdire l'accès aux magistratures municipales ainsi qu'à certaines assemblées. Cette exclusion de la vie institutionnelle peut paraître extrêmement sévère, et s'apparente, par certains de ses traits, plus à l'infamie censoriale qu'à l'infamie prétorienne¹⁴⁸. On ne connaît pas, d'ailleurs, à Rome, les suites qu'un censeur entendait donner à une condamnation suivant une action infamante de l'album du préteur¹⁴⁹.

Cette sévérité pour des actions qui ne relèvent pourtant pas de la répression criminelle explique sans doute certaines règles de compétence juridictionnelle hors de Rome: plusieurs textes, comme ceux du *fragmentum Atestinum*¹⁵⁰, ou plus tard la loi du municpe d'Irnie¹⁵¹, montrent qu'en matière d'actions de bonne foi infamantes, la compétence des magistrats municipaux pour octroyer l'action est extrêmement limitée, ou du moins réglementée. Et, là encore, seules certaines actions de bonne foi sont concernées. Sans doute s'agissait-il de limiter des manoeuvres politiciennes au sein d'un municpe visant à interdire à un citoyen l'accès à la vie politique par une condamnation: c'est alors à un magistrat supérieur, un gouverneur de province, souvent, que sera dévolue la compétence pour octroyer l'action.

En tous les cas, la structuration des actions de bonne foi en deux sous-groupes trouve un répondant dans les dispositions édictales et législatives: l'opposition n'est pas faite entre actions du titre XIX et actions absentes du titre XIX; elle repose sur la présence ou non de ces actions dans l'édit « *qui nisi pro certis personis ne postulent* », et sur leur présence ou non dans les listes de lois municipales qui assortissent une condamnation de sanctions complémentaires, ou qui définissent des règles de compétence juridictionnelle spécifiques. L'idée de l'infamie semble pourtant une, malgré la diversité des sanctions textuelles qui s'y rattachent.

¹⁴⁶ §111, FIRA, I, p.149.

¹⁴⁷ *Rosc. Com.* §16.

¹⁴⁸ Voir sur ce point et sur la différence entre *nota* censoriale et *infamia*, voir A.H.J.GREENIDGE, *Infamia*, cit., p.23 ss., et sur la différence de procédure, son analyse de *Pro Cluentio*, §119

¹⁴⁹ En revanche, voir A.H.J. GREENIDGE, *op.cit.*, p.114, qui s'intéresse au rapport génétique qui peut exister entre l'infamie censoriale et l'infamie prétorienne.

¹⁵⁰ 1.9, FIRA, I, p.176.

2° Comme nous le dit Gaius¹⁵², aucune mention n'est faite dans l'édit de l'ignominie ou de l'infamie, et l'on appelle « infâmes » les personnes frappées de ce type de sanctions, d'où le nom d'actions infamantes.

Il est vrai que dire de l'action qu'elle est *famosa* semble a priori une métonymie. C'est le condamné qui est *famosus* parce qu'il lui est interdit de postuler pour autrui. Dès lors, on pourrait tenter de dire, non pas que l'on est privé du droit de postuler pour autrui parce que l'on est infâme, mais que l'on est dit infâme parce qu'on est privé de ce droit. Et cela est sans doute vrai. Toutefois, *famosus* a par son suffixe un sens actif, et qualifie bien originellement l'action: elle entraîne une *fama* (mauvaise).

Il ne faut pas en déduire que l'infamie n'est qu'une interprétation a posteriori de ces sanctions, que ce terme n'est qu'une étiquette donnée *a posteriori* à ce type d'actions, par facilité de langage, sans qu'il faille y entendre davantage qu'un raccourci de langage¹⁵³. La dégradation sociale est réelle comme le montre Cicéron lorsqu'il les évoque, et repose bien sur un manquement particulier à la *fides*, qui choque ou a pu choquer, à une époque plus ou moins reculée, la conscience romaine: c'est parce que les manquements à la *fides* « potestative » sont « *turpia* » que certaines actions de bonne foi sont infamantes.

-*de lege ferenda*, le choix du préteur de donner une dimension répressive à certaines actions de bonne foi et non à d'autres, reposait nécessairement sur un critère. S'il a senti le besoin d'exclure de cette liste les *actiones empti, uenditi, locati, conducti*, malgré la ressemblance de leurs *intentiones* avec l'action de mandat ou de tutelle, c'est bien qu'un manquement aux obligations qui découlaient de l'institution concernée par une action donnée paraissait plus ou moins choquant. En outre, les défendeurs concernés par ces sanctions cotoient dans l'édit les proxénètes, les gens qui s'adonnent à la scène, etc.: autant de situations considérées comme socialement dégradantes indépendamment d'une condamnation. Ces personnes ne furent pas considérées infâmes par le préteur de manière arbitraire. Elles cotoient, par ailleurs, alors même qu'elles ne sont pas considérées comme des actions délictuelles, des *iudicia publica*. L'infamie peut certes être considérée comme la sanction juridique d'un manquement à la *fides*, mais elle repose nécessairement sur des bases sociales et extra-juridiques.

¹⁵¹ CIL II, 4, n.1201.

¹⁵² *Inst.*, IV.182.

¹⁵³ Voir les justes remarques de L.LOMBARDI, *Dalla Fides*, p.169, qui critique la position soutenue par M.KASER, « *Ignominia und Infamia in den römische Rechtsquellen* », ZSS 74, 1956, p.220.

-*de lege lata*, à supposer que l'expression n'ait de réalité que jurisprudentielle, elle montre plutôt que les juristes ont cherché le fondement de cette distinction, entre actions qui entraînaient ce type de sanctions et celles qui ne l'entraînaient pas : leur construction repose sur une certaine idée de la turpitude, qui est déjà présente chez Cicéron: les manquements à la *fides* archaïque « potestative » sont paradoxalement punis par le préteur, et non les autres. Certes, Cicéron nous dit, par exemple à propos du *iudicium mandati*, dans le *Pro Caecina*, que les anciens le constituèrent comme *turpe*; mais, par le terme de *ueteres*, il ne vise sans doute pas les anciens prudents, mais les ancêtres en général qui sont à la base du *mos maiorum*: c'est la violation de l'*amicitia* entre *boni uiri* qui explique le caractère infamant de l'action de mandat, et la sanction attachée à une condamnation découle de ce manquement. En outre, l'idée de l'infamie explique qu'un même groupe d'actions soit concerné par différents types de textes: une même nature explique la pluralité de conséquences juridiques, que ce soit en matière de représentation processuelle ou d'accès aux magistratures municipales. Par ailleurs, l'idée de l'infamie dépasse la simple sanction édictale car il est très simple, en soi, de contourner ces menaces de sanctions. Si l'on se fait représenter dans le procès sur la base d'une action infamante, on ne peut être frappé par ces interdictions, pas plus que celui qui vous représente (*cognitor, procurator*); cela n'ôte certainement pas à l'action sa nature infamante aux yeux de Cicéron. Il existe une véritable dégradation sociale pour celui qui aura manqué à la *fides*, indépendamment de ces sanctions prétorienne.

Le préteur a donc bien décidé, dès un temps plus ou moins reculé, de punir certains types de manquements à la *fides* parce qu'ils apparurent plus scandaleux que d'autres à la conscience sociale romaine, et l'idée de l'infamie prétorienne ne peut être réduite à une construction jurisprudentielle qui interprète ces sanctions. Certes, il est en soi infamant de ne pouvoir postuler pour autrui: mais le fondement de l'infamie réside dans la cause pour laquelle on a été condamné, à savoir un manquement particulièrement scandaleux à la *fides*. La turpitude de ces *iudicia* ne vient pas seulement des conséquences potentielles d'une condamnation, elle vient bien d'un manquement à certaines valeurs aristocratiques, attachées à l'idée archaïque de ce que sont les *boni*¹⁵⁴.

Toutefois, la pertinence de cette distinction au niveau de la lettre des textes qui la sanctionnent eut aussi des conséquences au niveau de l'interprétation jurisprudentielle.

¹⁵⁴ Nous partageons ainsi les réserves de L.Lombardi à l'égard de la théorie « déconstructive » de l'infamie proposée par Kaser, même s'il est évident que l'unité de la notion d'infamie et sa présentation systématique est aussi une construction jurisprudentielle.

1.1.1.1.2.2. *La pertinence de la distinction et l'interprétation jurisprudentielle: la règle falsa demonstratione et les adversaires de Gaius (B)*

Il semblerait, d'après Gaius, que les actions de bonne foi infamantes, parce qu'elles sont infamantes méritent des solutions spécifiques en matière de *pluris petitio*. Ainsi, la règle générale « *falsa demonstratione rem non perimi* » qui s'applique selon Gaius sans aucune exception à toutes les formules munies d'une *demonstratio* (1°), n'est, selon d'autres jurisconsultes, pas applicable aux actions infamantes (2°).

1°Gaius aborde longuement la question de la *pluris petitio* au livre IV¹⁵⁵, comme risque de perte définitive du procès, vu ses suites catastrophiques pour un demandeur imprudent: en matière d'actions personnelles, la formule délivrée a éteint le rapport juridique substantiel qui liait le demandeur et le défendeur, et donc le demandeur ne pourra recommencer un procès sur la base d'une nouvelle formule. Et il existe des manières assez subtiles et incongrues de perdre malencontreusement son procès en éteignant définitivement sa créance à cause d'une *pluris petitio*. On comprend donc pourquoi, selon Gaius, la *pluris petitio* (surtout *re* ou *causa*) soit définie aussi strictement: la *pluris petitio re* ou *causa* suppose une *intentio* qui exprime une demande supérieure à ce qui est dû. L'interprétation stricte de cette définition tempère la sévérité de la règle. Car, selon Gaius:

-Dans une *intentio incerta*, il ne peut y avoir de *pluris petitio*, l'*intentio* ne définissant pas une somme ou une chose précise, mais un *quidquid* à estimer par le *iudex*.

-Si l'on mentionne autre chose que ce qui est dû (par exemple l'esclave Stichus alors qu'on avait stipulé Pamphilus), là encore il n'y a pas de *pluris petitio*. L'*intentio* n'a rien déduit, et n'a donc pas éteint le rapport juridique substantiel; un nouveau procès pourra recommencer.

-On peut toujours *minus petere*, et formuler une somme moindre: alors on ne perd pas le procès, simplement le juge ne dépassera pas le montant exprimé dans la formule, et l'on ne pourra réclamer au cours de la même préture le reste de sa créance (*exceptio litis diuiduae*).

-Il n'y a pas de risque de perdre le droit d'agir si la *condemnatio* mentionne un montant supérieur. C'est le défendeur qui pourra éventuellement demander une *restitution in integrum*, ce qui laissera place à un nouveau procès.

¹⁵⁵ IV.53-58. Voir RZ, p.322, et G.PROVERA, *Pluris Petitio*, p.135 ss.

-Enfin, la *pluris demonstratio* ne correspond pas à une *pluris petitio*. Si quelqu'un a demandé deux esclaves par une *actio empti*, alors qu'on lui devait un esclave, la formule n'a rien déduit: c'est simplement une fausse *demonstratio*. D'où l'adage célèbre, selon Gaius, « *falsa demonstratione res non perimitur* ». Cette règle est entendue avec plus ou moins d'étendue: selon Labéon, elle ne concerne pas la *minoris demonstratio* (si, dans une même vente, deux esclaves sont vendus, la *demonstratio* n'est pas fausse si l'on décide de n'agir que pour un esclave), alors que les Sabinieniens semblent considérer le contraire¹⁵⁶. Quoi qu'il en soit, c'est une règle qui pour Gaius ne supporte aucun tempérament: elle s'appliquera à toutes les actions de bonne foi munies d'une *demonstratio*, à l'*actio ex stipulatu*, à l'action *ex testamento* incertaine, et même à l'*actio iniuriarum*. Alors qu'on peut donc risquer la *pluris petitio* en cas de *pluris intentio*, ce risque n'existe jamais en cas de *pluris demonstratio*. Il montre ce contraste particulièrement bien lorsqu'il oppose au §59 la formule *in factum* du dépôt et sa formule *in ius (ex fide bona)* avec *demonstratio*. Si le demandeur désigne plus de choses qu'il n'en a déposé dans une formule *in factum*, il le fait dans l'*intentio*, et donc il y a *pluris petitio*. Il perdra le procès et ne pourra le recommencer, soit par voie de *denegatio actionis*, soit par voie d'*exceptio*. Le texte est mutilé, mais il semble clair que Gaius part de l'idée qu'il en irait tout autrement dans la formule à *demonstratio*. Il présente d'ailleurs ce contraste lorsqu'il répond à des jurisconsultes qui réservaient un traitement spécifique aux formules à *demonstratio* des actions infamantes.

2° Selon le même Gaius¹⁵⁷ certains prudens considèrent que la règle « *falsa demonstratione rem non perimi* » ne s'applique pas au dépôt ainsi qu'aux autres actions infamantes¹⁵⁸. Dans ce cas, celui qui désigne « *plures res quam deposuit* » dans la *demonstratio*, encourt un risque de *pluris petitio*, et donc, tout en perdant le procès, perdra définitivement sa créance par l'effet de la *litis contestatio*. Dans ce cas, un *plus demonstrare* équivaut à un *plus petere*.

On ne sait qui sont ces auteurs¹⁵⁹. S'agit-il de Proculiens? Ou bien de disciples de Sabinus avec lesquels Gaius ne concorde plus? Il est difficile d'en juger, et il est surtout difficile de juger s'ils furent nombreux à le penser, si leur position est une position ancienne et si celle que défend Gaius n'est née que par la suite.

¹⁵⁶ Sur les textes démontrant le triomphe de la position de Labéon, voir G.PROVERA, *Pluris petitio*, cit, p.143 ss.

¹⁵⁷ IV.60. *Sed nos apud quosdam scriptum inuenimus in actione depositi et denique in ceteris omnibus, ex quibus damnatus unusquisque ignominia notatur, eum, qui plus quam oporteret demonstrauerit, litem perdere, uelut si quis una re deposita duas pluresue se deposuisse demonstrauerit, aut si is, cui pugno mala percussa est, in actione iniuriarum etiam aliam partem corporis percussam sibi demonstrauerit (...)*

¹⁵⁸ Voir G.PROVERA, *Pluris petitio*, p.148.

Pourtant, force est de constater qu'au sein des actions de bonne foi, bien loin de nier la règle « *falsa demonstratio* », ils ne faisaient que l'écartier lorsqu'il en allait d'actions infamantes. Ils devaient naturellement l'appliquer lorsqu'il s'agissait de toute autre action de bonne foi. Aussi est-ce dans l'infamie prétorienne que doit être recherchée cette neutralisation de la règle.

Très vraisemblablement, vu la sévérité des peines complémentaires qui s'attachent à la condamnation, les adversaires de Gaius tempéraient, en faveur du défendeur, la règle *falsa demonstratio rem non perimi*, trop favorable au demandeur dans une situation où le défendeur encourt l'infamie. Leur solution apparaît à ce titre désincitative: dans la mesure où le défendeur est fortement enclin à satisfaire ou à pactiser, ou à transiger de façon défavorable pour lui afin d'éviter les conséquences dégradantes d'une condamnation, il paraîtrait injuste que le demandeur puisse témérairement augmenter sans risque aucun le montant de ses réclamations légitimes. Par leur solution, le demandeur encourt le risque de tout perdre, sans possibilité de nouveau procès. Puisque le défendeur risque beaucoup par ce procès et risque facilement d'accepter une transaction, il était naturel selon ces auteurs que le demandeur court lui aussi un risque énorme à trop demander. En outre, il était inconvenant de faire subir un même *turpe iudicium* plusieurs fois à une même personne pour un même fait.

On voit ainsi que certains juriconsultes séparèrent, au sein des actions de bonne foi, deux groupes, pour des questions aussi cruciales en procédure formulaire que la *pluris petitio*. Le statut même de la *demonstratio*, partie spécifique de la formule qui dit la cause de l'action, ne recevait pas le même traitement dans une *actio mandati* et une *actio empti*, par exemple. Toutefois, cette position est celle d'adversaires de Gaius, et rien ne nous permet de dire dans quelle mesure et à quelle époque elle a pu être dominante; au contraire, il semble rejeter cette position avec une sorte de didactisme qui frôle l'ironie envers ceux qui défendent cette position, comme s'ils avaient confondus la formule *in ius* et la formule *in factum* du dépôt. Elle a sans doute été pourtant partagée par plus d'un auteur au début de l'époque classique. Ce qui montre encore que cette ligne de partage entre actions infamantes et actions non-infamantes était vivante dans la conscience jurisprudentielle. Car ils proposaient ainsi un régime commun aux actions de bonne foi infamantes avec *demonstratio* et aux actions pénales avec *demonstratio*, comme l'*actio iniurarum* et l'*actio furti manifesti*.

¹⁵⁹ *id.*, p.147-148, n.14. Il critique à notre avis à bon droit la position générale de V.ARANGIO-RUIZ, *Formole*, p.331-333, qui veut voir absolument des Sabiniens dans ce *quidam*.

Et leur régime même pouvait donner des doutes quant à leur nature.

1.1.1.1.2.3. *Les hésitations sur la nature réipersécutoire des actions de bonne foi infamantes (C)*

Nous avons déjà présenté la manière dont le vocabulaire cicéronien assimile dans son lexique les actions de bonne foi infamantes à des actions délictuelles. Sans doute n'est-ce qu'un effet rhétorique, mais il témoigne sans doute d'une hésitation réelle sur les effets à attacher à leur nature réipersécutoire alors qu'elles cotoient dans l'édit des actions telles que l'*actio furti* ou l'*actio iniuriarum*.

Il convient de noter un simple détail de syntaxe, qui ne prouve rien en soi, mais qui montre une certaine distinction entre les actions de bonne foi infamantes et les actions de bonne foi non-infamantes dans la langue jurisprudentielle. Alors que les prudents écrivent couramment « *ex empto/ex uendito/ex conducto/ex locato agere* », tout comme on dit « *ex stipulatu agere* », ils emploient en revanche une tournure avec le simple génitif « *mandati/tutelae/depositi agere* », tout comme on dit *furti agere* ou *iniuriarum agere*. Cette tournure au génitif est typique des actions délictuelles. Jamais n'est employée l'expression **ex mandato/ ex tutela agere*, et a contrario jamais on ne dit à notre connaissance **uenditi/conducti agere*, bien que l'on dise *actio uenditi*. Bien entendu, il ne s'agit que d'un rapprochement lexical, mais ce simple détail de syntaxe montre à notre avis à quel point les actions de bonne foi infamantes pouvaient être rattachées extérieurement à des actions pénales, tandis que la nature réipersécutoire des actions non-infamantes allait tellement de soi qu'elles étaient immédiatement comparables à une action comme l'*actio ex stipulatu*¹⁶⁰.

Il est certain qu'elles ne se virent jamais appliquer le régime général des actions pénales. Ainsi, les actions de bonne foi infamantes ne furent jamais délivrées *noxaliter* contre des *alieni iuris*, mais *de peculio*. De même, les codébiteurs pouvaient certes être dans certains cas tenus *in solidum* sans même avoir de recours en contribution contre les autres codébiteurs, mais l'exécution par l'un d'entre eux libérait les autres: il n'y avait pas concours cumulatif des

¹⁶⁰ Cette différence lexicale est à mettre à notre avis sur le compte de l'opposition entre *fides promissoria* où l'observation de l'acte juridique producteur d'obligations est fondamentale, et *fides potestativa*, où c'est l'examen du rapport typique engendré par l'acte qui mérite davantage l'attention du *iudex*. Ainsi comprend-t-on pourquoi la question de la liberté négotiale ne se pose pas dans les mêmes termes dans une *actio empti* et dans une *actio mandati*.

actions en cas de pluralité de débiteurs¹⁶¹. Toutefois, la transmissibilité passive de l'action contre l'héritier a semble-t-il soulevé des doutes (1°), tout comme le concours de ces actions avec des actions pénales(2°).

1°La transmissibilité passive de l'action contre l'héritier pouvait donner lieu à des hésitations encore à époque républicaine, et c'est ce dont témoigne la Rhétorique à Herennius. Cherchant à donner un exemple d'argument tiré des précédents, l'auteur évoque une divergence entre des préteurs de concernant l'action de mandat. Ainsi le préteur Sextus Iulius n'a pas délivré l'action de mandat contre l'héritier du mandataire, contrairement à son prédécesseur Marcus Drusus¹⁶². Sans doute n'est-ce là qu'une hésitation, mais il semblerait que la question de la transmissibilité passive des actions de bonne foi ait toujours pris un tour particulier dans le cas des actions infamantes: dans leur cas, le rappel de la transmissibilité passive de l'action est toujours fait avec une assez grande insistance. Bien entendu, la difficulté originelle provient de ce que *l'intuitus personae* étant plus fort, la mort du débiteur a souvent un effet résolutoire: le mandat prend fin avec la mort du mandant, la société est dissoute par elle, et l'héritier du tuteur n'est pas substitué dans la fonction du tuteur défunt. Un doute survient alors concernant la survivance de l'action contre l'héritier. Le doute est d'autant plus justifié concernant la portée de l'édit *qui nisi pro certis personis*: à supposer qu'on donne l'action contre l'héritier, celui-ci encourt-il les peines complémentaires infamantes? La solution retenue sera nuancée: les héritiers du tuteur et de l'associé ne l'encoureront jamais tandis que l'héritier du dépositaire ou du mandataire encoureront l'infamie à raison de leur dol propre¹⁶³.

Toujours est-il que ce n'est que dans le cas des actions infamantes que les jurisconsultes classiques développent avec une particulière insistance la question de la transmissibilité passive de l'action, alors qu'elle ne représente que le droit commun des actions réipersécutoires. L'album semble même doté parfois d'actions spéciales contre l'héritier, comme dans le cas de *l'actio pro socio*¹⁶⁴.

Notons enfin l'insistance particulière avec laquelle la jurisprudence classique elle-même prend soin de toujours rappeler que l'héritier du défendeur potentiel à une action de bonne foi

¹⁶¹ Cf pour le mandat Dig. 17.1.60.2 Scaevola 1 resp. *Duobus quis mandavit negotiorum administrationem: quaesitum est, an unusquisque mandati iudicio in solidum teneatur. respondi unumquemque pro solido conveniri debere, dummodo ab utroque non amplius debito exigatur.*

¹⁶² *Ad Her.*, II,13,19 *Iudicatum est id, de quo sententia lata est aut decretum interpositum. Ea saepe diuersa sunt, ut aliud alio iudici aut praetori aut consuli aut tribuno plebis placitum sit et fit, ut de eadem re saepe alius aliud decreuerit aut iudicavit, quod genus: M- Drusus praetor urbanus, quod cum herede mandati ageretur, iudicium reddidit, Sex- Iulius non reddidit.* Sur la datation de 115 et 123 av. JC, voir A.WATSON, *Mandate*, cit. p.22, ainsi que les conséquences qu'il en tire sur la jeunesse de cette action en 130.

¹⁶³ Dig. 3.2.6.6 Ulpianus 6 ad ed.

¹⁶⁴ Dig. 17.2.35 Ulpianus 30 ad sab. Voir EP³ §109.

est tenu *in solidum* pour le dol de celui dont il est l'héritier: il semblent ainsi vouloir préciser que ces actions ne sauraient s'assimiler à des actions pénales. Mais par la précaution qu'ils prennent à rappeler que la *certissima iuris regula* « *ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere* »¹⁶⁵ ne concerne pas les actions de bonne foi, ils reconnaissent eux-mêmes que la confusion serait à première vue excusable¹⁶⁶. Elle l'est particulièrement, semble-t-il, dans le cas de l'*actio tutelae*, laquelle, ne naissant pas d'un engagement volontaire entre le pupille et le tuteur, ne peut être assimilée directement à un contrat. Le langage fort didactique qu'emploie Ulpien¹⁶⁷ à son propos montre les doutes compréhensibles qu'a pu susciter la délivrance de l'action contre l'héritier du tuteur, et s'il a besoin de citer Servius, c'est peut-être qu'un débat similaire à celui concernant l'action de mandat a pu avoir lieu au sujet de l'action de tutelle.

2° Le concours cumulatif et non électif¹⁶⁸ avec l'*actio furti* constitue indirectement une difficulté, semble-t-il, aux yeux des prudents. En soi, ce point pourrait paraître anodin mais il occupe suffisamment la jurisprudence pour être noté lorsqu'elle parle d'une action de bonne foi infamante, alors qu'elle ne parle que du choix de l'action sans s'intéresser au problème du cumul lorsqu'il en va des actions qui naissent de la vente ou du louage.

D'une part, de nombreux textes insistent sur le concours totalement cumulatif entre une action de bonne foi infamante et l'*actio furti*, rappelant, pour ainsi dire, la nature purement réipersécutoire de l'action, qu'elle soit infamante ou non infamante¹⁶⁹.

Ce point pourrait en effet dans certains cas constituer une réelle difficulté. Prenons l'exemple de l'action de tutelle. Dans la mesure où la tutelle ne naît pas d'un contrat à l'inverse des autres anciennes action de bonne foi; dans la mesure où la tutelle connaissait déjà une action décevrale à nature pénale¹⁷⁰, l'*actio rationibus distrahendis*; dans la mesure où l'*actio tutelae* est en concours électif avec l'*actio rationibus distrahendis*¹⁷¹; dans la mesure enfin où cette dernière est en concours partiellement électif avec l'*actio furti*, parce qu'elle est

¹⁶⁵ Gaius *Inst.* IV.112.

¹⁶⁶ Par ailleurs, l'*actio rationibus distrahendis*, qui est considérée comme une action pénale, et dont les conditions de mise en oeuvre sont en tout similaires à l'*actio tutelae*, ne peut être délivrée contre l'héritier (, ce qui provoque un doute sur la mise en oeuvre de l'*actio tutelae* contre l'héritier.

¹⁶⁷ Dig. 27.7.4pr. Ulpianus 36 ad ed. *Cum ostendimus heredem quoque tutelae iudicio posse conveniri, videndum, an etiam proprius eius dolus vel propria administratio veniat in iudicium. et exstat servii sententia existimantis, si post mortem tutoris heres eius negotia pupilli gerere perseveraverit aut in arca tutoris pupilli pecuniam invenerit et consumpserit vel eam pecuniam quam tutor stipulatus fuerat exegerit, tutelae iudicio eum teneri suo nomine: (...)*

¹⁶⁸ Sur le concours entre l'*actio furti* et les *iudicia bonae fidei*, voir E.LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen*, I, p.427, et plus récemment, G.FINAZZI, *Negotiorum Gestio*, II, cit., p.57-62.

¹⁶⁹ Voir par ex Dig. 17.2.45 Ulpianus 30 ad sab.

¹⁷⁰ Dig. 27.3.1.23 Ulpianus 36 ad ed.

¹⁷¹ Dig. 27.3.1.21 Ulpianus 36 ad ed.

considérée comme une action mixte et que la part réipersécutoire se cumule avec le *duplum* de l'*actio furti*, qui a nature totalement pénale; comment expliquer alors que l'*actio rationibus distrahendis* soit en concours totalement électif avec l'*actio tutelae*, si celle-ci est purement réipersécutoire, alors qu'elle pourrait n'être que partiellement cumulative? Ulpian semble proposer un concours partiellement électif¹⁷², mais le concours purement électif est ancien. En effet, Crassus présente dans le *De Oratore*¹⁷³ de Cicéron un cas où la *pluris petitio* dans une *legis actio* qui a toutes les chances d'être l'*actio rationibus distrahendis*, libère totalement le tuteur du *turpe iudicium tutelae*. Que l'*actio rationibus distrahendis* soit alors totalement pénale ou partiellement pénale à époque républicaine, on s'attendrait dans ce cas à un concours purement cumulatif ou partiellement cumulatif, mais non à une fermeture définitive de l'*actio tutelae*. Voilà sans doute certaines apories et certains paradoxes que pouvait susciter la nature infamante de certaines actions de bonne foi.

Il ne faut pas en déduire qu'elles seraient originaires des actions pénales, mais simplement, le risque de confusion est assez fort pour être encore ressenti par la jurisprudence classique: elles figurent dans l'édit *qui nisi pro certis personis* aux côtés d'actions délictuelles, et ce seul fait oblige sans cesse les prudents à rappeler par tous moyens la nature réipersécutoire de l'action.

Si, à différents titres, les actions de bonne foi infamantes s'opposent, en tant qu'infamantes, aux autres actions de bonne foi, elles se démarquent encore, en tant qu'actions de bonne foi, du reste des actions infamantes, en ce que l'infamie y reçoit un traitement original.

¹⁷²

Ibid.

¹⁷³

De Or., I, §166.

1.1.1.2. *L'atténuation de la distinction: le régime indulgent de l'infamie dans les actions de bonne foi (Sous-section 2)*

L'infamie dans les actions de bonne foi paraît originale en ce qu'elle est dès l'époque républicaine tempérée par une série de bénéfiques qui les distinguent des actions pénales. Comme nous l'avons dit, ce groupe d'actions est rapproché des actions pénales, et l'édit *qui nisi pro certis personis* leur donne, en les y associant, une coloration punitive aux yeux du justiciable. Toutefois, le traitement de l'infamie s'y révéla, avec le temps, original à plusieurs titres, parce que cette infamie fait l'objet de dispositions restrictives, et c'est ce qui les distingue de plus en plus des actions pénales qu'elles cotoient; par là même, elles se rapprochent plus volontiers des actions de bonne foi non-infamantes. Il est possible donc de pactiser pour éviter l'infamie (I), et sans doute même sans pacte les conséquences infamantes ne suivent-elles pas automatiquement la condamnation (II).

1.1.1.2.1. *La possibilité d'un pacte non infamant (I)*

Les sanctions de l'édit « *qui nisi pro certis personis* » sont soumises à des conditions particulières. Seule la condamnation dans le cas des actions de bonne foi est infamante. *A contrario*, en pactisant, on peut éviter l'infamie, contrairement par exemple au pacte de l'*actio furti*. Cette différence de traitement entre les actions délictuelles infamantes et les actions de bonne foi reçoit une explication a posteriori chez Gaius et chez Paul fondée sur la distinction des contrats et des délits (A), même si elle semble nouvelle au vue d'une divergence entre l'époque classique et la table d'Héraclée (B).

1.1.1.2.1.1. *L'explication classique de Gaius et de Paul: contrats et délits (A)*

L'explication de Paul insiste sur des différences de turpitude et sur l'idée de *confessio criminis* (1°), tandis que celle de Gaius, dans son contexte, présente l'infamie propre aux

actions de bonne foi plutôt dans sa dimension comminatoire comme un moyen incitant le défendeur à éviter la condamnation et à satisfaire, et comme une désincitation à persister dans un litige (2°)

1° Paul donne, en commentant l'édit « *qui nisi pro certis personis* »¹⁷⁴, une explication de l'infamie qui suit un pacte extinctif d'action pénale. Pactiser revient en ce cas à reconnaître un *crimen*. Il faut donc considérer que l'objet de l'accusation est avéré, et l'auteur du délit s'est auto-reconnu coupable d'un crime qui lui vaudra l'infamie. Bien entendu, le *pactum* est entendu strictement. C'est un pacte accompagné d'une indemnisation à l'amiable, nous dit Ulpian¹⁷⁵: autrement, il serait impossible à la victime de pardonner, ce qui paraîtrait *inhumanum*. Et encore, si c'est sur l'ordre du préteur que cette indemnisation a eu lieu, on considère que le pacte n'est pas infamant puisque le défendeur potentiel n'a fait que se plier à une invitation du préteur dans la phase *in iure*. Il n'y a alors pas de proposition spontanée de l'auteur du délit ou de ses ayant-droit équivalant strictement à une *confessio criminis*. Mais le pacte reste en principe une reconnaissance d'un acte honteux.

En revanche, selon le même Paul¹⁷⁶, dans les actions *quae ex contractu profiscuntur*, celui qui a pactisé n'est pas frappé d'infamie. Paul entend par là les actions de bonne foi *reipersécutoires*, sans entendre en exclure l'action de tutelle. Le fait de pactiser, sans doute en contrepartie d'une indemnisation, ce qui équivaut à une transaction, n'est qu'un mode de réparation. Le pacte, alors, n'est pas aussi honteux. Il y a une différence de turpitude. Sans doute le défendeur potentiel confesse-t-il souvent une inexécution de ses obligations ainsi qu'un manquement à certains devoirs; mais on ne peut considérer ce pacte comme la confession automatique d'un *crimen*.

2° L'explication que donne Gaius de cette différence de régime est lacunaire, mais son intérêt vient plutôt du contexte dans lequel elle est placée.

Gaius ne fait pas, au §182 du livre IV des *Institutes*¹⁷⁷, un développement général sur l'infamie prétorienne. Il n'a pas placé ce développement au niveau de la représentation

¹⁷⁴ Dig. 3.2.4.5 Ulpianus 6 ad ed. *Item " si qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo suo nomine damnatus pactusve erit" simili modo infames sunt. Dig. 3.2.5 Paulus 5 ad ed. Quoniam intellegitur confiteri crimen qui paciscitur.*

¹⁷⁵ Dig. 3.2.6.3 Ulpianus 6 ad ed. " *pactusve*" inquit " *erit*": *pactum sic accipimus, si cum pretio quantumque pactus est: alioquin et qui precibus impetravit ne secum ageretur erit notatus nec erit veniae ulla ratio, quod est inhumanum.*

¹⁷⁶ Dig. 3.2.7 Paulus 5 ad ed. *In actionibus, quae ex contractu profiscuntur, licet famosae sint et damnati notantur, attamen pactus non notatur, merito: quoniam ex his causis non tam turpis est pactio quam ex superioribus.*

¹⁷⁷ *Inst.*, IV.182. *Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, uelut furti, ui bonorum raptorum, iniuriarum, item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi. sed furti aut ui bonorum raptorum aut iniuriarum non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, ut in edicto praetoris scriptum est; et recte. plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit.*

processuelle: puisque l'infamie se traduit concrètement dans l'édit par une interdiction de se faire représenter ou de représenter quelqu'un, il eût été assez naturel de traiter de l'infamie à propos de l'*agere alieno nomine*, entre les §82 et 102.

A partir de la fin du §170, il a présenté les moyens désincitatifs que prévoit la procédure formulaire pour éviter des contentieux et pour inciter à une exécution de l'obligation en amont de la condamnation, et surtout pour éviter l'*infitiatio*, ou encore la *calumnia* de la part du demandeur (litiscescence, *restipulatio tertiae* ou *dimidiae partis*, *iudicia contraria*). C'est à la suite de ce développement qu'il présente la note d'infamie qui accompagne certaines actions: sans doute y voit-il encore, à certains égards, un moyen désincitatif pour contraindre un débiteur à s'exécuter en amont du procès.

Mais l'édit prévoit explicitement que le pacte extinctif d'action entraîne l'infamie tout autant qu'une condamnation, lorsqu'il sert à éteindre une obligation *ex delicto*. Ce n'est pas le cas d'une action de bonne foi. Car il est entendu que ces actions sont des actions réipersécutoires, non des *poenales actiones*. Dès lors, elle amènera beaucoup plus simplement le défendeur soit à s'exécuter, soit à transiger dans la phase précontentieuse. Cela est moins vrai des délits: on est infâme, de toute manière, à les avoir commis, et le pacte ne représente qu'une *confessio criminis*. Gaius précise ici que, dans ce cas, l'infamie qui suit la condamnation ne peut être une sanction incitant en amont à pactiser, avec une éventuelle réparation¹⁷⁸.

A contrario, cela veut dire que l'infamie, pour les juristes classiques, ne procède que de la condamnation dans ces actions réipersécutoires, contrairement à ce que laisse entendre Cicéron à des fins d'amplification. On peut toujours sauver son honneur, son crédit, sa réputation, en trouvant un moyen de faire accepter à l'adversaire un pacte. Ce qu'on a confessé par un pacte dans une action de bonne foi, c'est d'avoir eu une dette avant l'éventuelle *litis contestatio*. Et l'on est condamné parce que l'on a pas offert de satisfaire ou de réparer en cours d'instance, ou parce que l'on n'a pas cherché à transiger et à pactiser, et tout simplement à réparer.

Cette idée est encore présente dans des constitutions impériales tardives, entre autres¹⁷⁹ celle de Dioclétien¹⁸⁰, sans qu'on sache s'il y est question encore de procédure formulaire. La menace d'infamie pousse le défendeur à une *actio pro socio* à s'exécuter en cours d'instance,

¹⁷⁸ La précision sur les pactes éteignant l'action délictuelle, où l'infamie ne peut donc remplir un rôle purement comminatoire, est à comparer avec la précision sur les peines du multiple dans les *actiones furti* lorsqu'il présente la peine du double dans la *litiscescence* comme un instrument désincitatif (§

¹⁷⁹ cf. Collatio, 10,6,1: *Idem Augg. et Caess. Septimiae Quadratillae. Qui dolo malo depositum non restituit, suo nomine conventus ad eius restitutionem cum infamiae periculo urgetur. Subscripta prid. idus Decembres Nicomedia CC. cons. (a. 294).*

¹⁸⁰ CJ.2.11.22: *Imperatores Diocletianus, Maximianus Fidem rumpens societatis cum infamiae periculo suo nomine pro socio conventus ad faciendum satis urgetur. * diocl. et maxim. aa. et cc. domitiano. * (a 294 d. vi id. dec. nicodemiae cc. cons.)*

dans la phase *apud iudicem*, ce qui était une cause d'absolution spécifique aux actions de bonne foi (*satisfactio post acceptum iudicium*). L'infamie dans les actions réipersécutoires de bonne foi sert donc d'« *incentive* », et c'est pourquoi Gaius en parle à cet endroit du livre IV: il vise très vraisemblablement son rôle comminatoire.

Cette opposition originale entre les actions de bonne foi infamantes et les actions pénales était néanmoins peut-être moins prononcée à l'époque classique.

1.1.1.2.1.2. *La divergence entre l'époque classique et la table d'Héraclée (B)*

La table d'Héraclée¹⁸¹ nous montre que, tout autant à l'époque républicaine, seule la condamnation dans une action de bonne foi peut entraîner des sanctions infamantes. Mais l'explication classique opposant le régime des actions pénales et des actions réipersécutoires trouve un démenti original dans cette table. En effet, elle nous montre qu'on peut pactiser pour éviter l'infamie (en l'occurrence, l'interdiction d'accès à certaines charges municipales), non seulement lorsqu'on est sujet à une *actio pro socio, fiduciae, tutelae, ou mandati*, mais encore lorsqu'on est sujet à une *actio iniuriarum* ou à ce qui paraît être la toute récente *actio de dolo*¹⁸².

Quelle explication donner à ce contraste? On pourrait songer à une originalité de la *Tabula Heraclensis*, mais rien ne permet de le supposer. Est-ce une particularité liée à la gravité des sanctions? Puisque les sanctions sont d'ordre politique et sont plus graves, la possibilité de pactiser pour les éviter serait-elle en contrepartie plus étendue? Ou bien le régime à Rome était-il plus sévère qu'en dehors de Rome? L'explication nous semble plus simple: la table d'Héraclée reproduit l'état du droit républicain, où certaines actions pénales suivent en matière de pacte la même règle que les actions de bonne foi: seule la condamnation est infamante. On incite ainsi le demandeur à pactiser même dans le cas d'une action d'injures. Au demeurant cette différence de régime entre l'*actio furti* et l'*actio iniuriarum* est en conformité avec une différence de lexique et de syntaxe qu'on trouve, *mutatis mutandis*, dans la loi des XII Tables: le pacte de l'*actio furti nec manifesti* s'exprime par le verbe *decidere*

¹⁸¹ *Tab. Her.* §111

¹⁸² Sur la datation de 66 av.JC pour l'apparition des *formulae de dolo*, et sur ce qu'elle implique, à savoir que C.Aquilius devait être préteur pérégrin, voir F.SERRAO, *La iurisdictio del pretore peregrino*, cit., p.107 ss.

exprimé à l'impératif futur (*duplione damnum decidito*)¹⁸³, qui est assimilé plus tardivement à une *pactio*, alors que le pacte de l'action pour *membrum ruptum* s'exprime déjà avec le verbe *pacere*, dans une conditionnelle négative (*ni cum eo pacit*).

Cela montre encore sans doute que les actions de bonne foi infamantes furent presque davantage rapprochées de certaines actions pénales que des actions de bonne foi non-infamantes. Le pacte extinctif d'une *actio pro socio, mandati, tutelae* ou *fiduciae* ressemblait alors, fonctionnellement, au pacte extinctif de l'*actio iniuriarum*. Seule l'*actio furti* ne connaissait pas ce régime: le pacte extinctif visé par l'édit était le même que celui visé par la législation décemvirale (*duplione damnum decidito*), et encore présent dans la formule de l'*actio furti*¹⁸⁴. Il équivalait exactement à une condamnation en termes de turpitude.

Aussi, un *iudicium tutelae* avait presque une ressemblance plus grande avec le *iudicium de dolo* qu'avec le *iudicium empti*. Malgré l'homogénéité de la formule, il ne cotoyait nulle part l'*actio empti*, tandis que des textes le rapprochaient facilement d'actions pénales.

C'est donc peut-être dans un second temps que toutes les actions pénales, où le pacte évitait l'infamie, virent leur régime aligné sur celui de l'*actio furti*. Cela tendrait d'ailleurs à prouver que l'infamie prétorienne combinée à la possibilité de pactiser a originellement et essentiellement un rôle incitatif et comminatoire, plus qu'un rôle punitif: elle invite davantage à pactiser.

L'originalité des actions de bonne foi infamantes s'est donc creusée avec le temps, et, encore à époque républicaine, on n'avait pas donné à la division contrats/ délits toutes les conséquences qu'elle allait avoir à époque classique en matière d'infamie.

L'autre originalité était peut-être que la condamnation dans une action de bonne foi n'entraînait pas systématiquement l'infamie.

1.1.1.2.2. La possibilité d'une condamnation non infamante (II)

La condamnation dans une action de bonne foi dite « infamante » est-elle toujours infamante? N'est-elle limitée qu'à des condamnations fondées sur des comportements dolosifs¹⁸⁵? A contrario, les actions présentes dans l'édit *qui nisi pro certis personis perdet*

¹⁸³ VIII.16, *FIRA*, p.

¹⁸⁴ EP³, §128.

leur caractère infamant et se rapprochent des actions de bonne foi non-infamantes lorsqu'il n'est pas question de dol.

Le texte de la *lex Irnitana* semble le montrer indirectement (A), mais sa portée doit être nuancée à la lumière d'autres textes, qui montreraient plutôt que cette non-automaticité s'est construite avec le temps(B).

1.1.1.2.2.1. Une limitation de l'infamie à la condamnation pour dol d'après la *Lex Irnitana* (A)

La *lex Irnitana*, qui date de la fin du Ier siècle ap. JC, fixe en son paragraphe 84, dans la Rubrique « *quarum rerum et ad quantam pecuniam in eo municipio iuris dictio sit* », le champ des compétences de la juridiction municipale et en exclut notamment certaines actions, qui reviendront très vraisemblablement au gouverneur de province, à moins que les deux parties s'accordent sur la compétence municipale. Ces actions sont précisément les actions dites infamantes, celles-là mêmes qu'on trouve dans l'édit « *qui nisi pro certis personis* », parce qu'elles sont susceptibles, comme le montre la table d'Héraclée, de fermer l'accès aux charges municipales. Aussi cette loi donne-t-elle compétence à une autorité supérieure pour délivrer ce type de formules, sans doute afin d'éviter des manoeuvres visant à exclure un individu de la vie politique du municipes grâce à une condamnation infamante.

La mention du *dolus malus* semble, au §84¹⁸⁶, définir effectivement les compétences respectives du gouverneur et du municipes selon un degré de responsabilité (1°) malgré les difficultés d'un pareille système (2°)

1°La compétence municipale est *a priori* exclue lorsqu'il en va de l'action directe. Cette exclusion ne concerne pas l'action contraire (*cum quo qui... quid earum rerum fecisse dicatur*), ni l'action contre un représentant (*suo nomine*) voire un simple ayant droit (cas de l'héritier qui assume simplement l'action pour des faits commis par le défunt).

Toute la difficulté provient de la mention « *quod dolo malo factum esse dicatur* », après l'énumération de l'*actio pro socio*, de la fiducie et du mandat. Il faut comprendre l'antécédent

¹⁸⁵ Voir avant tout D. NÖRR, « *Lex Irnitana* c. 84 IX,B 9-10 », SZ 124, 2007, p.1.

sous-entendu comme un accusatif de relation: « quant à ce qui serait dit être commis dolosivement ».

A strictement interpréter le texte, sont exclues a priori et sauf acceptation des deux parties, de la compétence municipale, les actions *pro socio*, *fiduciae*, *mandati*, « quant à ce qui est dit être commis dolosivement ».

Puisque c'est seulement à ces conditions que la compétence municipale est exclue, on peut en déduire raisonnablement que les actions *pro socio*, *fiduciae* et *mandati* sont infâmes sous la réserve « *quod dolo malo factum esse dicatur* ». Seule la condamnation pour des faits et comportements dolosifs entraîne l'exclusion de certaines charges municipales.

Mais la portée de cette restriction est difficile à mesurer.

2° Cette interprétation de la *lex Irnitana* soulève bien entendu quelques difficultés:

-le dépôt et la tutelle se trouvent après la mention « *quod dolo malo factum esse dicatur* », et ne sont donc pas concernés par cette restriction. On peut le comprendre pour le dépôt, pour lequel elle serait superflue, la responsabilité du dépositaire se limitant toujours au dol. Mais il est difficile de comprendre pourquoi la tutelle n'est pas mentionnée auprès de l'action *pro socio*, *fiduciae* et *mandati*, alors qu'elle peut être intentée aussi bien pour des faits dolosifs que pour des faits de simple négligence. Il serait dangereux de déduire de ce texte et de cette interprétation que l'on ne serait tenu que de son dol dans l'action de tutelle à la fin du Ier siècle ap. JC. Sans doute, la tutelle, office public, est une institution trop importante pour être laissée à la charge des juridictions municipales. Si le tuteur a, en outre, été nommé par le magistrat municipal, et vu l'importance croissante du magistrat dans l'attribution de la tutelle, il semble de bon ton de laisser à l'ancien pupille la possibilité de demander l'action auprès du gouverneur de province, autorité supérieure, pour éviter toute forme de collusion, quels que soient les faits reprochés au tuteur. Toute action de tutelle est donc délivrée par le gouverneur de province, sauf accord des parties, et le fondement de cette solution ne serait pas nécessairement dû au fait que la condamnation dans une action de tutelle serait toujours infamante, même lorsque seraient reprochées de simples fautes¹⁸⁷.

¹⁸⁶ (...)neque / ea res agetur qua in re vi factum sit quod non ex interdicto / decretove iussive eius qui iure dicundo praerit factum sit, ne-/que de libertate, neque pro socio aut fiduciae aut mandati quod dolo malo factum esse dicatur, aut depositi, aut tutelae cum quo / qui suo nomine [q]uid earum rerum fecisse dicatur, (...)

¹⁸⁷ Voir *contra*, A.H.J. GREENIDGE, *Infamia*, cit., p.133, qui prend appui sur Dig. 50.16.42 Ulpianus 57 ad ed. "probrum" et obprobrium idem est. probra quaedam natura turpia sunt, quaedam civiliter et quasi more civitatis. ut puta furtum, adulterium natura turpe est: enimvero tutelae damnari hoc non natura probrum est, sed more civitatis: nec enim natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum incidere. Mais c'est précisément, dans la pensée d'Ulpien, la condamnation qui rend infame, par opposition au *furtum*

-Dire que cette loi définit un standard de responsabilité en deça duquel l'action n'est pas infamante supposerait que, dès l'époque pré-classique, on ait développé une véritable doctrine des degrés de la faute. Sans doute n'est-ce pas aussi simple dans la pratique, et la loi ne fait que reproduire un principe à interpréter « *quod dolo malo factum esse dicatur* ». L'action est infamante uniquement lorsqu'est allégué un dol du défendeur. Alors s'ouvre un champ de possibilités très larges. Prenons le cas de l'*actio pro socio*. Elle peut être intentée comme une action en réparation, où l'on accuse quelqu'un d'une malversation, d'un détournement, d'une fraude dans la gestion de la société. Mais à l'autre extrémité, elle peut être intentée dans sa pure fonction de liquidation: le juge y aura la même fonction que dans la condamnation après l'adjudication dans une action divisoire, à savoir répartir les pertes et les gains et c'est peut-être ce type de procès que la *lex Irnitana* n'entend jamais exclure de la compétence municipale. Entre les deux se présente toute une série de cas-limites, dès qu'intervient un manquement aux obligations contractuelles. Les fautes, négligences, entrent-elles dans la catégorie du *dolus malus*? Elle le peuvent ou ne le peuvent pas. Mais c'est laisser la question de la compétence à une casuistique infinie qui fait l'objet de controverses dont on a très précisément trace à l'époque de la *lex irnitana*¹⁸⁸.

-Il existe une objection de principe assez importante à un pareil système posé par cette interprétation de la *lex Irnitana*, et qui découle de la précédente. Dans un petit municpe, le justiciable serait censé connaître les règles de qualification juridique en matière de responsabilité. Il peut paraître assez osé de définir les règles de compétence juridictionnelle en fonction de la qualification de la faute contractuelle, qui relève en principe de l'appréciation du *iudex*: dès la phase *in iure*, il faudrait se prononcer sur la nature de la faute; or, qu'en est-il de la faute lourde, ou de la négligence? Le défendeur pourrait être paradoxalement absout en montrant qu'il n'a pas eu un comportement fautif, mais bien dolosif, ou plus simplement, en montrant que sa faute n'était pas une faute simple, mais une faute lourde! Un pareil système conduirait-il donc à alléguer sa propre turpitude pour se défendre? Un justiciable, donc, pourrait même se retrouver en situation de déni de justice si le gouverneur de province considérait que son action est intentée pour faute, tandis que le magistrat municipal et le juge considérerait qu'elle est intentée pour dol. Toutefois, le souci

ou à l'*adulterium*, qui sont selon lui dégradantes par nature. De surcroît, un texte semble confirmer que l'infamie est réservée au dol, même s'il s'agit du *tutor suspectus* et non du défendeur à l'*actio tutelae* : IJ 1.26 *Suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est: si ob culpam, non aequae*.

de sécurité juridique est une notion toute relative. Dans la mesure où, en droit romain, le choix de l'action peut souvent se révéler dangereux, on peut tout à fait concevoir que le choix de la juridiction puisse l'être aussi. En outre, il existe un ensemble de tempéraments qui relativisent les dangers de ces répartitions de compétence assez hasardeuses. Si les parties sont d'accord, elles peuvent s'accorder pour que la juridiction municipale soit compétente¹⁸⁹. Si l'une le refuse, alors on se présentera devant le gouverneur de province. Aussi les risques de déni de justice sont-ils très vraisemblablement limités. Inversement, lorsque ces actions ne sont pas intentées pour des faits et comportements dolosifs devant la juridiction municipale, il est possible, comme l'a suggéré D. Nörr¹⁹⁰, que la formule délivrée soit munie d'une *praescriptio* visant à réserver un nouveau procès si le demandeur comptait reprocher encore un comportement dolosif. Ou du moins, si les parties se présentent devant le juge avec une formule délivrée par le magistrat municipal et qu'on découvre *a posteriori* que les faits reprochés constituent un dol, peut-être le juge aura-t-il le pouvoir de valablement condamner, mais la condamnation, même pour dol, n'entraînera pas alors l'infamie. La seule difficulté viendrait alors du cas où, le demandeur agissant pour dol devant le gouverneur de province, le juge ne verrait dans les faits reprochés que de simples fautes. Mais de deux choses l'une. Soit on peut considérer que l'action n'échouera pas, mais simplement le défendeur évitera l'infamie s'il est condamné. Soit l'action échouera, mais serait-ce une règle si périlleuse? Après tout, le demandeur qui veut faire courir un pareil risque d'infamie à son co-contractant doit lui aussi courir un risque, ne serait-ce que pour n'être pas trop incité à choisir cette voie de droit. Ainsi, un pareil système serait désincitatif et limiterait le risque d'infamie.

La règle, certes périlleuse en matière de procédure, nous paraît provenir de ce que la non-automaticité de l'infamie s'est construite progressivement.

1.1.1.2.2.2. *La non-automaticité de l'infamie construite avec le temps?* (B)

¹⁸⁸ C'est le problème de l'équivalence de la faute lourde ou de la négligence au dol: Dig. 16.3.32 Celsus 11 Dig. les avis semblaient diverger entre Nerva père et Proculus; et si Celse fils veut prendre position, c'est sans doute que le débat n'est pas tranché.

¹⁸⁹ Voir *lex Irnitana* §83. « *de is re[bus etia]m, si uterque, inter quos ambigeretur, / volet* », ainsi que le *fragmentum Atestinum*, FIRA, I, p.176.

¹⁹⁰ *op.cit.*, p.13.

Nonobstant l'absence de trace d'une pareille limitation dans les textes de jurisprudence(1°), cette limitation a pu se construire casuistiquement au moment où se développe une doctrine des standards de responsabilité (2°).

1° Il est vrai que, hormis la *lex Irnitana*, nous ne possédons aucune trace de cette limitation de l'infamie à la responsabilité pour dol.

-Il est notable qu'aucun texte du Digeste ne nous en parle, pas plus que le texte de l'édit cité par Julien et Ulpie. Il en va de même des *Institutes* de Gaius. Toutefois, notons que le texte de l'édit a nécessairement été quelque peu remanié¹⁹¹. Il est sans doute possible d'imaginer que les sanctions d'ordre purement judiciaire de l'édit « *qui nisi pro certis personis* » aient été soumises à des conditions plus larges que celles que présuppose la *lex Irnitana* (dans la mesure où il s'agit de la fermeture d'accès à certaines charges municipales): en effet, la fermeture des droits civiques étant une sanction bien plus grave, il paraît naturel de limiter davantage les cas où le demandeur encourt ce type de peine complémentaire. Toutefois, une pareille limitation existe sans doute indirectement pour les sanctions de l'édit *qui nisi pro certis personis*. Elle nous paraît être donnée indirectement. Les juriconsultes aiment en effet à rappeler que l'héritier est toujours tenu de répondre du dol du défunt. En soi, cette insistance n'a aucune raison d'être, et il n'y a pas de raison d'insister particulièrement sur le dol du défunt. Les actions de bonne foi sont des actions réipersécutoires, et l'on ne voit pas pourquoi ils iraient souligner particulièrement pour les actions de bonne foi une règle générale en matière de responsabilité contractuelle. C'est sans doute pour éviter une confusion qui vient du fait que les actions de bonne foi infamantes côtoient de nombreuses actions pénales dans l'édit *qui nisi pro certis personis* et leur raisonnement implicite serait le suivant: ce n'est pas parce que l'action est infamante spécialement pour dol (et s'assimile donc à une action pénale sous l'angle de l'infamie), que les actions de bonne foi seraient intransmissibles contre l'héritier lorsqu'elles viseraient le dol du défunt.

-La table d'Héraclée ne définit certes pas non plus une pareille limitation de l'infamie à la responsabilité pour dol. Toutefois, la table d'Héraclée montre des imprécisions dans d'autres domaines: elle ne précise pas non plus par exemple que la condamnation doit être « *suo*

¹⁹¹ En effet, au Digeste (Dig.3.2.1. Julien), il est cité « *infamia notantur* », alors que Gaius (*Inst.*, IV.182) nous précise qu'aucun terme de ce genre n'est dans l'édit, mais qu'il s'agit d'une expression jurisprudentielle.

nomine » et fondée sur l'action directe, et non l'action contraire. Or il est peu vraisemblable que cette condition ne soit apparue qu'après la *lex Iulia Municipalis* que reproduit cette table.

-Le fait qu'aucun texte à part la *lex Irnitana* ne nous parle de cette limitation de l'infamie aux condamnations pour dol prouverait plutôt une chose: en principe, la plupart de ces actions directes seront intentées lorsqu'une faute contractuelle sera accompagnée d'un dol. A contrario, il est entendu implicitement qu'en d'autres cas, elles perdent leur caractère infamant: le cas le plus notable est celui des actions contraires, destinées généralement au simple remboursement d'impenses. Qu'aucun texte du Digeste ne nous précise cette limitation prouve simplement que les juristes ont toujours perçu les actions de bonne foi infamantes avant tout comme la réponse processuelle à certains types de comportements dolosifs entourant certaines institutions, et seulement à la marge, comme pour les actions de bonne foi non infamantes, un moyen de réparation des fautes simples.

2° La non-automaticité de l'infamie pourrait provenir du fait que ces actions, à l'origine, sont essentiellement créées pour sanctionner des comportements dolosifs ou ce qui s'y apparente, et c'est le développement d'autres standards de responsabilité qui a rendu une automaticité originelle peu souhaitable. Le développement, assez précoce¹⁹², d'une responsabilité pour simple faute, ou négligence, a donné lieu à des difficultés: pouvait-elle conduire à l'infamie, alors que la plus grande contrariété à la *fides bona* réside dans le *dolus malus*?

Différents arguments pouvaient conduire à des réponses différentes.

-certes, dans la mesure où les actions de bonne foi permettent d'absoudre le défendeur en cas de *satisfactio inter moras litis*¹⁹³, on pouvait se demander si le défendeur au départ simplement fautif ne devenait pas dolosif à refuser une réparation au moins en cours d'instance. S'il attendait de se faire condamner pécuniairement plutôt que de réparer ou de proposer une exécution équivalente *motu proprio*, on pouvait considérer sa mauvaise volonté à satisfaire comme un comportement dolosif.

-à l'inverse, il serait inéquitable qu'un vendeur ayant commis un dol *in contrahendo* ne risque jamais l'infamie au motif que l'*actio empti* n'est pas citée dans l'édit *qui nisi pro certis*

¹⁹² Bien que nous nous prononcions personnellement contre la position soutenue par V.ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, p.38 ss., qui ferait dater la responsabilité pour *culpa* de l'époque post-classique, nous pensons toutefois fort vraisemblable que le rôle originel des actions de bonne foi infamantes ait été de sanctionner par voie de réparation des comportements manifestement dolosifs ou des négligences très lourdes, dans la mesure où les rapports d'affinité sociale conduisaient fort rarement les parties à réclamer des réparations par la voie contentieuse pour de simples fautes: ce n'était pas une limitation juridique du cas d'ouverture, mais une simple réalité sociale qui a longtemps rendu impensable d'agir contre son associé ou son tuteur, ou son ami, pour autre chose que pour un comportement au moins très lourdement négligent. Nous partageons à ce titre l'avis de L.LOMBARDI sur ce point, *Dalla Fides*, p.173-174.

¹⁹³ Voir Gaius *Inst.* IV.115

personis, tandis qu'un associé qui aurait commis de simples fautes de gestion risquerait toujours une sanction infamante.

La question a du se poser très casuistiquement par rapport aux sanctions de l'édit *qui nisi pro certis personis* qui concernent la représentation judiciaire. En effet, une personne condamnée en vertu d'une action *pro socio*, par exemple, pourrait se retrouver *procurator* ou *cognitor* dans un procès. Si le défendeur lui oppose une *exceptio procuratoria* ou *cognitoria*, le juge¹⁹⁴ aura à trancher la question de savoir s'il pouvait représenter une autre personne, et donc à décider indirectement de la nature infamante ou non de sa condamnation antérieure à l'*actio pro socio*. C'est peut-être ainsi que s'est construite cette non-automaticité de l'infamie prétorienne: en tranchant le bien-fondé de l'*exceptio procuratoria* ou *cognitoria*.

Ainsi, le principe resterait que les *actiones depositi, fiduciae, mandati, pro socio, tutelae*, sont infamantes. Mais selon une juste remarque de L.Lombardi¹⁹⁵, l'évolution historique ne correspond pas au lien logique: la jurisprudence n'est pas parti d'une responsabilité pour dol pour en déduire l'infamie, mais l'on est parti du caractère infamant de l'action tel qu'il est donné par l'Edit, pour en chercher le fondement, et c'est là qu'on eut à distinguer selon le fondement de la condamnation. On a considéré le caractère infamant de ces actions pour s'interroger sur l'automaticité de ces sanctions, et pour distinguer. Il fut acquis, par exemple, que le dol du défunt n'entraînait pas l'infamie de son héritier condamné à une action de bonne foi infamante; la jurisprudence alla même plus loin et considéra que l'héritier du défunt, même responsable pour ses propres fautes dolosives, ne pouvait subir les peines infamantes dans le cas de l'*actio pro socio* ou de l'*actio tutelae*, parce qu'il n'était pas à proprement parler associé ni tuteur. Cela n'était pourtant pas écrit dans le texte même de l'édit, tout comme ce n'est nulle part écrit dans la table d'Héraclée. On conçut de même qu'en cas de représentation au procès, non seulement le *procurator* ou le *cognitor* ne pouvaient subir l'infamie, mais même le représenté. Pourtant, cela était sans doute dû à l'interprétation jurisprudentielle du texte originel de l'édit. C'est en partant du caractère infamant de ces actions qu'on chercha à distinguer: si le fondement de cette infamie qui accompagnait la condamnation était la répression contre les comportements les plus manifestement contraires à la *fides*, alors *a contrario* il ne devait pas subir ces sanctions infamantes s'il était condamné pour une autre cause. La table d'Héraclée témoigne d'un état du droit où il allait de soi que les actions infamantes étaient de fait intentées dans la majorité des cas pour dol. La *lex Irnitana* prenait

¹⁹⁴ Ou bien le préteur durant le débat *in iure*, pour savoir si oui ou non il dénie l'action. Voir A. METRO, *La denegatio actionis*, Milan 1972, p.76

¹⁹⁵ Dalla *fides*, p.173-174.

acte d'un état du droit qui auparavant ne reposait que sur la jurisprudence et la pratique, d'où le relatif silence de la table d'Héraclée.

Il paraît vraisemblable, en tous les cas, que les actions de bonne foi n'entraînent pas aussi automatiquement l'infamie qu'une condamnation par l'*actio furti* ou par l'*actio iniuriarum*, mais que cette non-automaticité s'est accentuée avec le temps. Ce groupe d'actions a acquis sur ce point encore son originalité face aux actions pénales et montrait parfaitement sa nature réipersécutoire, tout comme il était original face au reste des actions de bonne foi.

Là encore, la jurisprudence avait donné une marque et un cachet particuliers à ces actions, avec le temps. En éloignant leur régime de celui des actions délictuelles infamantes, elle ne faisait que les rapprocher des actions de bonne foi non-infamantes, et par là même confortait l'unité de ce groupe, unité que percevait déjà Quintus Mucius.

1.1.2. Les considérations unitaires de Quintus Mucius (Cic., *Off.III.70*) (Section 2)

Dès l'époque de Mucius, significativement celui qui, le premier, proposa de « *ius ciuile generatim constituere* »¹⁹⁶, une considération d'ensemble sur certaines des formules qui deviendront les « *iudicia bonae fidei* » semble s'amorcer. C'est aussi l'époque où Cicéron, qui, quoique non spécialiste, fut son élève, appelle de ses vœux à un projet de systématisation de la science du droit, « *de iure ciuili in artem redigendo* »¹⁹⁷.

Une unité se fait jour, unité toute relative. La pensée mucienne témoigne de la recherche d'un dénominateur commun pour cette nébuleuse, même si cette unité est restée fort précaire à époque républicaine. On leur recherche donc autant une nature commune que des effets et un régime commun.

Dans le *De Officiis*¹⁹⁸, lorsqu'il s'interroge sur les modèles et les standards sur lesquels prendre appui pour savoir ce que c'est que bien agir, Cicéron fait donc parler Mucius, qui offre, historiquement, la première réflexion générale sur une nébuleuse de formules vouée à devenir la catégorie des *iudicia bonae fidei*¹⁹⁹. Cette réflexion recherche une nature commune à tous ces *iudicia* derrière le terme de *fides bona* et l'idée de *societas uitae* (Sous-section 1) et des effets communs par considération de leur « *summa uis* » (Sous-section 2).

¹⁹⁶ Dig. 1.2.2.41 Pomponius I.S. Enchir. Voir F.WIEACKER, *RRG I*, p.598.

¹⁹⁷ Voir, à propos de *De Or. I*, §190, E.COSTA, *op.cit.*, p.25, F.WIEACKER, *RRG I*, p.628 ss.

¹⁹⁸ III, 70 *Nam quanti verba illa: UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM! quam illa aurea: UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE! Sed, qui sint "boni" et quid sit "bene agi," magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.*

¹⁹⁹ Voir sur ce texte une interprétation radicalement différente, celle qu'en fait R.CARDILLI, « La buona fede come principio di diritto dei contratti. Diritto romano e america latina », in *Il ruolo della buona fede oggettiva (...). Studi in onore di Alberto Burdese*, dir. L.Garofalo, vol.I, CEDAM, 2004, p.313 ss. L'A. considère en effet que Mucius commencerait là un mouvement de civilisation des *iudicia bonae fidei*, en ce que la *fides bona* deviendrait, non plus un élément externe validant l'existence juridique de ces rapports, mais viendrait informer le contenu typique de l'obligation : Mucius serait ainsi le premier à réfléchir en termes d'*officium iudicis*. Son analyse synchronique nous paraît d'un grand mérite, mais nous ne partageons pas son avis sur l'évolution antérieure qu'il lui assigne.

Sous-section 1: A la recherche d'une nature commune: *fidei bonae nomen et societas uitae*

Sous-section 2: La recherche d'effets communs: la *summa uis*

1.1.2.1. *La recherche d'une nature commune: fidei bonae nomen et societas uitae*

Mucius est sans doute l'exemple du juriste formé à la dialectique. L'originalité de son œuvre doit peut-être quelque chose à la logique stoïcienne. Quoi qu'il en soit, il sait diviser et réunir des objets juridiques²⁰⁰.

Outre l'unité formelle des *iudicia in quibus additur ex fide bona* derrière le *fidei bonae nomen*(I), Mucius leur trouve un fondement socio-juridique commun dans l'idée de *societas uitae* (II).

1.1.2.1.1. *L'unité formelle autour du fidei bonae nomen (I)*

L'unité formelle de ce groupe se manifeste à différents titres: Quintus Mucius semble le premier dans nos sources opérer consciemment un regroupement formaliste de nos *iudicia* selon la *conceptio formularum* et le *fidei bonae nomen* (A), même si l'édit du préteur ne cherche pas à regrouper systématiquement cet ensemble de formules (B).

1.1.2.1.1.1. *Un regroupement formel selon la conceptio formularum (A)*

L'expression employée par Mucius est celle de « *arbitria in quibus additur ex fide bona* »: , c'est une qualification purement formaliste selon la *conceptio formularum* (1°), qui permet d'envisager comme point commun le *fidei bonae nomen* (2°).

1° Cette expression, *arbitria in quibus additur ex fide bona*, n'est pas isolée dans l'œuvre de Cicéron. On la trouve sous la forme « *iudicia in quibus additur ex fide bona* » quelques paragraphes plus haut dans le *De Officiis*²⁰¹, et sous la forme « *iudicia in quibus additum est*

²⁰⁰ Toutefois, voir les réserves de F.WIEACKER, RRG I, p.645, concernant les influences philosophiques sur le fond même du droit et des solutions proposées par Mucius (l'Auteur doute ainsi de l'influence qu'a pu avoir par exemple la pensée aristotélicienne dans la distinction *dolus/culpa/casus*).

²⁰¹ III.61

ex fide bona » dans les Topiques, §66. Quel que soit le terme employé, *iudicia* ou *arbitria*, elle ne vise la formule que comme un instrument, comme un moyen d'expression d'un *agere*. Elle représente un classement descriptif des formules: celles munies d'une clause *ex fide bona*, par opposition aux autres; ou plus précisément, celles munies d'une *intentio incerta*, d'où leur appellation d'*arbitria*, par opposition à des *iudicia*. Ce classement qui peut paraître somme toute superficiel est à la base de toute classification jurisprudentielle dans la procédure formulaire. C'est l'observation exacte des termes de la formule qui permet de classer, de distinguer, de qualifier et de regrouper les actions. Les premiers classements pertinents sont toujours faits en fonction des termes de la formule: une action arbitraire est d'abord et avant tout une action munie de la clause « *nec arbitrio tuo restituatur* »; une action personnelle, celle qui vise le défendeur dans l'*intentio*. Et la notion, plus étoffée, de *iudicium bonae fidei*, provient de l'observation initiale, somme toute évidente, qu'il y a une clause *ex fide bona* dans un ensemble de formules.

Cela a une conséquence. La qualification de *iudicium/arbitrium in quo additur « ex fide bona »* exclut naturellement une action comme l'*arbitrium rei uxoriae*, qui sera pourtant classée comme un *iudicium bonae fidei*. Elle exclut aussi des actions qui ne feraient que mentionner la « *bona fides* » mais qui ne sont pas des *arbitria* portant sur un *incertum*: si l'action publicienne, par exemple, a effectivement connu une mention de la *bona fides*²⁰², celle-ci ne pourrait aucunement être visée. De même, une formule à *intentio certa* munie de l'exception mucienne « *extra quam si ita negotium gestum est ut eo stari non oporteat ex fide bona* »²⁰³ ne rentre pas dans la catégorie visée ainsi par Mucius.

A l'inverse, il est possible que des actions qui ne seront pas classées comme des *iudicia bonae fidei* soient visées par l'expression, simplement parce qu'on y trouve la clause « *ex fide bona* ». On songe à l'action mentionnée au chapitre 20 de la *lex Rubria*²⁰⁴, qui est une action fictive *ex stipulatu* pour imposer la *cautio damni infecti*. Nulle part elle n'est répertoriée pourtant comme un *iudicium bonae fidei*.

2° Pourtant, c'est cet élément adjoint à l'*intentio, ex fide bona*, qui permet un regroupement plus notionnel. Il est à ce titre intéressant de remarquer deux choses:

-Mucius reprend l'ordre tel qu'il apparaît dans la formule, *fides bona*, et non le plus courant *bona fides* qu'on rencontre beaucoup plus fréquemment au Digeste. A ce titre, il se centre

²⁰² Voir EP³, §60, et D.MANTOVANI, *Formule*, p.46, sur la question de savoir si la formule possédait la mention de la bonne foi.
²⁰³ Cic. *Ad Att.*, 6.1.15.
²⁰⁴ *Roman Statutes* 1, n°28, p.461.

rigoureusement sur l'expression même employée dans la formule, tout comme le fait Cicéron lorsqu'il parle de cette notion: « *ad fidem bonam pertinere* »²⁰⁵; « *illi fidem bonam...tradiderunt* »²⁰⁶, sans inverser l'ordre en « *bona fides* » comme le feront le plus fréquemment les juristes classiques. A ce titre, « *nomen* » signifie bien ici l'expression, le terme, plutôt que le « concept » de *fides bona*.

-Pourtant, il est vraisemblable qu'il présuppose une analyse notionnelle²⁰⁷ qui dépasse simplement la présence de la clause *ex fide bona*. « *fidei bonae nomen...uersari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis* ». En effet, il mentionne la fiducie, dont la formule est présentée par Cicéron lui-même comme un cas à part²⁰⁸. De deux choses l'une. Soit Mucius ne considère pas le terme de *fides bona* uniquement selon la présence stricte de la clause *ex fide bona*. Si, comme il est probable, la formule de la fiducie contenait au début de son *intentio* le terme « *fidi fiduciae causa* », et par ailleurs la séquence « *ut inter bonos bene agier oportet* », la présence des deux termes, *fides* et *bonus*, permettait à Mucius de considérer la formule de la fiducie comme une formule où se rencontre le *fidei bonae nomen*. Soit, et ce n'est pas à exclure, il existait une formule avec mention de la *fides bona*, qui constituait une variante ou une alternative marquée: c'est pourquoi Julien, plus tard, dira en commentant sans doute les termes de la formule, « *non potest uideri negotium bona fide gestum* »²⁰⁹. Il est tout à fait possible qu'une formule modifiée ait été délivrée mentionnant la *fides bona*²¹⁰.

Quoi qu'il en soit, le *fidei bonae nomen* reste un point de départ lexical pour le regroupement des formules, et ce n'est pas le concept de bonne foi considéré d'un point de vue abstrait qui conduit Mucius à un regroupement. Et son regroupement selon l'homogénéité dans la *conceptio formularum* dépasse le regroupement précaire qui s'observe encore à époque classique dans l'Edit du préteur.

1.1.2.1.1.2. Un regroupement incomplet dans l'Edit du Préteur (B)

²⁰⁵ *De Off.*, III,65

²⁰⁶ *Top.* §66

²⁰⁷ Voir en ce sens R.CARDILLI, *Buona fede come principio*, op.cit, p.324. Toutefois, nous n'irions pas jusqu'à dire avec l'A. que Mucius vise un « concept de bonne foi » : il a en vue les termes d'une formule.

²⁰⁸ *Top.* §66. *De Off.* III.61 notamment. Voir la célèbre reconstruction de Lenel, *EP*³ §107 dont nous reparlerons.

²⁰⁹ *Dig.* 18.2.10 Iulianus 13 *Dig.* Au vu de sa place dans l'oeuvre, *Paling.*, I p.354, c'est nécessairement un extrait du commentaire à l'action de fiducie.

²¹⁰ Et c'est là la première opinion de Lenel, voir *EP*¹ §107, ainsi que celle d'A.WATSON, *The Law of Obligations in Later Roman Republic*, Oxford, 1965, p.174 ss.

Sans doute la reconstruction lenelienne vise l'édit tel qu'il fut fixé par Julien, mais sa relative stabilité dès l'époque républicaine n'est plus à démontrer²¹¹.

Ce qui manifeste le mieux l'absence d'unité officielle est que le titre XIX de l'édit, baptisé par Lenel « *de bonae fidei contractibus* »²¹², est incomplet. On ne peut savoir si le titre XIX de l'Edit a subi des remaniements entre l'époque républicaine et l'époque classique. On ne peut même savoir s'il possédait l'unité que lui donne l'*Edictum Perpetuum*. Il est fort regrettable, mais ce n'est pas anodin, que nous ne possédions pas de commentaire général sur le nom du titre XIX, comme nous le possédons à propos du titre XVII « *de rebus creditis* », qu'Ulprien essaie d'embrasser préliminairement dans sa teneur globale et essentielle²¹³.

Le titre XIX n'a jamais servi, en tous les cas, à recevoir tous les *iudicia bonae fidei*. Il en rassemble certes la majorité, ce qui tend à prouver une certaine tendance à l'unité quand on le compare au désordre du titre XV *De his quae cuiusque in bonis sunt*²¹⁴. Sans doute même, il manifeste une grande homogénéité par rapport à d'autres titres de l'Edit. Dans l'ordre, apparaissent l'action de dépôt (la formule *in factum*, suivie de la formule *in ius* à époque classique), l'action de fiducie (sans clause *ex fide bona?*; à tous le moins la formule « *ut inter bonos...* » se trouve rangée à cet endroit), l'action de mandat, l'action de société, , et enfin les actions *empti, uenditi, locati, conducti*.

Mais son incomplétude est manifeste.

L'action de tutelle est rangée dans le titre « *de tutelis* », alors même qu'elle est toujours évoquée dans les listes cicéronniennes de *iudicia* à clause *ex fide bona* (sauf en Topiques §66). Enfin, lorsqu'apparaissent de nouvelles actions avec clause *ex fide bona* à la fin de l'époque républicaine, elle sont attirées vers d'autres titres, malgré la parfaite ressemblance au niveau de la formule. Ainsi, l'*actio negotiorum gestorum* est quant à elle rangée au §35 du titre VIII, là où figure la formule *in factum* créée par souci de remédier au dangers de l'*indefensio*²¹⁵. De même, l'action de commodat est rangée à côté de la formule *in factum* au titre *de rebus creditis*, lieu par excellence des actions dites « de droit strict ».

Par ailleurs, le titre XIX n'a pas nécessairement l'unité établie qu'on pourrait lui prêter. Avant que n'apparaisse la formule *in ius* de l'action de dépôt, sa formule *in factum* fut très

²¹¹ cf. MANTOVANI, « L'Editto come Codice e da altri punti di vista », *op.cit.* p.129-130, mais surtout p.160, où l'A. développe un argument extrêmement important : la référence fréquente dans les lois municipales ou extra-urbaines aux édits des préteurs de Rome nécessitait une grande stabilité de ces derniers (cf. le cas du chapitre 20 de la *lex de Gallia Cisalpina*); voir encore « Gli esordi della genere letterario *ad edictum* », *op.cit.*, p.

²¹² EP³, p.

²¹³ cf. Dig. 12.1.1pr. Ulpianus 26 ad ed. *E re est, priusquam ad verborum interpretationem perveniamus, pauca de significatione ipsius tituli referre.*

²¹⁴ EP³, p.

vraisemblablement rangée à la place qui était la sienne: la première du titre XIX. Sans doute l'expliquera-t-on par la ressemblance avec la *fiducia cum amico*, mais la *fiducia cum creditore* n'avait pas attiré à elle l'*actio pignoratitia*. Aussi le titre XIX commençait-il par une formule qui n'était pas *ex fide bona*, et celle qui la suivait était la formule de la fiducie « *ut inter bonos bene agier oportet* » .

Assurément, l'opposition entre actions présentes dans le titre XIX et actions qui en sont exclues n'a jamais été, aux yeux des juriconsultes, une ligne de démarcation pertinente et structurante.

Quant au titre même de cette rubrique, il nous paraît assez hardi de suivre Lenel et de considérer comme dans sa première édition qu'il s'appelait « *De bonae fidei contractibus* ». La notion de *contractus bonae fidei* est vraisemblablement plus récente. En tous les cas il est peu vraisemblable que le titre XIX ait porté un pareil nom avant la fixation de l'Edit par Julien. Cela présupposerait d'ailleurs que le titre prétend regrouper les actions qui naissent de conventions. Pourtant, la *tutela* est encore souvent appelée *contractus*; le commodat reste exclu de ce groupe d'actions, et enfin, l'*actio negotiorum gestorum* était d'abord applicable au *procurator omnium bonorum*²¹⁶, et non à la gestion spontanée.

Ce n'est donc pas l'architecture générale de l'édit qui donne véritablement une unité spécifique et une véritable catégorisation, et ce n'est pas son observation qui lui donne une unité aux yeux de Mucius, unité plus affinée lorsqu'il cherche à regrouper un ensemble d'institutions juridiques derrière l'idée de *societas uitae*.

1.1.2.1.2. L'unité notionnelle: la *societas uitae* comme affinité sociale (II)

L'énumération de Mucius en *De Off.* III.70 se clôt par une relative qui paraît avoir valeur générale et regrouper selon un point commun l'ensemble des institutions concernées par le

²¹⁵ Voir les conclusions de G.FINAZZI, La *negotiorum gestio*, I, p.89, sur la formule *in factum*, et son analyse, p.82, du célèbre cas des prisonniers des Lusitaniens (Dig. 3.5.20).

*fidei bonae nomen: « quibus contineretur societas uitae »*²¹⁷: « dans lesquelles est contenue une *societas uitae* ». Cette expression nous paraît avoir une paternité mucienne, et n'être pas simplement une glose de Cicéron. L'emploi du subjonctif pourrait certes se justifier par une fonction circonstancielle de but. Toutefois, il nous semble que c'est simplement le style indirect qui impose ici le subjonctif: Mucius considère que ces institutions sont celles où est contenue une *societas uitae*, et la relative a seulement sans doute valeur explicative .

Cette notion paraît avoir particulièrement influencé Cicéron dans certains de ses propos sur les actions de bonne foi qu'on rencontre dans ses plaidoyers. Ainsi, dans le *Pro Caecina*, il évoque la rupture de la *societas uitae* induite par la négligence du mandataire²¹⁸. Dans le *pro Roscio Comoedo*, il évoque la fraude du fiduciaire en la décrivant comme « *fidem fallere quae continet uitam* », expression fort similaire²¹⁹.

Quoique ce vocable soit à mettre en rapport avec la réflexion cicéronienne sur le lien social en général, inspirée du stoïcisme (A), c'est, nous semble-t-il, à l'idée concrète et immédiate d'intimité de vie que Mucius fait avant tout allusion (B).

1.1.2.1.2.1. L'idée stoïcienne de *societas uitae* dans la pensée de Cicéron (A)

L'idée de *societas uitae* a une place importante dans la pensée socio-politique de Cicéron²²⁰. Aussi serait-on tenté de voir dans cette expression une idée très large de la « communauté ». La communauté des hommes reposerait sur ces institutions. Dans le paragraphe précédent²²¹, Cicéron évoquait trois sens que peut avoir la *societas* à ses yeux, la communauté universelle

²¹⁶ Voir G.FINAZZI, *op.cit.*, I, p.177 ss.

²¹⁷ *De off.*, III, 70.

²¹⁸ *Caec.*, §112.

²¹⁹ *Rosc. Com.*, §17.

²²⁰ Voir E.COSTA, *op.cit.*, p.83 ss, où cette idée est rappelée dans sa continuité avec la pensée aristotélicienne. F.WIEACKER, *RRG I*, p.643, n.20, pour les différents interprètes qui mettent l'accent sur l'inspiration stoïcienne liée à la *consociatio humana*.

²²¹ III,69 *Hoc quamquam video propter depravationem consuetudinis neque more turpe haberi neque aut lege sanciri aut iure civili, tamen naturae lege sanctum est. Societas est enim (quod etsi saepe dictum est, dicendum est tamen saepius), latissime quidem quae pateat, omnium inter omnes, interior eorum, qui eiusdem gentis sint, propior eorum, qui eiusdem civitatis.(...)*

des hommes²²², la communauté qui vient d'une unité culturelle dépassant la citoyenneté, et enfin la communauté politique que représente la cité²²³.

Le livre I Du *De Officiis* évoque à plusieurs reprises cette réflexion sur la *societas hominum*, teintée à la fois de stoïcisme et de pensée politique post-aristotélicienne. Il y rappelle ce qui distingue la *societas naturalis* des hommes de la *societas naturalis* des abeilles²²⁴. L'Arpinate y développe déjà cette division des emplois du mot « *societas* », : il y a des *gradus* dans la *societas hominum*²²⁵: *societas humani generis, societas eiusdem gentis, societas eiusdem ciuitatis, societas propinquorum*.

La *societas humani generis* est rappelée en des termes proches de ceux du §69 du livre III (*latissime quidem patens*) : I,51 *Ac latissime quidem patens hominibus inter ipsos, omnibus inter omnes societas haec est*. La *societas eiusdem gentis* représente une unité d'ordre ethnique ou culturel. Cicéron insiste sur ce qui fédère une pareille *societas*: la même *gens*, mais aussi la même *lingua*; une bonne illustration en serait la Grèce. Il s'agirait d'une unité civilisationnelle. Quant à la *societas eiusdem ciuitatis*, elle est plus « *interior* », terme repris en III,69. Le lien d'affinité est plus fort en ce que ce qui est commun aux « associés » est plus étoffé, et Cicéron esquisse en trois points ce qui fait cette communauté: ils ont certes des temples, des voies, des forums en commun, ce qui représente une communauté matérielle, mais dont Cicéron sous-entend la signification symbolique; ils ont encore des lois, des *iudicia*, des élections en commun, ce qui représente une communauté de droit; enfin, ils ont des moeurs, des affinités, et des liens négotiaux beaucoup plus développés (*multis cum multis res rationesque contractae*).

Il existe enfin un lien plus fort encore, une *colligatio artior* entre les proches. Cicéron en développe à son tour différents degrés aux §§54-56. Il énumère d'abord cette *coniunctio* naturelle qui s'élabore à partir de rapports familiaux, le lien conjugal, les rapports parents-enfants, la fraternité, les cousinages, puis les alliances: ces communautés auront des

²²² La *coniunctio hominum* est elle-même définie comme une *societas naturalis* par Cicéron au *De Legibus*. cf. encore ce qu'il rapporte dans les *Academica*: *hominem enim esse censebant quasi partem quandam civitatis et universi generis humani, eumque esse coniunctum cum hominibus humana quadam societate*.

²²³ La *ciuitas* est définie par lui même comme une *societas iuris* dans le *De Republica*.

²²⁴ I,[50] *Optime autem societas hominum coniunctioque servabitur, si, ut quisque erit coniunctissimus, ita in eum benignitatis plurimum conferetur. Sed quae naturae principia sint communitatis et societatis humanae, repetendum videtur altius. Est enim primum quod cernitur in universi generis humani societate. Eius autem vinculum est ratio et oratio, quae docendo, discendo, communicando, disceptando, iudicando conciliat inter se homines coniungitque naturali quadam societate, neque ulla re longius absumus a natura ferarum, in quibus inesse fortitudinem saepe dicimus, ut in equis, in leonibus, iustitiam, aequitatem, bonitatem non dicimus; sunt enim rationis et orationis expertes.*

²²⁵ [I, 53] *Gradus autem plures sunt societatis hominum. Ut enim ab illa infinita discedatur, prior est eiusdem gentis, nationis, linguae, qua maxime homines coniunguntur. Interius etiam est eiusdem esse civitatis; multa enim sunt civibus inter se communia, forum, fana, porticus, viae, leges, iura, iudicia, suffragia, consuetudines praeterea et familiaritates multisque cum multis res rationesque contractae. Artior vero colligatio est societatis propinquorum; ab illa enim immensa societate humani generis in exiguum angustumque concluditur.*

monuments d'ancêtres communs, des tombeaux communs. Ensuite, au §55, il présente la forme la plus élevée de *societas propinquorum*, la *societas bonorum uirorum*, l'amitié entre honnêtes gens²²⁶.

La portée de cette notion de *societas* est très forte chez Cicéron lorsqu'il tient des propos polémiques sur l'épicurisme: l'épicurisme conduit à éliminer la *societas* qui unit les hommes, et en dernière instance, toute forme de *societas*, parce que toute *societas* particulière repose en dernière instance sur la *societas hominum inter homines*, chère aux stoïciens. D'ailleurs, Cicéron sait développer cette gradation dans la *societas* en sens inverse, comme dans le *De finibus*²²⁷. Car la *societas generis humani* est présupposée et explique les formes plus limitées de *societas*, tout comme celles-ci représentent un cheminement progressif vers l'idée de *societas humani generis*. Il peut montrer ainsi leur rapport dynamique, aussi bien selon une causalité efficiente que selon une causalité finale.

Ce n'est pourtant pas, nous semble-t-il, à une idée abstraite de *societas humani generis* que fait référence Mucius lorsqu'il parle de *societas uitae*, mais à une idée très concrète et très immédiate d'intimité de vie.

1.1.2.1.2.2. La '*societas uitae*' comme intimité de vie (B)

La *societas uitae* désigne sans doute pour Mucius un rapport d'affinité sociale (1°) qu'il perçoit dans toutes les institutions protégées par une formule *ex fide bona* (2°).

1° On ne peut comprendre la signification de la relative énoncée par Mucius en termes abstraits, et voir dans les institutions énoncées et protégées par nos *iudicia*, des facteurs de maintien de l'unité sociale abstraitement considérée. La « *societas uitae* » ne désigne pas, pensons-nous, un concept vague de « vie sociale, vie en société ». Sans doute Cicéron l'emploie-t-il parfois pour signifier la vie en société, mais la relative a toutes les chances d'être celle de Mucius, et désigne banalement une intimité de vie.

²²⁶ §55 *Magnum est enim eadem habere monumenta maiorum, eisdem uti sacris, sepulchra habere communia. Sed omnium societatum nulla praestantior est, nulla firmior, quam cum viri boni moribus similes sunt familiaritate coniuncti; illud enim honestum, quod saepe dicimus, etiam si in alio cernimus, [tamen] nos movet atque illi in quo id inesse videtur amicos facit.*

²²⁷ §65 *In omni autem honesto, de quo loquimur, nihil est tam illustre nec quod latius pateat quam coniunctio inter homines hominum et quasi quaedam societas et communicatio utilitatum et ipsa caritas generis humani. Quae nata a primo satu, quod a*

-« *quibus contineretur* » ne doit pas être compris comme « par lesquels est maintenue », ou « pour que soit par elles maintenue » la *societas uitae*. On pourrait, abstraitement, dire que la *fides* est, en tant que valeur, un facteur de maintien de la vie sociale, en ce sens qu'elle protège les institutions mentionnées, mais l'antécédent de *quibus* n'est pas précisément pas la *fides*, mais les institutions protégées par un *iudicium* « *ex fide bona* ». Aussi, n'y a-t-il pas de raison de lui donner un autre sens que, « dans lesquelles est contenue une *societas uitae* », conformément à la construction du verbe *contineri*.

-on ne voit pas pourquoi cette notion serait pertinente pour différencier spécifiquement les actions de bonne foi. Lorsque Quintus Mucius procède à une énumération pour conclure par cette relative, il semble vouloir leur trouver un dénominateur spécifique. Il ne vise certainement pas la *societas humani generis*, qui n'a que faire de quelques institutions particulières, dont notamment, qui plus est, la fiducie, qui est une forme négotiale proprement romaine. Il ne vise pas la *societas eiusdem ciuitatis*. Car toute institution juridique sert en soi à maintenir la vie sociale. Le respect et la sanction des stipulations représentent tout autant un facteur de maintien de la vie en société, tout encore comme la division des champs, le partage successoral. Pourtant, cette idée de *societas uitae* n'est pas évoquée à propos de n'importe quelle institution, mais vise spécifiquement les actions de bonne foi: on la retrouve spécifiquement chez Cicéron à propos de l'action de mandat, et, moins nettement à propos de l'action de fiducie, sans doute de la *fiducia cum amico*.

-« *societas uitae* » n'est pas le synonyme exact de *societas hominum*; ce terme peut prendre un sens beaucoup plus concret, beaucoup plus commun. *Societas*, comme *socius*, ont souvent des compléments de nom au génitif qui définissent le champ de la *societas*: *societas laboris*, *societas officii*, *societas consiliorum*, *societas facinoris*. Ce terme désigne une association, une communauté. Or, *societas uitae*, s'il peut prendre le sens de vie sociale, de vie en société, a souvent un sens plus banal qui désigne une intimité, une communauté de vie concrète, susceptible de degrés: un lien d'affinité plus ou moins grand. Ainsi, c'est dans ce sens que l'emploient par exemples les jurisconsultes classiques pour désigner la communauté de vie entre époux²²⁸. C'est encore ce lien que Cicéron vise lorsqu'il fait dépendre de différents

procreatoribus nati diliguntur et tota domus coniugio et stirpe coniungitur, serpit sensim foras, cognationibus primum, tum affinitatibus, deinde amicitiiis, post vicinitatibus, tum civibus et iis, qui publice socii atque amici sunt, deinde totius complexu gentis humanae.

²²⁸ Dig. 25.2.1 Paulus 7 *ad sab. Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam quae uxor fuit, quia non placuit cum ea furti agere posse: quibusdam existimantibus ne quidem furtum eam facere, ut nerva cassio, quia societas uitae quodammodo dominam eam faceret: aliis, ut sabino et proculo, furto quidem eam facere, sicut filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto iure, in qua sententia et iulianus rectissime est:*

facteurs les bénéfiques qu'on doit à autrui, au livre I²²⁹ du *De Officiis*: on doit de plus grands bénéfiques selon la dignité de la personne, selon sa moralité, ses dispositions envers nous, et selon la « *communitas ac societas uitae* »: la *societas uitae* désigne bien l'affinité entre individus, susceptible de degrés. Ce sens fort concret est encore attesté plusieurs fois chez Cicéron. Lorsqu'il parle de la *ratio* qui concilie l'homme avec l'homme, il soutient qu'elle génère une *societas orationis et uitae*, un lien dans le dialogue et dans la vie concrète, lequel se manifeste d'abord par l'amour pour ses enfants²³⁰. Lorsqu'il dit de quelqu'un qui dévoilerait au grand public les secrets de son ami contenus dans une correspondance, il prétend que c'est « *tollere ex uita uitae societatem* »²³¹: c'est ôter de la vie toute possibilité d'intimité de vie, de lien d'affinité où l'on « partage sa vie ». Il vise bien l'intimité, la communauté de vie, l'affinité sociale forte qui peut relier deux individus.

2° Ce que veut donc désigner Mucius, c'est la particulière intimité de vie que présupposent de pareilles institutions, et selon lui, elle se rencontre même dans la vente et dans la location, pourtant si souvent mises à l'écart dans les listes cicéroniennes. La tutelle, la fiducie, et notamment la *fiducia cum amico*, le mandat, la société, qui ont pour point commun d'être sanctionnées par des actions infamantes, présupposent nécessairement, à différents titres, une certaine communauté de vie. Mais il le voit même dans l'*emptio uenditio* et dans la *locatio conductio*, ce qui paraît moins évident au premier abord. On peut fort bien vendre ou louer à des inconnus ou à des étrangers. Mais ces actions protègent les liens contractuels non-formalistes, qui présupposent alors des relations de confiance, et donc très souvent une certaine communauté de vie: sans cette *societas uitae*, un romain en passerait beaucoup plus fréquemment aux stipulations et aux liens juridiques formalistes. D'ailleurs, la relative est peut-être là pour compléter spécifiquement ces deux institutions, vente et location, pour préciser que seules sont concernées par le *fidei bonae nomen* les ventes et les locations consensuelles, qui impliquent à tout le moins une certaine affinité et un certain rapport de confiance qui permet de se passer des instruments juridiques formalistes et solennels.

Ainsi, Mucius voyait dans ces actions celles qui protègent des rapports s'inscrivant nécessairement, à différents degrés, dans une communauté de vie particulière. Sans doute ne

²²⁹ *Off.*, I. §45 *Tertium est propositum, ut in beneficentia dilectus esset dignitatis; in quo et mores eius erunt spectandi, in quem beneficium conferetur, et animus erga nos et communitas ac societas vitae et ad nostras utilitates officia ante collata;*

²³⁰ *Off.* I.12 *Eademque natura vi rationis hominem conciliat homini et ad orationis et ad vitae societatem ingeneratque in primis praecipuum quendam amorem in eos,*

²³¹ *Philipp.* *Quis enim unquam, qui paulum modo bonorum consuetudinem nosset, litteras ad se ab amico missas offensione aliqua interposita in medium protulit palamque recitavit? Quid est aliud tollere ex uita uitae societatem, tollere amicorum conloquia absentium?*

pouvons-nous savoir si, derrière cette réflexion, se cache une influence de la réflexion stoïcienne sur la *societas hominum*. A notre avis, Quintus mucius voyait un trait spécifique dans ces actions: elles présupposent toutes une intimité, des relations concrètes et un tant soit peu suivies. S'il fallait donc relier cette *societas uitae* aux différents degrés de *societas* posés dans la réflexion cicéronnienne, elle viserait davantage la « *artior colligatio* », la *societas propinquorum*.

Mucius trouvait donc pour cet ensemble de formules un dénominateur commun d'ordre socio-juridique, l'affinité caractérisée entre les parties, et mettait en relief cette *societas uitae* qu'impliquent certaines institutions. Il leur trouvait ainsi une nature commune dans l'affinité sociale particulière qu'elles présupposent.

Mais il trouvait encore des conséquences communes dans leur régime.

1.1.2.2. *La recherche d'effets communs: la summa uis (Sous-section 2)*

Considérer l'unité d'un groupe d'après sa nature n'est pas suffisant, et Mucius voit des effets communs attachés à ce groupe.

Il trouve à toutes les formules *in quibus additur ex fide bona* des conséquences communes, en partant de l'idée qu'elles ont une « *summa uis* »²³². Le trait commun qu'il leur trouve est qu'elles appelleront nécessairement un *magnus iudex* (I), bien que ni lui ni ses élèves ne leur assignent pas un régime commun et défini (II).

1.1.2.2.1. *La summa uis et la nécessité d'un magnus iudex (I)*

Mucius considère que, dans les formules avec clause *ex fide bona*, il y avait une « *summa uis* ». Cette expression énigmatique peut avoir deux significations, qui d'ailleurs ne s'excluent pas²³³, l'une se référant à la puissance et à l'efficace juridique de la formule²³⁴ (A), l'autre à sa

²³² *Off.*, III.70.

²³³ Nous rejetons l'interprétation proposée par A.MAGDELAIN, *De la royauté*, p.270, consistant à voir dans la *summa uis* la puissance juridique de la *fides* qui générerait des obligations civiles et qui serait selon lui rapprocher de l'expression, employée par Gaius à propos des actions personnelles répersécutoires (*Inst.*, IV.33), *sua ui ac potestate ualere*.

²³⁴ C'est ainsi que l'interprète R.CARDILLI, *Buona fede come principio*, p.316.

signification sociale et au danger qu'elle représente pour les liens d'affinité sociale et la réputation des parties (B).

1.1.2.2.1.1. La 'summa uis' comme puissance et efficace juridique de la formule (A)

Il est fréquent de parler de « *uis* » lorsqu'on parle d'institutions juridiques, et notamment de formules. La *uis* des *iudicia* comme potentiel signifiant d'une formule²³⁵, peut être considérée comme « *summa* » lorsqu'y est ajoutée la clause *ex fide bona* et nécessite l'appel à un *magnus iudex* (2°).

1° On parle de *uis*, ou de *uis ac potestas*, ou de *potestas* pour évoquer le potentiel sémantique, la *dunamis* grecque au sens de signification²³⁵. C'est de ce sens que dépend une certaine efficace juridique. Cet emploi de *uis* est attesté pour les formules, même si une telle expression apparaît peu souvent dans le Digeste, les compilateurs ayant décidé d'éviter au possible des allusions trop précises à la procédure formulaire.

Ainsi Gaius peut-il dire de certaines actions que « *sua ui ac potestate ualent* »²³⁶, visant notamment les actions personnelles réipersécutoires, et illustrant son propos par l'*actio fiduciae, negotiorum gestorum et commodati*. Elle valent par leur propre signification, sans référence à un autre élément normatif. De même, l'exception mucienne (*si ita negotium gestum est ut eo stari non oporteat ex fide bona*) dont Cicéron parle à Atticus²³⁷, est « *isodunamoussa* », ce qui veut dire qu'elle a la même *uis ac potestas*. Ulpien dira, à propos de l'*actio empti* « *si nihil conuenit, tunc ea praestabuntur quae huius iudicii potestate naturaliter insunt* »²³⁸. C'est dire que la discipline de la vente consensuelle procède à titre supplétif de la teneur de la formule²³⁹.

A ce titre, la formule est objet d'interprétation et fait nécessairement appel à un commentaire. La *uis ac potestas* appelle nécessairement une *interpretatio*, parce qu'elle n'est qu'un potentiel sémantique destiné à être actualisé, même s'il doit l'être idéalement par des

²³⁵ Ainsi le *Cratyle* de Platon l'emploie souvent pour parler de la signification des mots.

²³⁶ *Inst.*, IV,33.

²³⁷ *Ad Att.*, 6,1,15.

²³⁸ Dig 19.1.11.1. *ad Ed.*

²³⁹ En revanche, nous restons plus dubitatifs sur le rapport que pourrait avoir, par l'intermédiaire de la *uis ac potestas*, cette expression avec la *latissima potestas (heredis instituendi)* dont parle Pomponius dans son commentaire à Mucius à propos du verset « *uti legassit ita ius esto* » (Dig. 50.16.120), rapport qu'établit R.CARDILLI, *Buona fede come principio*, cit., p.316.

méthodes objectives qui sont le produit d'une solide culture juridique. Ainsi, la division de la formule en *partes* est une nécessité imposée par l'*interpretatio formularum*, et chaque *pars* aura un mode d'interprétation différent. Lorsqu'Ulpien vise la *potestas iudicii*, il vise la formule dans son ensemble: le juriste, et surtout le juge, doit peser le poids de chaque mot, qu'il s'agisse des termes de la *demonstratio*, de l'*intentio*, ou de la *condemnatio*.

2° Mais c'est, semble-t-il, à la présence de la clause *ex fide bona* que nos *iudicia* doivent leur *summa uis*. On ne saurait traduire correctement « *summa* » sans prendre en compte d'autres termes qualifiants employés par Mucius dans sa sentence, tous évoquant une grandeur sur une échelle: « *summam uim* »/ « *fidei bonae nomen manare latissime* »/ « *magni esse iudicis statuere* ». Auparavant, Cicéron évoquait une *magna quaestio* (« *quid sit bene agi* »). On notera par ailleurs que Cicéron emploie encore un superlatif, dans les *Topiques*, pour qualifier ces *iudicia* de « *iudicia priuata maximarum rerum* »²⁴⁰. Savoir s'il s'agit d'un superlatif absolu ou relatif serait difficile à dire. *Summa uis* pourrait très vraisemblablement signifier le potentiel signifiant très élevé contenu dans les *iudicia in quibus additur ex fide bona*, et c'est la clause *ex fide bona* qui, en tant que terme de la formule, lui donne cette *summa uis*. Si la *uis* de ces *iudicia* est dite « *summa* », c'est qu'ils produisent des effets extraordinaires par rapport au sens explicite et littéral de la formule.

La présence de la clause *ex fide bona* leur confère une *summa uis*, une efficace juridique et des effets qui sont dérogoires de la procédure formulaire. Point n'est besoin pour l'instant de développer toute l'efficace juridique et tous les effets admirables contenus dans un *iudicium bonae fidei* à époque classique, mais beaucoup d'effets sont dits être inhérents à la formule, d'où un emploi particulièrement fréquent du verbe « *inesse* », et de l'expression « *non aperte uerbis* »²⁴¹, pour marquer les effets contenus implicitement dans la formule de par la présence de la clause *ex fide bona*, sans même être exprimés ouvertement: la *uis* de ces *iudicia* est *summa* en ce que Mucius rattache à ces trois mots un ensemble d'effets qui devraient normalement être explicités directement par les termes de la formule, mais ne le sont pas. Dès lors, si la *uis* désigne ce potentiel contenu dans une formule, la *uis* est d'autant plus « *summa* » que les effets sont grands et multiples par rapport à la brièveté des mots. *summus*, comme vocabulaire de l'élévation, renverrait au caractère subtil de ces effets, qui ne sont pas explicitement indiqués comme des directives dans la formule.

²⁴⁰ *Top.* §66.

²⁴¹ *Inst.* IV,62.

Notons enfin que Mucius se place du point de vue d'une nécessité de procédure, le choix du *iudex*: « *Magni esse iudicis statuere* »; à la *summa uis*, à ce potentiel juridique extrêmement complexe contenu dans la formule, correspond la nécessité d'un *magnus iudex*, capable d'interpréter dans son ensemble les termes des rapport litigieux. Notons que c'est un point qui reviendra fort souvent chez les classiques, la *libera potestas iudicis*, le caractère fort libre de son office. Aussi Mucius pourrait-il ici dégager une particularité de ces *iudicia* tenant à des spécificités de procédure, exorbitantes du droit commun de la procédure formulaire. Enfin, ce potentiel de sens serait d'autant plus subtil qu'il serait encodé par la jurisprudence. Comme le rappellera Cicéron à Trébatius, *illi [iureconsulti] (...) fidem bonam (...) tradiderunt* »²⁴², et les avocats devront s'aider d'un grand jurisconsulte à propos de pareils *iudicia*.

Toutefois, Mucius pouvait faire allusion à autre chose qu'à un régime juridique commun, et songer à la signification sociale d'un procès fondé sur un *iudicium* « *ex fide bona* ».

1.1.2.2.1.2. La 'summa uis' comme signification sociale d'un procès fondé sur une formule 'ex fide bona' (B)

Le propos de Mucius pourrait viser la signification sociale importante d'un procès établi sur une formule *in qua additur ex fide bona*: à la *summa uis* de ces *iudicia* correspondrait une *summa existimatio* (1°), et le propos de Mucius n'entendrait pas se limiter aux actions de bonne foi infamantes (2°).

1°La « *uis* » peut désigner une certaine violence, au propre comme au figuré. Sans d'ailleurs comprendre *uis* comme « violence », mais comme une portée et un effet, il y a une signification sociale très haute attachée à un *iudicium ex fide bona*.

La question qui a amené Cicéron à citer le propos de Mucius, concerne bien la qualité de « *bonus uir* »: « *quid sit bene agi, magna quaestio* »²⁴³, développée à propos de la clause « *ut inter bonos bene agier oportet* » présente dans la formule de l'*actio fiduciae*. La crédibilité d'un défendeur est mise en doute lorsqu'il est cité en justice pour accepter une formule avec clause *ex fide bona*. Mais surtout, une condamnation revient à le déclasser des *boni uiri*, sa *fides* étant jugée comme non conforme à celle des *boni*.

²⁴² *Top.* §66.
²⁴³ *Off.*, III.61.

On peut alors expliquer assez simplement pourquoi Mucius est d'avis de choisir un *magnus iudex* pour trancher ce genre de litiges: vu les conséquences sociales attachées à une condamnation, il est préférable de choisir un grand *iudex*, pour analyser, au cas par cas, et en fonction de la discipline propre à chaque institution, le rapport juridique litigieux; on ne saurait trancher à la légère la question de savoir si quelqu'un a agi ou non comme un *bonus uir*.

Ce qui pourrait conforter cette interprétation est encore une expression similaire employée par Cicéron dans le *Pro Roscio Comoedo*, alors qu'il avait quitté depuis peu les leçons de son maître Quintus Mucius: en parlant des actions de fiducie, de tutelle et de société, il dit cette fois que ces *iudicia* sont des « *iudicia priuata summae existimationis et paene dicam capitis* »²⁴⁴, tout comme il les qualifie de « *iudicia priuata maximarum rerum* » dans les *Topiques*²⁴⁵. La *summa existimatio* et le *summum caput*, peuvent répondre à la *summa uis* du *iudicium*. Un *iudicium summae existimationis* est un *iudicium* où la question de l'*existimatio* est portée à son comble²⁴⁶. La *summa uis* d'un *iudicium in quo additur ex fide bona* pourrait ainsi se comprendre comme la portée sociale d'une formule *ex fide bona*. Il ne faut donc pas se défendre à la légère, (*neglegenter defendendum*) comme le dit Cicéron à propos des actions de fiducie, de tutelle et de société²⁴⁷. A ce propos correspondra dans les *Topiques*²⁴⁸ l'idée que le bon avocat se fera assister alors de jurisconsultes, lorsqu'il est question d'un *iudicium in quo additur ex fide bona*.

L'autre texte de Cicéron à rapprocher de la sentence de Mucius serait celui du §6 du *Pro Caecina*²⁴⁹. Lorsqu'il nous présente les procès destinés à réprimer les *maleficia*, qui nécessairement ont de graves conséquences sur l'*existimatio* du défendeur et qu'il illustrera plus loin par les actions de tutelle, de fiducie, de mandat et de société, il nous dit qu'ils réclament la *seueritas iudicis ac uis*. Ainsi, ces procès réclament là encore du juge, d'après Cicéron, une sentence énergique. L'association de la *uis*, cette fois non pas du *iudicium*, mais du *iudex*, avec la *seueritas*, conforterait l'interprétation de la *summa uis* comme portée énergique de la formule aux graves conséquences pour la *bona existimatio* du défendeur.

²⁴⁴ *Pro Rosc. Com.*, §16

²⁴⁵ *Top.*, §66.

²⁴⁶ on comprendra donc le superlatif *summus* comme un « superlatif interne », comme dans *summa arbore* (en haut de l'arbre): c'est dans ces *iudicia* que la question de l'*existimatio* est la plus haute.

²⁴⁷ *Pro Rosc. Com.*, *loc.cit.*.

²⁴⁸ *Top.* §66.

²⁴⁹ *Caec.*, §6 (...) *ideo quod omnia iudicia aut distrahendarum controversiarum aut puniendorum maleficiorum causa reperta sunt, quorum alterum leuius est, propterea quod et minus laedit et persaepe disceptatore domestico diiudicatur, alterum est uehementissimum, quod et ad grauiores res pertinet et non honorariam operam amici, sed seueritatem iudicis ac vim requirit (...)*. Le §7 nous montre qu'il songeait déjà aux actions infamantes, *pro socio, tutelae, mandati, fiduciae*.

Ainsi, la *summa uis* désignerait l'immensité des conséquences que peut entraîner une pareille formule: les suites seront de ternir irrémédiablement la réputation, l'honneur du défendeur.

2° Pourtant, le propos de Mucius nous paraît original en ce qu'il attache une pareille portée à tous les *iudicia in quibus additur ex fide bona*, indépendamment du caractère officiellement infamant de l'action. La qualification jurisprudentielle d'infamie ne vise, au sein des actions de bonne foi cités par Mucius, que les 4 premières (tutelle, société, fiducie, mandat), et significativement, Cicéron parle de *iudicia summae existimationis et capitis*²⁵⁰ uniquement à propos de la tutelle, de la société et de la fiducie, ou de *seueritas ac uis iudicis*²⁵¹ seulement à propos des actions qui ont une dimension répressive (*puniendorum maleficiorum causa*). C'est à elles, à proprement parler, que sont attachées une séries de conséquences définies par le préteur, qui empêchera le condamné de représenter ou de se faire représenter dans un procès suivant. Ces peines complémentaires peuvent faire dire à Cicéron « *paene dicam capitis* »²⁵²: le défendeur est menacé pour ainsi dire jusque dans son existence juridique, à tous le moins dans son existence judiciaire du fait de l'édit *qui nisi pro certis personis*.

Dès lors, le propos de Mucius est original en ce qu'il dépasse ce cadre. Pour lui, il y a une *summa uis* dans tous les *iudicia in quibus additur ex fide bona*, non uniquement dans ceux qui sont considérés explicitement infamants à cause des peines complémentaires attachées par le préteur à une condamnation. Même dans les *actiones empti, uenditi, locati, conducti*, qui ne sont pas des actions dites « infamantes », il y a une signification sociale très forte dans le *iudicium in quo additur ex fide bona*. Condamner quelqu'un sur le fondement d'une de ces formules, c'est, nonobstant l'absence de peine complémentaire infamante, l'exclure de la communauté des *boni uiri* en refusant de lui reconnaître de la *fides bona*.

Lorsque Mucius disait que *fidei bonae nomen manare latissime*, qu'il se répandait très largement, il voulait peut-être simplement dire que le terme, renvoyant au bon crédit social d'un *bonus uir* avait un champ opératoire qui dépassait la simple liste des actions infamantes (citées en premier, tutelle, société, fiducie, mandat), et que toute condamnation sur le fondement d'une formule où était présente la clause *ex fide bona* avait donc une *summa uis*, une portée implicite extrêmement forte, parce qu'elle avait des conséquences essentielles sur la réputation, l'honneur, et la qualité de *bonus uir* d'un défendeur. La conséquence terrible d'une condamnation réclamera donc un *magnus iudex* pour statuer, et ce, qu'il s'agisse d'une

²⁵⁰ *Pro Rosc. Com.*, §16

²⁵¹ *Pro Caec.*, §6.

²⁵² *Rosc. Com*§16; *loc.cit.*

action de tutelle ou d'une *actio empti*, qu'il s'agisse ou non d'une formule susceptible d'entraîner l'infamie: la présence même de la clause *ex fide bona* portait implicitement en elle un pareil jugement social.

Mais quel que soit le sens à donner à *summa uis*, Mucius ne nous paraît pas encore développer une réflexion sur un régime commun à tous les *iudicia*.

1.1.2.2.2. *L'absence de réflexion systématique sur un régime juridique commun prédéfini (II)*

L'époque républicaine ne semble pas non plus avoir défini clairement un régime juridique qui viendrait s'appliquer à titre de principe à un ensemble d'actions du fait de leur nature commune. Ainsi, Quintus Mucius semble encore avoir une conception entièrement casuistique des propriétés des formules *ex fide bona* (A), et il est significatif à ce propos que les solutions de l'école servienne ne fassent jamais référence à la *bona fides* (B).

1.1.2.2.2.1. *Une conception purement casuistique des propriétés des formules selon Q.Mucius (A)*

Malgré l'identité de leur *intentio*, « *quidquid dari fieri oportet ex fide bona* », Quintus Mucius ne montre qu'une conception strictement singulative (*quid quemque cuique*) de l'interprétation de la clause *ex fide bona* dans les formules(1°), qui semble donner lieu à des controverses (2°).

1°Le propos de Mucius²⁵³ ne fait que renvoyer, semble-t-il, au pouvoir d'appréciation du *iudex* (*magni iudicis esse statuere*). Il amorce vraisemblablement une réflexion qui se poursuivra tout au long de la jurisprudence classique²⁵⁴: la spécificité des actions de bonne foi réside avant tout dans un déroulement particulier de l'instance, imposé par des interprétations assez constructives de la clause *ex fide bona*. Mais le contenu spécifique du travail du *iudex* ne peut être décrit d'une manière généraliste et systématisante. Bien au contraire, *in iis magni esse iudicis statuere...quidquemque cuique praestare oporteret*.

²⁵³ *Off.*, III.70.

²⁵⁴ Voir à ce titre l'explication de R.CARDILLI, *Buona fede come principio*, 326 ss., selon laquelle Mucius amorce une longue tradition de réflexion sur le *munus iudicandi* dans les actions de bonne foi.

On interprète très souvent ce « *quid quemque cuique* », comme l'équivalent d'un « *quid alterum altero* »²⁵⁵, pensant que Quintus Mucius fait référence à la compensation ou à la bilatéralité des prétentions. Il nous semble que son propos ne soit pas exactement celui-là, même si sans doute il le présuppose. L'emploi des indéfinis distributifs « *quid quemque cuique praestare oporteret* », suppose plutôt qu'à chaque institution, et donc à chaque formule, correspond une discipline différente. C'est ce que montre la comparaison avec un passage, plus détaillé, de Cicéron dans les *Topiques* lorsqu'il s'adresse à Trébatius²⁵⁶: il y présente au cas par cas les différents contenus que prend l'obligation (*quid praestare*) selon les différentes figures contractuelles présentes: ce que doit un mandataire au mandant, un associé à un autre associé, etc. Le contenu du *praestare* varie, et reçoit ses contours jurisprudentiels en fonction de chaque institution visée; il ne peut nous définir un ensemble de règles générales à la fois communes à tous ces *iudicia* et en même temps spécifiques à tous ces *iudicia*. Sans doute peut-il dire « *illi (iureconsulti) fidem bonam tradiderunt* », mais il développe directement sous forme d'interrogative une discipline propre à chaque institution.

Aussi pouvons-nous penser que Mucius se concentrait lui aussi plutôt sur la singularité des institutions en cause, ainsi que sur la singularité des litiges: le contenu du *praestare* est totalement fluctuant, toujours variable selon la situation, et c'est plutôt à cela que se réfère l'emploi de *quemque cuique*. La *fides bona*, pour lui, ne commande pas d'appliquer en soi et de plein droit telle ou telle règle juridique préétablie: ce n'est pas une étiquette sous laquelle sont repertoriées des règles à appliquer automatiquement. Il ne peut fournir aucune règle communément applicable au mandat, à la tutelle, et à la *locatio conductio*, car la *fides bona* ne peut avoir le même référent quelle que soit l'institution visée. Il ne se permet pas encore de tirer des règles péremptoires communes comme l'inhérence de l'exception de dol, ou de pacte, le principe de la compensation, ou des critères systématiques pour définir des standards de responsabilité. Non pas qu'elles n'existent pas dans la pratique de son époque, mais simplement, il refuse d'adopter un point de vue généralisant et systématisant, qui attacherait un régime commun uniforme applicable à toutes les formules. Il refuse de considérer cette nébuleuse d'actions comme une catégorie munie d'une nature spécifique et dotée d'un régime bien établi. Il est davantage sensible à la singularité des règles applicables selon chaque

²⁵⁵ Qu'on retrouve en revanche sous la plume de Cicéron dans *Top.* §66. Voir *infra*.

²⁵⁶ §66: *Illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset ei cuius ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset, eumve cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt.*

institution voire chaque litige, qu'à leurs ressemblances, donnant ainsi au *quid sit bene agi* une dimension aporétique.

L'absence de régime défini et général est encore confortée par l'existence de controverses au sujet du *praestare*.

2° « *in plerisque iudicia contraria* ». Cette expression est souvent présentée dans son sens technique tel qu'il ressort de la jurisprudence classique, à savoir l'idée d'action contraire, ou même de demande reconventionnelle, le défendeur demandant lui aussi une formule instituant le même *iudex* que dans l'action directe. Mucius soulignerait alors que souvent, il y a deux procès qui sont mus sur le fondement d'un même rapport juridique, l'action directe et l'action contraire. Toutefois, cela nous semble assez peu probable, parce que très précisément, dans les actions de bonne foi, une seule formule suffit généralement à présenter pour la première fois *apud iudicem*, des demandes reconventionnelles.

A notre avis, *iudicia contraria* n'est pas à prendre dans un sens technique et se comprend par rapport au contexte. « *quid sit bene agi, magna quaestio* ». « *Magni iudicis esse statuere* ». Dans la plupart de ces institutions, il faut un *magnus iudex* pour définir exactement ce que le défendeur doit au demandeur, et ce d'autant plus qu'il a des points de repère assez fluctuants: les opinions sont très divergentes. Il n'existe pas de règles fixes, et les solutions apparaissent discordantes. C'est donc à un juge muni d'une grande autorité et d'un grand savoir qu'il faudra faire appel, vu la discordance d'opinions et de solutions qui se présentent au sujet de la plupart de ces institutions. Il n'est pas certain que chacun admettait aux mêmes conditions le principe de la compensation dans un mandat, il n'est pas sur que chacun s'accordait sur les types de pacte qu'on pouvait faire valoir dans une action *pro socio*, ni même sur le standard de responsabilité à imposer à un tuteur. C'est de cette absence de discipline uniforme que témoignent encore les réponses de l'école servienne.

1.1.2.2.2. *L'absence de référence à la bona fides dans les solutions de l'école servienne (B)*

Parmi les solutions que nous possédons et qui remontent à Alfenus, à Ofilius, ou à Trébatius, nous ne possédons aucun texte qui fasse référence à la *fides bona*. Sans doute ces textes

forment-ils un ensemble relativement mince, mais il est notable que jamais n'y soit citée une règle générale applicable à un ensemble d'actions vouées à devenir les *iudicia bonae fidei*. Jamais la notion de *bona fides* n'y est citée, à peine y est-elle glosée. L'absence d'un régime général et commun se manifeste tout autant dans l'Edit du Préteur, qui ne pose aucune règle spécifiquement applicable à notre ensemble de formules²⁵⁷.

Un texte d'Alfenus fait peut-être référence indirectement à la clause *ex fide bona*, en présentant le standard des *homines frugi et diligentes*²⁵⁸, à propos de l'obligation de garde de la chose vendue pesant sur le *uenditor*. Sans doute Servius attribuait-il à la clause *ex fide bona* la valeur d'un standard à ce titre, mais il ne dégagait aucune règle générale propre et commune à un ensemble de *iudicia* munis de la même clause *ex fide bona*.

Ce n'est pas tant que la clause *ex fide bona* ne produit pas, déjà à époque républicaine, des conséquences similaires dans différents *iudicia*; c'est que l'on ne les envisage pas dans leur systématisme, en considérant qu'une nature commune appelle un régime commun. Pourtant, lorsqu'il s'adresse à Trébatius, qui est très précisément un disciple de Servius, Cicéron rappelle déjà que la clause *ex fide bona* a dû recevoir, au moins à titre de principe, un semblant d'interprétation uniforme: « *illi (iureconsulti) fidem bonam tradiderunt* ». Cette notion a sans doute quelques contours précis, même s'ils ne sont pas opérationnels au point d'engendrer des règles formulables de façon systématique comme « l'inhérence de l'exception de dol », ou « l'inhérence de l'exception de pacte », etc.

²⁵⁷ L'édit du préteur présuppose-t-il, en annonçant une règle générale applicable à toutes nos actions et spécifiquement à nos actions, l'existence d'une catégorie? Isole-t-il la catégorie en lui réservant des règles spécifiques? Il est à noter que l'édit ne donne aucune réglementation générale sur le régime des *iudicia bonae fidei*, et pour cause, c'est dans la phase *apud iudicem* qu'elles manifestent leur véritable originalité, et sont reportées à l'office du juge qui interprète la formule. La seule rubrique concernant spécifiquement les *iudicia bonae fidei* qu'ait pu identifier hypothétiquement Lenel est le §56 du titre XIV, « *de iudiciis omnibus* », rubrique qu'il a nommée « *in bonae fidei iudiciis quemadmodum praescribitur* ». Une rubrique concernerait particulièrement les *praescriptiones* qu'on ajoute devant les formules, pour éviter la consommation de toute l'obligation, et notamment de la dette dont le terme n'est pas arrivé à échéance, et pour se réserver le droit d'agir à nouveau. Au Digeste, quatre extraits du commentaire à l'édit d'Ulpian (voir *Paling*, II, p.548), ainsi qu'un extrait du commentaire à l'Edit de Paul concernant des actions de bonne foi (mandat, tutelle, dépôt, vente), (*Paling*, I, p.997), et traitent de dettes non échues. Il nous semble qu'une pareille rubrique n'existait pas, ou du moins ne visait pas spécifiquement les *iudicia bonae fidei*. Les textes invoqués suivent tout simplement le commentaire de la formule de l'action *ex stipulatu*, où des *praescriptiones* sont intégrées « de série », comme nous l'explique Gaius. Ulpian et Paul pouvaient parfaitement invoquer par analogie le problème des *praescriptiones* à propos d'autres formules à *intentio incerta*, où les *praescriptiones* ne sont pas intégrées de série, et nécessairement donner des exemples d'actions de bonne foi, où les problèmes ainsi que les solutions apportées étaient quelque peu différents. Aussi est-il fort peu vraisemblable, et Lenel lui-même sentait qu'il n'émettait qu'une hypothèse, qu'un texte de l'édit ait prétendu régler spécifiquement le problème particulier de l'insertion des *praescriptiones* dans les actions de bonne foi. Elles n'étaient invoquées dans les commentaires qu'à *contrario*, parce que leurs formules, contrairement aux *actiones ex stipulatu*, n'étaient pas munies dans l'édit de *praescriptiones*. Au mieux, s'il se trouvait une rubrique pour donner un exemple, ce dernier avait vocation à viser l'ensemble des actions personnelles incertaines, et ne présupposait pas une catégorie spécifique qu'on appellerait les « *iudicia bonae fidei* ». En outre, la *praescriptio cuius rei dies fuit* était comme nous le verrons, en partie inutile dans un *iudicium bonae fidei* en vertu du large pouvoir qu'a le juge d'imposer des *cautiones*.

²⁵⁸ Dig. 18.6.12 Alfenus 2 Dig. *Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? respondit, quia sine patris familia culpa fieri potest neque, si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit, quam ob rem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit.*

La réflexion mucienne cherchait donc une unité, un dénominateur commun pour ce groupe, en entrevoyant des conséquences d'ordre processuel. Pourtant, la réalité est qu'à époque républicaine, aucun jurisconsulte ne raisonne de manière systématisante en se fondant sur un régime commun et spécifique aux *iudicia bonae fidei*. Il s'agit donc davantage d'une nébuleuse que d'une catégorie bien précise et bien délimitée, même si cette vision unitaire préfigure la construction d'une véritable catégorie juridique à époque classique.

1.2. Chapitre Second : « *bonae fidei iudicii natura* »: l'unité établie d'une catégorie à l'époque classique

L'époque classique montre une nette évolution par rapport à l'époque de Cicéron: l'importance de la distinction entre actions infamantes et actions non-infamantes y est sensiblement atténuée, et la jurisprudence a plus ou moins involontairement pris acte d'une catégorie, plus large que les « *iudicia in quibus additur ex fide bona* », qu'elle appelle « *iudicia bonae fidei* », en saisissant derrière ce terme à la fois l'unité d'un groupe d'actions et sa spécificité, essentiellement d'ordre processuel.

Le nombre des actions de bonne foi a d'ailleurs considérablement augmenté: entre l'époque de Quintus Mucius et Gaius, trois nouvelles formules *ex fide bona* ont pris place dans l'album du préteur: l'*actio negotiorum gestorum*, l'*actio depositi*, l'*actio commodati*. Labéon entend même faire naître des actions à formule *ex fide bona* pour des cas qui n'entrent pas dans la définition typique de certains négoce mais qui s'en rapprochent. La jurisprudence enfin n'entend plus, d'ailleurs, derrière le terme *iudicia bonae fidei*, uniquement les formules munies stricto sensu de la clause *ex fide bona*.

Même si le terme lui-même n'est employé que par Théophile²⁵⁹, la jurisprudence classique a défini une nature juridique (*natura bonae fidei iudicii*) à laquelle elle attache un ensemble de solutions générales quelle que soit l'action spécifique concernée. Toutefois, la réflexion jurisprudentielle n'a pas systématisé cette catégorie au point de la figer: elle connaît, semble-t-il, différentes évolutions plus ou moins perceptibles tout au long de l'époque classique jusqu'à la disparition de la procédure formulaire, évolutions qui concernent tout autant la consistance exacte du groupe que l'incidence à donner à la notion de « *bona fides* ». Il n'y a pas nécessairement à mettre ces évolutions sur le compte de la disparition de la procédure formulaire, ou sur la concurrence de la *cognitio extra ordinem*. Beaucoup de ces évolutions furent, dans la doctrine interpolationniste²⁶⁰, reportées à l'époque post-classique, ou au travail

²⁵⁹ II. IV.7.28

²⁶⁰ Voir notamment BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, *passim*. Les soupçon d'interpolation concerne dans cet ouvrage plutôt la consistance même du groupe (p.176 ss), que les propriétés attachées à la *bonae fidei iudicii natura*

des compilateurs, alors qu'il s'agit d'évolutions internes à la réflexion classique sur la procédure formulaire. La systématisation plus ou moins consciente d'un « régime commun » des *iudicia bonae fidei* peut être tout autant dûe à l'influence des décisions impériales: la production de rescrits, systématisée sous les Sévères, a sans doute donné lieu à un renforcement des catégorisations et des généralisations opérationnelles²⁶¹. Car l'époque classique voit désormais aboutir certains efforts jurisprudentiels de systématisation, qui permettent au prudens de tenir des propos à la fois communs et spécifiques à tous les *iudicia bonae fidei*.

Les textes d'époque classique montrent sans doute encore avec netteté, par rapport à l'époque précédente, que la notion et la catégorie de *iudicium bonae fidei* fut à la fois le résultat et l'objet d'une évolution.

Cette catégorie fut en effet tout aussi bien, en tant que catégorie processuelle homogène, définie (section 1) que retravaillée (section 2) par la jurisprudence classique.

Section 1: Une catégorie construite et définie par la jurisprudence classique

Section 2: Une catégorie retravaillée par la jurisprudence classique

²⁶¹ Voir J.P. CORIAT, *Le prince législateur*. p.. mais encore M.TALAMANCA, « La bona fides nei giuristi romani. *Leerformeln e valori dell'ordinamento* », in *Il ruolo della buona fede oggettiva (...). Studi in onore di Alberto Burdese*, dir. L.Garofalo, vol.IV, CEDAM, 2004, p.272 ss.

1.2.1. Une catégorie construite par la jurisprudence classique (Section 1)

L'unité de ce groupe d'actions s'est construite avant tout au regard d'une définition des pouvoirs du juge: des solutions d'ordre processuel pouvaient être a priori invariablement appliquées quel que soit le profil de l'institution concernée.

L'*officium iudicis* est un terme qui est, comme nous le verrons, plus que dans tout autre groupe d'actions, invoqué par les jurisconsultes dans leurs solutions concernant les *iudicia bonae fidei*. Le langage qu'ils emploient est à ce titre dans la continuité directe de l'opinion de Mucius à leur sujet, à savoir que « *in iis magni esse iudicis statuere* »²⁶².

L'unité que donnèrent les prudens à ce groupe d'actions est donc avant tout d'ordre processuel (I) et n'est en rien affectée par des sous-catégorisations de droit matériel (II).

Sous-section 1: Une catégorie processuelle uniforme à époque classique

Sous-section 2: L'indifférence aux sous-catégorisations de droit matériel

²⁶²

Off. III.70.

1.2.1.1. Une catégorie processuelle uniformisée à époque classique (Sous-section 1)

Il n'existe pas de « traité » sur les *iudicia bonae fidei* comme il peut exister des ouvrages sur les *interdits*²⁶³. La jurisprudence ne s'intéresse pas de façon isolée à ce groupe, pour lui réserver un développement à titre principal: elle ne voit pas dans ces formules une catégorie d'actions totalement à part comme pour les interdits. Mais son emploi de la notion de *iudicium bonae fidei* dans les solutions qu'elle propose montre à différents titres qu'elle en possède à époque classique une idée relativement construite, articulée, et développée, qui lui permet de construire plus facilement des solutions par analogie.

Les *iudicia bonae fidei* représentent donc pour elle une catégorie processuelle uniforme: à la nature établie de « *iudicium bonae fidei* » (I) s'attache un régime relativement cohérent et défini (II).

1.2.1.1.1. La nature de *iudicium bonae fidei* (I)

L'expression *iudicium bonae fidei* est une expression purement jurisprudentielle. On ne sait pas, à dire vrai, si elle était mentionnée en tant que telle dans l'édit, que ce soit avant ou après sa fixation par Julien, mais il ne nous semble pas: à ce titre, elle participe plutôt de la langue de la doctrine que la langue des normes officielles. Malgré sa simplicité, elle n'est pas non plus employée dans la littérature non-juridique: c'est ce qui nous permet de conclure à son aspect technique. Quoi qu'il en soit, c'est elle qui témoigne d'une très forte unité donnée par la jurisprudence à un ensemble de formules qui ne sont pourtant pas toutes homogènes, mais dans lesquelles les pouvoirs du juge sont similaires.

La qualification juridique en *iudicium bonae fidei* mérite autant qu'on s'attache à son emploi et à son apparition en jurisprudence (A) qu'à son sens (B).

²⁶³ Voir par exemple, pour l'époque médio-classique, les extraits de celui de Vénulieus, *Paling*, II, p.1210 ss.

1.2.1.1.1.1. *La qualification juridique de iudicium bonae fidei et son apparition (A)*

Le problème de son apparition et de sa popularisation est extrêmement épineux. Une simple analyse statistique des textes donne des résultats qui ne sont que de peu de valeur. Ses 13 emplois dans le Code Justinien, ne nous donnent aucun indice²⁶⁴. Si l'on se limite au Digeste, l'expression, à strictement parler, *iudicium bonae fidei* est employée 1 fois par Tryphoninus²⁶⁵, 22 fois par Ulpien²⁶⁶, 10 fois par Paul²⁶⁷, 8 fois par Papinien²⁶⁸, 1 fois par Marcianus²⁶⁹, 3 ou 4 fois par Pomponius²⁷⁰, 1 fois par Quintus Cervidius Scaevola²⁷¹, 1, 2 ou 3 fois par Julien²⁷², 1 fois par Proculus²⁷³. Plusieurs remarques s'imposent:

-des expressions assez proches (*actio bonae fidei*, *contractus bonae fidei*, *actio quae ex bona fide oritur*) sont employées très sporadiquement par presque tous ces auteurs.

-Il existe une suspicion d'interpolation, qui ne daterait pas nécessairement de l'époque de Justinien. Une allusion trop claire à la formule peut avoir été maquillée par un terme équivalent.

-Les statistiques ne sont pas surprenantes: si l'expression est essentiellement employée par les juristes de l'époque tardo-classique ou sévérienne, c'est tout simplement parce que leurs écrits représentent l'essentiel de la compilation.

-Les statistiques obtenues sur les occurrences dans le Digeste sont a priori fausses. Nous en avons une preuve par Gaius: aucun extrait de son oeuvre dans le Digeste ne mentionne l'expression *iudicium bonae fidei*, et pourtant nous savons par les *Institutes*²⁷⁴ qu'il la connaît

²⁶⁴ CJ 2.4.3 (223 ap. JC) ; 3.31.12.3 (531 ap. JC) ; 3.36.9 (empereur Gordien, après 243 mais av 253) ; 3.38.3 (290 ap. JC) ; 4.1.10 (294 ap. JC) ; 4.24.6 (225 ap. JC) ; 4.32.13 (entre 223 et 234 ap. JC?) ; 4.32.27.2 (529 ap. JC) ; 4.34.2 (238 ap. JC) ; 4.39.4 (223 ap. JC) ; 4.65.2 (213 ap. JC) ; 4.65.9 (234 ap. JC) ; 8.35.3 (Elagabal, entre 213 et 217?)

²⁶⁵ Dig. 3.5.37, 2 disp.

²⁶⁶ Dig. 2.14.7.5, 4 ad ed. (3 mentions) ; Dig. 2.14.7.6, 4 ad ed. (2 mentions, citant peut-être Pomponius) ; Dig. 10.3.4.2, 19 ad ed. ; Dig. 10.3.4.2, 19 ad ed. ; Dig. 13.6.3.2, 28 ad ed. ; Dig. 14.5.6, 2 disp. ; Dig. 15.1.36, 2 disp. (citant sans doute Pomponius) ; Dig. 17.2.45, 30 ad sab. ; Dig. 19.1.11.1, 32 ad ed. ; Dig. 19.3.1pr., 32 ad ed. ; Dig. 21.1.31.20, 1 ad ed. aedil. curul. ; Dig. 22.1.34, 15 ad ed. ; Dig. 22.1.37, 10 ad ed. ; Dig. 24.3.21, 3 disp. ; Dig. 27.3.1.2, 36 ad ed. (citant peut-être Julien) ; Dig. 44.2.23, 3 disp. ; Dig. 50.17.22.1, 28 ad sab. ; Dig. 50.17.23, 29 ad sab. (citant peut-être Celse) ; Dig. 50.17.116pr., 11 ad ed.

²⁶⁷ Dig. 3.5.6, 9 ad ed. ; Dig. 10.3.14.1, 3 ad plaut. ; Dig. 13.4.7pr., 28 ad ed. ; Dig. 16.3.29.1, 2 sent. ; Dig. 17.2.38pr., 6 ad sab. (citant peut-être Sabinus) ; Dig. 17.2.79, 4 quaest. ; Dig. 18.5.3, 33 ad ed. (citant sans doute Julien) ; Dig. 19.2.54pr., 5 resp. ; Dig. 22.1.38.15, 6 ad plaut. ; Dig. 27.7.8.1, 9 resp.

²⁶⁸ Dig. 5.1.41, 11 quaest. ; Dig. 16.3.24, 9 quaest. ; Dig. 17.1.54pr., 27 quaest. ; Dig. 22.1.1pr., 2 quaest. ; Dig. 22.1.1.2, 2 quaest. ; Dig. 22.1.3.1, 20 quaest. ; Dig. 22.1.5, 28 quaest. ; Dig. 39.6.42pr., 13 resp.

²⁶⁹ Dig. 12.3.5pr., 4 reg.

²⁷⁰ Dig. 16.3.12.1, 22 ad sab. ; Dig. 19.1.6.9, 9 ad sab. ; Cité par Ulpien en Dig. 15.1.36, 2 disp. ; peut-être cité par Ulpien en Dig. 2.14.7.6, 4 ad ed.

²⁷¹ Dig. 16.3.28, 1 resp.

²⁷² Dig. 30.84.5 Iulianus 33 Dig. ; cité peut-être indirectement par Paul en Dig. 18.5.3, 33 ad ed. ; cité peut-être indirectement par Ulpien en Dig. 27.3.1.2, 36 ad ed..

²⁷³ Dig. 17.2.78 5 epist.

²⁷⁴ IV,62, IV,63 et IV,114.

parfaitement bien. Cela semble confirmer qu'aucune donnée sûre ne peut être tirée par cette méthode du Digeste.

Il est dès lors assez difficile de fixer un *terminus a quo* et un *terminus ad quem*, permettant de fixer la date d'apparition de cette expression, tant par les attestations directes (1°) que par les attestations indirectes (2°)

1° Dans la mesure où nos sources jurisprudentielles sont très limitées pour l'époque républicaine, le *terminus a quo* ne peut être directement évalué. Quant au *terminus ad quem*, deux textes semblent conforter l'idée que des auteurs du premier siècle ap. JC connaissent déjà l'expression *iudicium bonae fidei*.

Une réponse de Proculus²⁷⁵ utilise cette expression: une clause qui, pour fixer les *partes societatis*, se réfère à l'*arbitrium* d'un tiers est valable et doit être interprétée comme un *arbitrium boni uiri*, et ce d'autant plus que l'*actio pro socio* est un *iudicium bonae fidei*: le pacte est valable dans son principe, mais les *partes* ainsi constituées par arbitrage d'un tiers seront évaluées en fonction de ce qu'aurait décidé un *bonus uir*. Sans doute objectera-t-on que ce « d'autant plus » peut être une interpolation, en ce qu'il n'ajoute rien au raisonnement de Proculus, ou qu'il fut ajouté par un auteur classique qui commentait ses *epistulae*. Toutefois, il n'est pas aussi superfétatoire qu'on le penserait: c'est un argument pour sortir de l'alternative validité/nullité du pacte qui conditionne la société, permettant au juge d'en établir la validité tout en en contrôlant l'exécution. Il est en revanche plus difficile de dire si ce n'est pas une interpolation qui cache une allusion trop claire à la *conceptio formularum*. Si donc dans une simple lettre, qui ne prétend pas être une construction systématique et originale, adressée à un professionnel, Proculus emploie l'expression, c'est sans doute que l'expression est déjà assez couramment employée à son époque, dans la seconde moitié du II^e siècle, pour être comprise par le destinataire de la lettre.

Paul²⁷⁶, d'autre part, cite une opinion de Sabinus concernant les pouvoirs du juge à l'action *pro socio* d'interposer des *cautiones* pour les dommages et les gains futurs. Sabinus aurait considéré que ce pouvoir existe dans tous les *iudicia bonae fidei*. Il est là encore difficile de savoir si Paul cite exactement Sabinus, ou s'il ne fait que constater par lui-même que ce dernier a émis des opinions semblables dans les autres *iudicia*, que Paul qualifierait de *bonae*

²⁷⁵ Dig. 17.2.78 Proculus 5 *epist.* In *proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est.*

²⁷⁶ Dig. 17.2.38pr. Paulus 6 *ad sab.* Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate. quod sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimavit, sive generalia sunt (veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae) sive specialia (veluti mandati, commodati, depositi).

fidei. D'autres textes des commentaires à Sabinus semblent montrer que les généralisations d'une solution à tous les *iudicia bonae fidei* sont précisément le fait des auteurs médio-classiques ou tardo-classiques qui le commentent. Aussi ne sait-on directement si Sabinus employait l'expression: à tout le moins, s'il tentait une telle généralisation, il devait sans doute circonscrire le champ de sa généralisation et peut-être utilisait déjà cette expression.

2° Mais il existe une manière indirecte d'évaluer l'apparition de l'expression. L'ordre le plus fréquent est *iudicium bonae fidei*. Or l'expression employée dans la formule suit l'ordre « *fides bona* », et ce durant toute l'époque de la procédure formulaire²⁷⁷. Et lorsque Cicéron se réfère à la clause, sans citer directement toute l'*intentio* de la formule, il conserve religieusement cet ordre: « *ad fidem bonam pertinere* »; « *fidei bonae nomen manare latissime* »; « *iudicia de fide mala* », « *illi fidem bonam tradiderunt* »²⁷⁸; jamais il n'emploie le tour *bona fides*, et, plus significativement encore, il dit que les jurisconsultes ont défini ce qu'était la « *fides bona* », non la *bona fides*, tour qu'il connaît pourtant dans la langue pour signifier le bon crédit social de quelqu'un, sa fiabilité. Voilà donc un *terminus a quo*: Cicéron, pourtant assez bon connaisseur de la procédure formulaire, refuse d'employer le tour *bona fides*, préfère les expressions *iudicia de fide mala*, *iudicia in quibus additur ex fide bona*, parce qu'il est à tout le moins peu familiarisé avec l'expression, pourtant simple, *iudicium bonae fidei*. C'est dire à tout le moins qu'elle n'est pas du tout encore courante dans la langue des juristes d'époque tardo-républicaine.

A l'inverse, ce qui caractérise l'époque classique est l'emploi quasi-systématique du tour *bona fides* en dépit de l'ordre *fides bona* conservé dans toutes les formules. Cet ordre est justement celui employé dans l'expression « *iudicium bonae fidei* ». Aussi nous paraît-il vraisemblable que les juristes qui l'emploient présupposent l'existence de l'expression « *iudicium bonae fidei* ».

Or nous savons que:

-D'autres auteurs du premier siècle ou du début du deuxième siècle ap. JC. emploient eux aussi le tour *bona fides*, comme Neratius²⁷⁹, qui cite peut-être Ariston. Plusieurs textes montrent encore que Julien emploie fréquemment le tour *bona fides*²⁸⁰ plutôt que *fides bona*.

²⁷⁷ Notons à ce titre que la formule de l'*actio tutelae* retrouvée dans les archives de Babatha n'a plus cet ordre et emploie le tour utilisé par la langue jurisprudentielle de l'époque classique : *ek kalês pisteôs*.

²⁷⁸ *Off.*, III,67, III,70; *De Nat. Deor.* III,74; *Top.*, §66.

²⁷⁹ *Dig.* 2.14.58 *Nerva* 3 *membr.* (...) *aristoni hoc amplius videbatur, si ea, quae me ex empto praestare tibi oporteret, praestitisssem et cum tu mihi pretium deberes, venisset mihi tecum, ut rursus praestitis mihi a te in re vendita omnibus, quae ego tibi praestitisssem, pretium mihi non dares tuque mihi ea praestitisssem: pretium te debere desinere, quia bonae fidei, ad quam omnia haec rediguntur, interpretatio hanc quoque conventionem admittit.*

-Proculus semble avoir employé l'expression « *bonam fidem* »²⁸¹.

-Sabinus l'a très vraisemblablement employée: lorsqu'Ulpien²⁸² le commente à propos du dépôt, il emploie en quelques lignes avec une insistance particulière quatre fois le tour *bona fides*, qui devait donc être très vraisemblablement présent ne serait-ce qu'une fois dans le texte de Sabinus, ce qui présuppose qu'il employait déjà l'expression *iudicium bonae fidei*.

-Enfin, même une opinion de Labéon emploie l'expression « *bona fides...* »²⁸³, sans qu'il faille nécessairement y voir une retranscription infidèle et personnalisée de Javolénus.

Il paraît donc vraisemblable que Labéon ait déjà commencé à employer l'expression *iudicium bonae fidei*, alors qu'à l'époque de Cicéron, on ne l'employait guère, et qu'on préférait garder l'ordre de la formule, *fides bona*. C'est donc très vraisemblablement une expression qui s'est popularisée chez les juristes au cours du premier siècle de l'époque classique. Mais à ce changement d'expression correspond un changement de sens, et la volonté de créer une véritable catégorie juridique.

1.2.1.1.1.2. Le sens de l'expression '*iudicium bonae fidei*' (B)

Il nous semble que le changement d'expression est en partie un changement, ou du moins une précision notionnelle. Contrairement à *iudicia in quibus additur ex fide bona*, qui représente une description extérieure et linguistique des formules, *iudicium bonae fidei* se prononce sur la nature du procès qui s'engagera sans corrélation parfaite avec la présence dans la formule de la clause *ex fide bona*. Ainsi *iudicium* se réfère à la formule comme à un

²⁸⁰

²⁸¹ Dig. 18.1.68pr. *Proculus 6 epist. Si, cum fundum venderes, in lege dixisses, quod mercedis nomine a conductore exegisses, id emptori accessurum esse, existimo te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere (...)*; Dig. 3.5.17 *Paulus 9 ad ed. Proculus et pegasus bonam fidem eum, qui in servitute gerere coepit, praestare debere aiunt(...)*

²⁸² Dig. 16.3.11 *Ulpianus 41 ad sab. Quod servus deposuit, is apud quem depositum est servo rectissime reddet ex bona fide: nec enim convenit bonae fidei abnegare id quod quis accepit, sed debet reddere ei a quo accepit, sic tamen, si sine dolo omni reddat, hoc est, ut nec culpa quidem suspicio sit. denique sabinus hoc explicuit addendo: " nec ulla causa intervenit, quare putare possit dominum reddi nolle". hoc ita est, si potuit suspicari, iusta scilicet ratione motus: ceterum sufficit bonam fidem adesse. sed et si ante eius rei furtum fecerat servus, si tamen ignoravit is apud quem deposuit vel credidit dominum non invitum fore huius solutionis, liberari potest: bona enim fides exigitur. non tantum autem si remanenti in servitute fuerit solutum, sed etiam si manumisso vel alienato, ex iustis causis liberatio contingit, scilicet si quis ignorans manumissum vel alienatum solvit. idemque et in omnibus debitoribus servandum pomponius scribit.*

²⁸³ Dig. 19.1.50 *Labeo 4 post. a Iav. Epit. Bona fides non patitur, ut, cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desisset antequam res ei tradatur, venditor tradere compelletur et re sua careret. possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor aequè amitteret, utpote cum petenti eam rem petitor ei neque vendidisset neque tradidisset.* Sur ce texte complexe, dont la fin semble avoir fait l'objet d'une réécriture ou d'une mauvaise transmission, voir L.VACCA, « Buona fede e sinallagma contrattuale », in *Studi in onore di Alberto Burdese*, 2004, p.331 et R.CARDILLI, *Buona fede come principio*, cit., p.335.

programme d'évaluation de la *bona fides* (1°), tandis que la tournure *bona fides*, plutôt que *fides bona*, reflète un rapprochement entre bonne foi subjective et bonne foi objective (2°).

1° Dans l'expression *iudicium bonae fidei*, on ne peut comprendre *iudicium* uniquement comme formule. *Iudicium* est bien un nom d'action, de processus, qui est suivi d'un complément de nom. Une formule ne peut être, *stricto sensu*, « *bonae fidei* ». En revanche, si l'on considère *iudicium* comme un nom d'action, se référant à une évaluation ou à un acte de définition, alors le complément de nom « *bonae fidei* » peut prendre tout son sens: soit il s'agit de la nominalisation d'une tournure verbale *iudicare/arbitrari bona fide/ secundum bonam fidem*, soit *iudicare/arbitrari bonam fidem*. Le deuxième sens nous paraît le plus probable, au vu d'expressions comme *aestimare, explorare bonam fidem*²⁸⁴. Il paraît d'autant plus probable au vu d'une expression cicéronnienne, *iudicia de fide mala*²⁸⁵. Ce que signifie l'expression évoque bien, même lorsqu'elle se réfère à la formule, l'activité du *iudex* pendant l'instance: il tient compte, pour se décider, de la *bona fides*, et non simplement de l'existence du droit strict, c'est-à-dire d'une obligation unilatérale déduite en justice et ainsi figée au moment de la délivrance de la formule. Il apprécie la *bona fides* tant au niveau de la formation du rapport juridique, que de l'exécution de la prestation, que du comportement au procès; il l'évalue selon le comportement de chacune des parties, et non simplement selon le défendeur, la *bona fides* s'appréciant *inter eos*.

Cette expression ne se comprend plus tant par rapport à l'aspect extérieur de la formule, qu'à la nature véritable du travail d'appréciation du *iudex*, qui doit évaluer, estimer la *bona fides*. C'est là un changement très significatif dans le nom du groupe, qui a de multiples implications et de multiples présupposés: comme nous le verrons, un *iudicium bonae fidei* n'est pas nécessairement imposé par la clause *ex fide bona*. Reste à savoir la nature de la *bona fides* à évaluer.

2° L'expression la plus courante *iudicium bonae fidei* ne reprend pas l'ordre tel qu'il se trouve dans la formule, « *fides bona* ». Pourquoi la jurisprudence a-t-elle opéré un pareil changement? Ce contraste entre *fides bona* et *iudicium bonae fidei* est-il significatif²⁸⁶? La réponse nous paraît être positive.

²⁸⁴ Ces expressions sont néanmoins plus tardives, puisqu'elles sont de Papinien (Dig. 17.1.56.2) et de Tryphoninus (16.3.31).

²⁸⁵ *De nat. Deor.*, III §74.

²⁸⁶ Voir, exceptionnellement, *iudicium fidei bonae* dans Dig. 30.84.5 (Iulian., 33 Dig.).

Nos systèmes juridiques actuels ont tendance à distinguer deux notions de la bonne foi. L'une signifierait un modèle de comportement à l'aune duquel s'évalue la correcte formation ou la correcte exécution d'une obligation; elle est communément appelée bonne foi objective²⁸⁷, en allemand *Treu und Glaube*, et correspond à un devoir de loyauté qui emporte un ensemble variable d'exigences. L'autre, la bonne foi « subjective » (*Guter Glaube*) signifierait un état de fait, à savoir l'ignorance légitime de la véritable situation juridique d'un bien ou d'une personne, laquelle ignorance conduit à léser les droits d'autrui; son illustration la plus étoffée se trouve en matière de possession, dont elle conditionne, avec la *iusta causa*, les effets en matière d'acquisition de la propriété.

La question se pose de savoir si ces deux notions sont essentiellement étrangères l'une à l'autre, tant dans leur rapport notionnel intemporel que dans leur genèse (ce qui conduit à n'y voir qu'un rapport de quasi-homonymie), ou bien si elles ne représentent qu'un même concept qui reçoit une application différente dans deux champs juridiques²⁸⁸.

L'ordre *bona fides* est l'ordre canonique surtout employé pour parler de la bonne foi dite « possessoire », mais de fait, la bonne foi évoquée à propos des actions de bonne foi est elle aussi beaucoup plus communément évoquée sous la forme « *bona fides* » que « *fides bona* »; de même, *iudicium fidei bonae* est un hapax face à la multitude des formes « *iudicium bonae fidei* », *actio bonae fidei*, *contractus bonae fidei*. A l'inverse, on rencontre parfois l'ordre *fides bona* en matière de possession.

A notre avis, la jurisprudence classique n'a pas systématisé aussi parfaitement que le droit allemand une division entre deux notions de la bonne foi, à preuve le fait qu'elle ait choisi de parler communément de « *bona fides* ». Leur distinction était plus concrète et immédiate, plus opérationnelle. Ils ont su tout d'abord distinguer deux emplois de la bonne foi grâce à la division des formules et au champ d'opération de la notion. Pour eux, c'est soit un concept opératoire dans les *iudicia in quibus additur ex fide bona*, qui vient paramétrer et conditionner un *quidquid dari fieri oportet*; soit c'est (originellement) une qualification juridique qui conditionne l'efficace de l'action Publicienne²⁸⁹, qui n'a jamais été rangée dans les actions de bonne foi, malgré la présence (très probable) d'une mention de la *bona fides* dans la formule, et d'une présence (possible) de la bonne foi dans l'édit qui la promet: elle vient alors qualifier l'état d'ignorance justifiée où se trouve l'acheteur quant à la vente (*bona*

²⁸⁷ M.TALAMANCA, *Bona fides*, p.8 ss.

²⁸⁸ L'explication fournie par L.LOMBARDI, *Dalla Fides*, p.215 ss. nous semble encore la bonne pour le possesseur de bonne foi: c'est l'*emere bona fide* qui a constitué le point de départ de la réflexion (d'où la règle romaine, qui s'est perpétuée jusqu'à nos jours, *mala fides superueniens non nocet*). Toutefois, il nous paraît peut-être trop rapidement rattacher à cette explication le cas du *seruus bona fide seruiens*, ou plus encore de l'*homo liber bona fide seruiens*.

fide emit). C'est sur ces deux types d'énoncés juridiques que se construisent deux modèles de réflexion, deux disciplines de la bonne foi, qui néanmoins s'interpénètrent nécessairement.

Pourtant, au moins un point commun les fédère, c'est leur contrariété frappante au *dolus malus*.

Assurément, l'analyse de la clause *ex fide bona* a permis à la jurisprudence de prendre en compte *a fortiori* des états d'ignorance justifiée dans le cadre des rapports contractuels ou quasi-contractuels: l'exemple assez célèbre est celui du mandataire qui exécute la prestation alors même que le mandant est mort à son insu, ce qui éteindrait *iure ciuili* l'*obligatio mandati*²⁹⁰. Il pourra tout de même se retourner contre l'héritier s'il exécute le mandat après la mort du mandant. C'est ainsi que l'interprétation de la clause *ex fide bona* a su subsumer, d'une manière plus ou moins rhétorique, toutes les questions se référant à une ignorance justifiée, et l'on en possède plusieurs illustrations, notamment une très célèbre d'Ulpien à propos du dépôt contracté avec un esclave, dans son commentaire à Sabinus²⁹¹: le déposant est-il libéré s'il a remis la chose déposée à l'esclave émancipé? Qu'en est-il si l'esclave avait volé l'objet? Ainsi, la bonne foi des rapports contractuels ou quasi-contractuels comme modèle objectif de comportement n'exclut pas mais même implique souvent la bonne foi dite subjective, telle qu'elle apparaît principalement dans la discipline de l'action Publicienne, car le minimum qu'on puisse exiger d'un *bonus uir* est qu'il ne lèse pas en pleine connaissance de cause les droits de son cocontractant en lui vendant par exemple sciemment et sans le prévenir une *res aliena*; de même, un tuteur qui fait des dépenses pour un bien dont il savait pertinemment, malgré un titre apparent, qu'il n'appartenait pas à son pupille, ne pourra récupérer ces impenses²⁹².

Aussi parviennent-ils, dès l'époque classique, à agencer dans une même notion de la bonne foi, son aspect objectif comme modèle ou norme comportementale, et son aspect individuel,

²⁸⁹ Voir EP³, §60.

²⁹⁰ cf. *Inst.*, III, 160. Gaius ne re

²⁹¹ Dig. 16.3.11 *Ulpianus 41 ad sab. Quod servus deposuit, is apud quem depositum est servo rectissime reddet ex bona fide: nec enim convenit bonae fidei abnegare id quod quis accepit, sed debet reddere ei a quo accepit, sic tamen, si sine dolo omni reddat, hoc est, ut nec culpa quidem suspicio sit. denique sabinus hoc explicuit addendo: " nec ulla causa intervenit, quare putare possit dominum reddi nolle". hoc ita est, si potuit suspicari, iusta scilicet ratione motus: ceterum sufficit bonam fidem adesse. sed et si ante eius rei furtum fecerat servus, si tamen ignoravit is apud quem deposuit vel credidit dominum non invitum fore huius solutionis, liberari potest: bona enim fides exigitur. non tantum autem si remanenti in servitute fuerit solutum, sed etiam si manumisso vel alienato, ex iustis causis liberatio contingit, scilicet si quis ignorans manumissum vel alienatum solvit. idemque et in omnibus debitoribus servandum pomponius scribit.*

²⁹² Inversement, la bonne foi dite *subjective* implique l'objectivité. La bonne foi implique plus que l'ignorance, elle implique l'ignorance justifiée, par le droit dit-on, mais précisément, la notion de bonne foi se réfère aux standards idéalement objectifs qui justifient l'ignorance. A ce titre, la bonne foi dite subjective n'est pas simplement conçue dans sa dimension d'état psychologique. Voir les très justes remarques de Lombardi, *Dalla Fides*, p.209 ss. qui refuse de lui donner toute connotation psychologique.

subjectif et concret, comme description d'un comportement, d'une attitude, d'un état psychologique.

On pourrait dire ainsi qu'on évalue la *bona fides* de quelqu'un à l'aune de la *fides bona* (*fides* typique des *boni*). De fait, dans les commentaires des formules par les prudents, beaucoup de tournures *bona fide gerere*, *bona fide fructus percipere*, ressemblent syntaxiquement aux emplois caractéristiques de la bonne foi dite subjective, *bona fide emere*, *bona fide possidere*, *bona fide seruire*.

Ainsi, il connaissent deux emplois à partir de l'observation des formules (*bona fide emit* dans la Publicienne, *quidquid dare facere oportet ex fide bona* dans nos *iudicia*): mais il ne systématisent pas cette distinction, sensibles aux points de contact entre ces deux notions. Mais dans un cas elle représente la qualification juridique sans référent précis auquel elle est appliquée, dans l'autre cas la qualification juridique en acte et vient déterminer le comportement décrit; dans un cas, elle oriente l'appréciation d'un fait, dans l'autre l'appréciation de l'obligation. Lorsqu'on dit *iudicium bonae fidei*, on va *aestimare bonam fidem*, et *bona fides* se réfère déjà au trait, dans un comportement, à qualifier comme conforme ou non à la *fides bona*. Le juge se demandera par exemple si le tuteur a fait des dépenses « *bona fide* ».

La jurisprudence classique emploie donc invariablement une même expression, à propos de nos actions et à propos de l'ignorance justifiée, « *bona fides* », sans distinguer sciemment la *bona fides* subjective de la *fides bona* objective²⁹³.

Quoi qu'il en soit, la fixation d'une notion sert, essentiellement à partir de la jurisprudence médio-classique, à lui attribuer un régime assez stable et défini.

1.2.1.1.2. La conscience d'un « régime » des *iudicia bonae fidei* (II)

Chez les auteurs médio-classiques, et plus encore sous les Sévères, la nature de *iudicium bonae fidei* appelle un certain régime, avant tout pour l'instance *apud iudicem*. Il peut pour

²⁹³ Cette observation, notons-le, conduit accessoirement à nuancer l'opposition entre bonne foi subjective et bonne foi objective: si la bonne foi subjective se réfère certes principalement à un état psychologique, elle ne se résume pas à un état psychologique, mais représente aussi un comportement typique qui se conforme à certaines exigences. A l'inverse le fait à qualifier de conforme à la bonne foi objective a nécessairement une teinte psychologique minimale, qui s'est sans doute accrue avec le temps; en outre, on se représente en droit moderne la bonne foi objective comme une étiquette représentant un complexe normatif relativement stable, ce qui ne fut sans doute pas le cas pour la jurisprudence romaine. La bonne foi dite objective n'est pas une notion qu'on peut abstraire de son contexte: il n'y a pas, comme dans certains systèmes continentaux, un « principe général de bonne foi » qui pourrait gouverner l'ensemble des

ainsi dire être abstrait indépendamment de la discipline propre à chaque formule. S'il y a une raison pour laquelle l'expression *iudicium bonae fidei* reçoit les faveurs de la jurisprudence essentiellement à partir du II^{ème} siècle, c'est sans doute parce qu'elle y voit davantage un intérêt opérationnel qu'au siècle précédent et ose davantage formuler en bloc des solutions valables pour un ensemble de formules.

Il n'existe certes aucun texte de doctrine qui traite de manière systématique de l'ensemble de ces propriétés, il n'existe pas de traité général des actions de bonne foi. Pourtant, à l'époque tardo-classique, les prudents ont sans aucun doute possible conscience que cette nature appelle un régime bien établi, au point qu'Ulpien pourra dire de l'*actio aestimatoria* que, puisqu'elle est un *negotium civile et bona fide gestum*, les règles applicables aux *iudicia bonae fidei* déjà évoquées dans son commentaire s'y appliqueront aussi²⁹⁴. On ne sait pas si Ulpien avait réservé un exposé systématique, au début de son commentaire du titre XIX, au « régime » des *iudicia bonae fidei*. Nous ne le pensons pas: il ne fait sans doute que se référer à tous ses raisonnements précédents où intervenait de façon déterminante la notion de *iudicium bonae fidei* comme justification de l'application d'une règle; il avait dû longuement en parler dans son commentaire, à propos soit de l'*actio negotiorum gestorum*, soit de l'action de commodat, soit des précédentes actions du titre XIX. C'est en filigrane, et incidemment, que les jurisconsultes présentent ce régime à travers leurs raisonnements. Sans doute Ulpien entend-il, par cette référence aux *iudicia bonae fidei*, appliquer à l'*actio aestimatoria* un ensemble de propriétés essentiellement processuelles, découlant de la nature de *iudicium bonae fidei* indépendamment de l'institution concernée: la possibilité d'une compensation, la possibilité d'une absolution en cas de *satisfactio post acceptum iudicium*, la délation d'un *iusiurandum in litem*, l'invocation du dol du demandeur indépendamment de l'insertion d'une exception de dol, l'invocation d'un pacte indépendamment de l'insertion d'une *exceptio pacti*, la condamnation aux *usurae* (intérêts) indépendamment de leur fixation conventionnelle, et aux *fructus*, en se référant au moment du jugement et non à celui de la *litis contestatio*. Mais Ulpien est loin d'être le seul, ou le premier, à manifester une conscience aussi aiguë d'un régime propre et commun à l'ensemble de ces *iudicia*. On rencontre bien d'autres emplois de

rapports juridiques. Un jurisconsulte ne se permet pas un discours général sur la bonne foi; il ne se le permet qu'en rapport avec ce qui est visé dans la *demonstratio*, en rapport avec les faits présentés.

²⁹⁴ Dig. 19.3.1. Ulpianus 32 ad ed (...) *est enim negotium civile gestum et quidem bona fide. quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus*. Il est certes possible que ce texte soit remanié, la suite « *est enim negotium... bona fide* » paraissant particulièrement bancal: mais le remaniement peut être dû à une allusion trop claire à l'existence d'une formule *ex fide bona* pour l'*aestimatum*, allusion qui n'aurait plus de sens à l'époque de Justinien. Voir sur ce texte, L.LOMBARDI, « *L'actio aestimatoria e i bonae fidei iudicia* », BIDR 63, 1960, p.134.

l'expression *iudicium bonae fidei*, qui montrent son intérêt opérationnel dans le raisonnement des juristes d'époque classique.

Il existe quelques solutions et traitements formulés de manière abstraite et généralisante (A), mais c'est surtout incidemment qu'est invoquée la nature de *iudicium bonae fidei*, à des fins de justification d'une solution (B).

1.2.1.1.2.1. Les traitements généraux et les généralisations (A)

Nos sources nous font voir plusieurs traitements, en apparence abstraits et systématisants, du régime des *iudicia bonae fidei*. Certains sont présentés comme des *regulae* simplifiées de l'époque tardo-classique²⁹⁵, ou du moins sont présentés comme telles dans la Compilation²⁹⁶, sans que l'on puisse exactement restituer leur contexte. Cette présentation dans la compilation ne représente pas l'âme du raisonnement des juristes classiques. Mais certains extraits nous montrent heureusement l'intérêt opérationnel que les prudens portent, au sein même de leur raisonnement, à la notion de *iudicium bonae fidei*, en ce qu'il leur permet de concilier casuistique et systématisation. Ce sont essentiellement des textes de juristes médio- ou tardo-classiques, sans qu'il faille en conclure que ce type de généralisation soit inconnu des juristes du Ier siècle après JC. Ces traitements généraux ont deux fonctions chez les juristes classiques: soit ils présentent incidemment et négativement des solutions communes et spécifiques aux *iudicia bonae fidei* comme un ensemble de tempéraments pour écarter une règle établie ou une solution de droit commun (1°), soit ils étendent une solution à partir d'un *iudicium bonae fidei* à tous les *iudicia bonae fidei* (2°).

1° Donnons quelques exemples de cette manière qu'ont les juristes classiques de présenter de manière générale et en apparence systématique un trait du régime des actions de bonne foi. Elle sert en fait très souvent à montrer que les *iudicia bonae fidei* représentent une dérogation à la règle qu'ils présentent et commentent.

²⁹⁵ Par ex. Dig. 12.3.5pr. *Marcianus 4 reg. In actionibus in rem et in ad exhibendum et in bonae fidei iudiciis in litem iuratur* Dig. 22.1.32.2 *Marcianus 4 reg. In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur.*

²⁹⁶ Dig. 5.1.41 *Papinianus 11 quaest.*, ou encore Dig. 22.1.5 *Papinianus 28 quaest. Generaliter observari convenit bonae fidei iudicium non recipere praestationem, quae contra bonos mores desideretur.*

Lorsqu'il développe le champ d'application de l'édit *de pactis*²⁹⁷, et lorsqu'il présente le principe général que *ex nudo pacto nulla nascitur actio*, Ulpien²⁹⁸ développe rapidement et abstraitement le régime de l'invocabilité des pactes dans une action de bonne foi et la manière dont doit se comprendre ce principe abstrait. Pour elles, il n'est nullement nécessaire d'insérer une quelconque exception de pacte, et elles ne sont donc pas concernées par la promesse générale du préteur concernant l'observation des pactes; lorsque ces pactes accompagnent la formation du contrat, ils bénéficient même au demandeur et ne sont donc nullement concernés par l'impossibilité d'agir en vertu d'un pacte nu; à l'inverse, les *pacta ex interuallo* ne peuvent être sanctionnées par voie d'action car cela contreviendrait à la règle d'interdiction d'agir en vertu d'un pacte nu, mais peuvent être sanctionnés par voie d'exception. Son développement montre qu'il a isolé une certaine nature de *iudicia* possédant la propriété formidable de rendre les pactes invocables pour la première fois *apud iudicem*. L'invocation des actions de tutelle et *rei uxoriae* figure à titre d'illustration, de même que l'exemple de l'*actio empti*. Il est significatif qu'il ait évoqué trois actions de bonne foi pourtant si différentes dans l'institution qu'elles protègent respectivement, pour montrer que c'est une règle à la fois spécifique aux *iudicia bonae fidei*, commune aux *iudicia bonae fidei*, et découlant de leur qualification en *iudicia bonae fidei*: il a choisi un *iudicium bonae fidei* sans clause *ex fide bona*, une action infamante, qui ne représente pas un *contractus* reposant sur une *conuentio*, et enfin une action non infamante qui naît d'un contrat. Il ne fait qu'écarter les actions de bonne foi du champ d'application de l'édit *de pactis* et n'établit ainsi leur spécificité que de manière négative, comme des dérogations aux solutions générales de l'édit concernant l'invocation des pactes.

C'est exactement de la même manière que, par exemple, Paul²⁹⁹ développe l'inutilité d'une action *de eo quod certo loco* lorsqu'une obligation est en principe sanctionnée, non par une action de droit strict, mais par une action de bonne foi, où le juge est de toute façon habilité à tenir compte de l'*id quod interest* dans la condamnation. Grâce à cette catégorie commune, il

²⁹⁷ EP³, §10.

²⁹⁸ Dig. 2.14.7.5 *Ulpianus 4 ad ed. Quin immo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur. ut puta post divortium convenit, ne tempore statuto dilationis dos reddatur, sed statim: hoc non valebit, ne ex pacto actio nascatur: idem Marcellus scribit. et si in tutelae actione convenit, ut maiores quam statutae sunt usurae praestentur, locum non habebit, ne ex pacto nascatur actio: ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est quae in ingressu contractus facta sunt. idem responsum scio a papiniano, et si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex empto non posse propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur. quod et in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum. sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones.*

²⁹⁹ Dig. 13.4.7pr. *Paulus 28 ad ed. In bonae fidei iudiciis, etiamsi in contrahendo convenit, ut certo loco quid praestetur, ex empto vel vendito vel depositi actio competit, non arbitraria actio.* Par *arbitraria actio*, Paul se réfère à l'action *de eo quod certo loco*.

délimite plus efficacement de manière négative le champ d'application de l'action *de eo quod certo loco*.

De la même manière, Gaius³⁰⁰ présente la singularité des actions de bonne foi au titre de la *pluris petitio*: sans doute le texte, malheureusement mutilé en cet endroit, expliquait-il que les contrecreances du défendeur ne risquent pas, en général, de causer une quelconque *pluris petitio*, puisqu'elles ne sont en principe pas prises en compte par le *iudex*, avant de formuler les différents tempéraments à cette règle générale. C'est à ce titre, avant de développer la *deductio du bonorum emptor* et la *compensatio argentarii*, qu'il développe systématiquement le « régime » des *iudicia bonae fidei*. Ou bien son développement sur la règle *falsa demonstratione rem non peremi* l'a conduit à expliquer pourquoi l'action de dépôt ne pouvait pas, de toute manière, à l'inverse de sa formule *in factum*, créer de risque de *pluris petitio*. Il présente alors une particularité processuelle de ces actions portant sur un *incertum*, qui est de permettre au juge de compenser les contrecreances du défendeur.

De même, présentant, dans un texte malheureusement mutilé dans le manuscrit de Vérone, le point de vue des Proculiens, Gaius³⁰¹ nous explique la dérogation spéciale que constituaient, entre autres, les *iudicia bonae fidei* à l'impossibilité générale pour le défendeur d'être absout en cas de *satisfactio post acceptum iudicium*.

Aussi ces traitements généraux manifestent-ils très souvent la reconnaissance d'un régime original propre au *iudicia bonae fidei*, qui apparaissent principalement comme des tempéraments à des principes généraux de la procédure formulaire.

2° Il existe de nombreux passages, suspectés autrefois d'interpolation, qui font intervenir une généralisation à partir d'une solution donnée dans un cas particulier concernant un *iudicium bonae fidei*, du type « *ut in ceteris bonae fidei iudiciis* »; « *quod in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum* ». La notion de *iudicium bonae fidei* semble en être le pivot. Une solution exprimée pour une institution, une situation donnée, est étendue à toutes les actions de bonne foi.

Ainsi, Pomponius³⁰², à propos du lieu de restitution de la chose déposée, considère qu'il ne faut avoir égard au lieu de déposition initiale, et étend cette solution à tous les *iudicia bonae fidei*; il est fort possible que la solution concernant le dépôt soit une citation ou une simple

³⁰⁰ *Inst.* IV, 62.

³⁰¹ *Inst.* IV, 114

³⁰² Dig. 16.3.12.1 Pomponius 22 ad sab. *Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo eius est, apud quem depositum est: ubi vero depositum est, nihil interest. eadem dicenda sunt communiter et in omnibus bonae fidei iudiciis.*

paraphrase de Sabinus, et que la généralisation soit le commentaire de Pomponius, qui témoigne ainsi de l'aisance avec laquelle les juristes du II^{ème} siècle parviennent à raisonner globalement sur l'ensemble des *iudicia bonae fidei*, là où Sabinus préférait s'en tenir au profil de l'institution concernée; point n'est donc besoin de soupçonner une interpolation.

Le même Pomponius³⁰³ semble étendre ainsi une solution trouvée à propos de l'*actio fiduciae* à tous les *iudicia bonae fidei*: dans le cadre d'un contrat de fiducie conclu par un *alieni iuris*, le *pater* ou le *dominus* est explicitement tenu *in solidum* pour son dol propre, et non uniquement à hauteur du pécule, en raison d'une mention spéciale dans la formule. Pomponius a considéré que cette solution était commune à tous les *iudicia bonae fidei*, alors même que la solution de départ sur laquelle se fondait sa généralisation concernait une formule très vraisemblablement sans clause *ex fide bona*.

De la même façon, Ulpien³⁰⁴, commentant les propos de Sabinus, qui considérait que dans les *actiones empti et uenditi*, une clause se référant à l'*arbitrium domini* n'était pas nulle mais était enserrée dans les limites de l'*arbitrium boni uiri*, choisit d'étendre la solution à tous les *iudicia bonae fidei*. De même, Marcellus³⁰⁵ considérait qu'un *alieni iuris* qui s'est porté caution en se faisant passer pour un *pater familias*, sans pouvoir donc être poursuivi par le créancier, était tenu par l'action de mandat en raison de son dol, bien que le contrat de cautionnement soit nul: Ulpien souligne que cette solution est transposable à tous les *iudicia bonae fidei*.

Toutefois, étendre péremptoirement une solution à l'ensemble des *iudicia bonae fidei* est parfois suspect à première vue et a pu faire douter de l'authenticité de ces généralisations. Lorsqu'Ulpien³⁰⁶ commentant Sabinus développe l'idée d'un possible concours cumulatif entre l'*actio furti* et l'*actio pro socio*, il étend cette solution à tous les *iudicia bonae fidei*. Le texte peut paraître suspect à deux titres: d'une part, il existe deux cas où il est *a priori* impossible que l'*actio furti* entre en concours cumulatif avec une action de bonne foi: l'*actio fiduciae* directe, où le fiduciaire est propriétaire Quiritaire, et l'*actio rei uxoriae*, où il est de toute manière interdit d'intenter une action de vol entre époux, or ces deux institutions qui

³⁰³ Dig. 15.1.36 Ulpianus 2 disp. (...)nam quod in servo, cui res pignori data est, expressum est, hoc et in ceteris bonae fidei iudiciis accipiendum esse pomponius scripsit. namque si servo res pignori data sit, non solum de peculio et in rem verso competit actio, verum hanc quoque habet adiectionem " et si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est " (...) Il est communément admis que Pomponius parlait de la fiducie. cf. Lenel EP³ et *Palingenesia*, II

³⁰⁴ Dig.50.17.22.1 Ulpianus 28 ad sab. Generaliter probandum est, ubicumque in bonae fidei iudiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris eius condicio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse.

³⁰⁵ Dig. 14.5.6 Ulpianus 2 disp. Eum, qui se patrem familias simulavit et mandante aliquo stipulatus est, mandati teneri Marcellus scripsit, quamvis rem praestare non possit: et sane verum est teneri eum debere, quia dolo fecit. hoc et in omnibus bonae fidei iudiciis dicendum erit.

viendraient contredire le raisonnement n'existent précisément plus dans le droit de Justinien. D'autre part, le commentaire de Paul en 17.2.46, sans doute sur le même passage de Sabinus, se contente quant à lui de généraliser la solution à l'*actio locati*, l'*actio negotiorum gestorum*, à l'*actio mandati* et à l'*actio tutelae*, sans se référer explicitement à l'ensemble des *iudicia bonae fidei*. Toutefois, le raisonnement d'Ulpien n'est pas nécessairement faux: son propos n'est pas de montrer que toutes les actions de bonne foi entrent en concours avec l'*actio furti*, et d'ailleurs, Justinien ne pourrait pas davantage le dire, puisque la plupart des actions contraires n'auraient aucune raison d'entrer en concours avec cette action. Il s'agit simplement de montrer que, lorsque l'*actio furti* est théoriquement possible, elle n'est pas consumée de plein droit par le *iudicium bonae fidei*, ni ne le consume, et entrera en concours cumulatif, non électif, avec lui. La généralisation n'est faite à notre avis que pour montrer que tous les *iudicia bonae fidei* sont des actions réipersécutoires, à preuve leur cumul possible avec l'*actio furti*, et sans doute paraissait-il d'autant plus judicieux de le rappeler que certaines d'entre elles sont infamantes et côtoient donc dans certains titres de l'édit des actions pénales³⁰⁷. Le commentaire de Paul donne, pour défendre la même idée, différents exemples d'actions aussi bien infamantes (*mandati, tutelae*) que non-infamantes (*negotiorum gestorum, locati*): même une action de bonne foi infamante, malgré sa coloration punitive, reste une action réipersécutoire, et, si concours il y a avec une *poenalis actio*, ce concours sera toujours cumulatif, non électif, car les objets de chacune des prétentions sont distincts: en un cas la *res ipsa*, en un autre cas la *poena legitima*. La généralisation d'Ulpien n'a donc aucune raison d'être considérée comme une interpolation.

Ce type de généralisation n'est donc pas nécessairement de la main des compilateurs. Elle ne représente souvent qu'une volonté d'étendre une solution à toutes les actions de bonne foi au motif que c'est la nature particulière du *iudicium* qui commandait une pareille solution. La plus ancienne de ces solutions généralisantes que nous possédions est peut-être celle de Sabinus³⁰⁸, si l'on ne considère pas que la généralisation est à mettre en réalité sur le compte de Paul, qui a simplement observé la permanence d'une solution chez Sabinus quel que soit le *iudicium bonae fidei* considéré. Elle concerne la possibilité pour le *iudex* d'interposer des

³⁰⁶ Dig. 17.2.45 Ulpianus 30 ad sab. *Rei communis nomine cum socio furti agi potest, si per fallaciam dolove malo amovit vel rem communem celandi animo contrectet: sed et pro socio actione obstrictus est, nec altera actio alteram tollet. idemque in omnibus bonae fidei iudiciis dicendum est.*

³⁰⁷ Voir *infra* Chapitre 1er.

³⁰⁸ Dig. 17.2.38 Paulus 6 ad sab. *Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate. quod sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimavit, sive generalia sunt (veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae) sive specialia (veluti mandati, commodati, depositi).*

cautiones pour les pertes et les gains futurs, qui seront exigibles seulement après le moment du jugement. Selon Sabinus ou Paul, le *iudex* possède ce pouvoir dans tous les *iudicia bonae fidei*, et il n'y a pas de raison de distinguer la solution entre différentes sous-catégories de *iudicia bonae fidei*.

L'intérêt, donc, de la catégorie de *iudicium bonae fidei* est souvent de permettre la généralisation d'une solution, généralisation qui ne peut être poussée trop loin. Ces généralisations servent d'ailleurs tout aussi souvent à renforcer le bien fondé d'une solution, et représentent donc des justifications.

1.2.1.1.2.2. *Les emplois justificatifs de la notion de iudicium bonae fidei (B)*

La notion de *iudicium bonae fidei* est employée pour justifier une solution, soit qu'un juriste se réfère aux solutions déjà observées dans d'autres *iudicia bonae fidei* (1°), soit qu'il fonde sa solution sur une analyse de la notion même de *iudicium bonae fidei* (2°).

1° Les solutions analogiques consistent essentiellement à rappeler une solution commune à différents autres *iudicia bonae fidei*, pour l'étendre à un *iudicium bonae fidei*.

Un exemple très simple en est fourni par Paul³⁰⁹, qui considère que l'héritier du tuteur est tenu du dol du tuteur parce que c'est la solution observée dans tous les *iudicia bonae fidei*: alors même que la tutelle est assez singulière dans la mesure où elle n'est pas un mode de formation de l'obligation par l'accord des volontés, comme presque tous les autres *iudicia bonae fidei*, la solution prônant la responsabilité de l'héritier du tuteur à raison de son dol est renforcée par le rappel d'une solution admise uniformément dans tous les autres *iudicia bonae fidei*.

Par exemple encore, la possibilité de prendre en compte l'*affectus ratio* pour déterminer un intérêt à agir dans les *iudicia bonae fidei*, justifie selon Papinien³¹⁰ la possibilité d'une action de mandat contre celui qui n'opère pas l'affranchissement du frère du mandant, dérogeant

³⁰⁹ Dig. 27.7.8.1 *Paulus 9 resp. Paulus respondit tale iudicium in heredem tutoris transferri oportere, quale defunctus suscepit. hoc eo pertinet, ut non excusetur heres, si dicat se instrumenta tutelaria non invenisse: nam cum ex omnibus bonae fidei iudiciis propter dolum defuncti heres teneatur, idem puto observandum et in tutelae actione.*

³¹⁰ Dig. 17.1.54pr. *Papinianus 27 quaest. Cum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. sed si in hoc mandatum intercessit ut servus manumitteretur nec manumiserit, et pretium consequetur dominus ut venditor et affectus ratione mandati agatur: finge filium naturalem vel fratrem esse (placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam) (...)*

ainsi au droit commun, qui veut que l'*id quod interest* ait nature patrimoniale et exclue le préjudice d'affection.

Cet emploi justificatif est particulièrement fécond en matière d'*usurae*. Lorsque le gérant d'affaire était par ailleurs débiteur sans intérêts du géré, mais qu'il n'a pas reversé la somme due alors qu'il gérait les affaires de son créancier, alors Ulpian³¹¹ explique qu'il devra tout de même des intérêts pour le retard à payer sa dette, du fait qu'il était gérant d'affaires, et la solution de Paul³¹² est fondée sur les solutions générales observées dans les autres *iudicia bonae fidei* qui permettent au juge de tenir compte d'un taux d'intérêt pour le retard pour fixer le montant de la condamnation. De même selon Paul³¹³, un déposant a droit de récupérer les *usurae* pour la somme déposée si le dépositaire s'est vu autorisé à utiliser cet argent, bien que des intérêts n'aient pas été fixés conventionnellement: la solution est renforcée par sa conformité aux solutions uniformes concernant les autres *iudicia bonae fidei*. Quant au taux d'intérêt, indépendamment de toute fixation conventionnelle, par exemple si quelqu'un, gérant les affaires d'autrui, a payé la dette de l'absent à son créancier pour éviter un envoi en possession, il sera selon Ulpian³¹⁴ calculé selon le taux usuel de la région comme dans les autres *iudicia bonae fidei*, parce que c'est la solution qui a été le plus souvent décidée, sans doute par la chancellerie impériale, pour les autres *iudicia bonae fidei*³¹⁵. De manière générale, la référence fréquente à un ensemble de solutions déjà observées dans d'autres *iudicia bonae fidei* pour les transposer analogiquement à un cas donné a sans doute été favorisée par l'importance grandissante des décisions de la chancellerie impériale: comme elles prenaient un tour officiel en même temps qu'elles étaient argumentées, comme elles étaient censée avoir valeur de loi, elles constituaient des précédents qui, pour peu qu'ils fassent appel à la notion de *iudicium bonae fidei*, invitaient les prudents à se demander dans quelle mesure ils étaient transposables à d'autres *iudicia bonae fidei*³¹⁶: il n'est donc pas

³¹¹ Dig. 3.5.5.14 Ulpianus 10 ad ed. (...) certe si quid a se exigere debuit, procul dubio hoc ei imputabitur. quamquam enim hoc ei imputari non possit, cur alios debitores non convenerit, quoniam conveniendi eos iudicio facultatem non habuit, qui nullam actionem intendere potuit: tamen a semet ipso cur non exegerit, ei imputabitur: et si forte non fuerit usurarium debitum, incipit esse usurarium, ut divus pius flavio longino rescripsit(...).

³¹² Dig. 3.5.6 Paulus 9 ad ed. Quia tantundem in bonae fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio. Le texte est raccordée par les compilateurs au précédent texte d'Ulpian

³¹³ Dig. 16.3.29.1 Paulus 2 sent. Si ex permissu meo deposita pecunia is penes quem deposita est utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius nomine praestare mihi cogitur.

³¹⁴ Dig. 22.1.37 Ulpianus 10 ad ed. Et in contraria negotiorum gestorum actione usurae veniunt, si mutuatus sum pecuniam, ut creditorem tuum absolvam, quia aut in possessionem mittendus erat bonorum tuorum aut pignora venditurus. quid si domi habens propter eandem causam solvi? puto verum, si liberavi ex magno incommodo, debere dici usuras venire, eas autem, quae in regione frequentantur, ut est in bonae fidei iudiciis constitutum (...)

³¹⁵ Dig. 22.1.1pr. Papinianus 2 quaest. Cum iudicio bonae fidei disceptatur, arbitrio iudicis usurarum modus ex more regionis ubi contractum est constituitur, ita tamen, ut legi non offendant. Dig. 16.3.24 Papinianus 9 quaest. (...) et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio (...)

³¹⁶ cf. par exemple CJ.4.65.2: (Imperator Antoninus) Adversus eos, a quibus extruenda aedificia conduxisti, ex conducto actione consistens eo iudicio quod est bonae fidei debitum cum usuris solitis consequeris. * ant. a. epidio epicteto. * <a 213 pp. k. iul. romae

étonnant que ce type de raisonnement soit particulièrement apprécié des juristes de l'époque des Sévères, notamment quant à la question, souvent épineuse socialement et économiquement, des taux d'intérêt.

Souvent encore, un auteur se réfère à une sorte d'adage qui représente une solution générale, commune et spécifique aux *iudicia bonae fidei*: comme « l'inhérence de l'exception de dol » dans les *iudicia bonae fidei*. L'inutilité pour l'acheteur d'insérer une exception de pacte pour paralyser l'*actio uenditi* se justifie selon Julien³¹⁷ par l'inhérence de l'exception de pacte observée dans tous les *iudicia bonae fidei*: *bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt*, ce qui représente en ce cas une justification par un régime général, une solution uniformément admise pour toute la catégorie. De la même manière, Ulpien³¹⁸ justifie qu'un acheteur puisse agir par l'action *empti* pour réclamer au vendeur une stipulation de garantie au double, dans la mesure où c'est un usage courant et que les usages et coutumes sont observés dans les *iudicia bonae fidei*.

Quoi qu'il en soit, les jurisconsultes arrivent finalement à fonder une solution en appliquant une sorte de régime établi attaché à la nature de *iudicium bonae fidei*: ils doivent seulement vérifier s'il n'y a pas une raison impérieuse pour écarter ce régime³¹⁹. La solution d'un cas dépendra alors souvent de la qualification d'un *iudicium* en *iudicium bonae fidei*. Ainsi lorsque Paul³²⁰ cherche à savoir si, dans l'*actio communi diuidundo*, le coindivisaire qui a fait des dépenses pour la chose commune, a besoin ou non d'insérer l'exception de dol pour les faire valoir au procès comme contrecreances, la question revient à savoir si l'on peut qualifier ou non le *iudicium communi diuidundo* de *iudicium bonae fidei*, en quel cas les règles de la compensation et l'inhérence de l'exception de dol seront applicables. De la même façon, c'est parce que l'*actio rei uxoriae* est qualifiable de *iudicium bonae fidei* que le mari n'a nul besoin

antonino a. iiii et balbino cons.>. Voir encore CJ 4.34.2, CJ 4.32.13: tous ces textes semblent en faire une question tranchée et officialisée depuis longtemps par la chancellerie.

³¹⁷ Dig. 18.5.3 Paulus 33 ad ed. *Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta: ideoque quaesitum est, si emptor fideiussores acceperit, vel venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio. iulianus scripsit ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt (...).*

³¹⁸ Dig. 21.1.31.20 Ulpianus 1 ad ed. aedil. Curul. *Quia adsidua est duplae stipulatio, idcirco placuit etiam ex empto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat: ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire.*

³¹⁹ Dig. 16.3.24 Papinianus 9 quaest. *et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit.*

³²⁰ Dig. 10.3. Paulus 3 ad plaut. *Impendia autem, quae dum proprium meum fundum existimo feci, quae scilicet, si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem, an etiam, si communi dividundo iudicio mecum agatur, aequitate ipsius iudicii retinere possim, considerandum est. Quod quidem magis puto, quia bonae fidei iudicium est communi dividundo:*

d'insérer l'exception de dol pour opposer des dépenses qui sont venues diminuer la dot mais qu'il avait faites dans l'intérêt légitime de sa femme³²¹.

Ainsi, la référence à un ensemble de solutions observées pour des *iudicia* ayant nature commune, montre en filigrane la conscience jurisprudentielle d'un régime établi attaché à la *bonae fidei natura*.

2° Assez fréquemment, une solution se fonde non pas sur une analogie avec les autres *iudicia bonae fidei*, mais se réfère à la notion même de *iudicium bonae fidei*, souvent par un énoncé causal, « *cum iudicium bonae fidei sit* », et ce souvent parce qu'il n'y a pas de solution établie et généralisée: souvent la solution est tirée en réalité de la conjonction entre le cas concret ou l'institution et le cas. Les exemples abondent. Ainsi, Ulpien³²² considère que le pouvoir qu'a le *iudex*, dans une action de tutelle, de poser une limite au montant que fixera le demandeur par un *iusiurandum in litem*, vient de la nature même de l'instance, qui est un *iudicium bonae fidei*. Puisque le juge peut juger de la *bona fides*, qui suppose d'être examinée « *inter bonos* », et donc entre les deux parties, il peut aussi limiter ou ne pas s'en tenir à l'évaluation solennelle du demandeur s'il la juge fallacieuse.

De même, selon Julien³²³, le tuteur est dans certains cas fondé à appauvrir son pupille, par exemple en autorisant des donations à ses parents proches, et ce parce que le *iudicium* est un *iudicium bonae fidei*: il examinera si les dépenses ont été faites *bona fide* mais surtout, le tuteur agissant comme un *bonus uir* en fournissant des aliments à la soeur ou à la mère du pupille, ce dernier serait précisément de mauvaise foi à s'en plaindre et le juge a le pouvoir, là encore, d'estimer la bonne foi de sa prétention-même.

Pomponius³²⁴ justifie la prise en compte totale et générale de n'importe quel dol du vendeur du fait que l'*actio empti* est un *iudicium bonae fidei*. Cette solution se fonde sur la notion

³²¹ Dig. 24.3.21 Ulpianus 3 disp. *Sed et si ideo maritus ex dote expendit, ut a latronibus redimeret necessarias mulieri personas vel ut mulier vinculis vindicet de necessariis suis aliquem, reputatur ei id quod expensum est sive pars dotis sit, pro ea parte, sive tota dos sit, actio dotis evanescit. et multo magis idem dicendum est, si socer agat de dote, debere rationem haberi eius quod in ipsum impensum est, sive ipse maritus hoc fecit sive filiae ut faciat dedit: sed et si non pater experiretur, sed post mortem eius filia sola de dote ageret, idem erit dicendum: cum enim doli exceptio insit de dote actioni ut in ceteris bonae fidei iudiciis, potest dici, ut et celso videtur, inesse hunc sumptum actioni de dote, maxime si ex voluntate filiae factus sit.*

³²² Dig. 12.3.4.2 Ulpianus 36 ad ed. *Iurare autem in infinitum licet. sed an iudex modum iuriurando statuere possit, ut intra certam quantitatem iuretur, ne arrepta occasione in immensum iuretur, quaero. et quidem in arbitrio esse iudicis deferre iusiurandum nec ne constat: an igitur qui possit iusiurandum non deferre, idem possit et taxationem iuriurando adicere, quaeritur: arbitrio tamen bonae fidei iudicis etiam hoc congruit.*

³²³ Dig. 27.3.1.2 Ulpianus 36 ad ed. *Sed et si non mortis causa donaverit tutore auctore, idem iulianus scripsit plerosque quidem putare non valere donationem, et plerumque ita est: sed nonnullos casus posse existere, quibus sine reprehensione tutor auctor fit pupillo ad deminuum, decreto scilicet interveniente: veluti si matri aut sorori, quae aliter se tueri non possunt, tutor alimenta praestiterit: nam cum bonae fidei iudicium sit, nemo feret, inquit, aut pupillum aut substitutum eius querentes, quod tam coniunctae personae alitae sint: quin immo per contrarium putat posse cum tutore agi tutelae, si tale officium praetermiserit.*

³²⁴ Dig. 19.1.6.9 Pomponius 9 ad sab. *Si venditor sciens obligatum aut alienum vendidisset et adiectum sit "neve eo nomine quid praestaret", aestimari oportet dolum malum eius, quem semper abesse oportet in iudicio empti, quod bonae fidei sit.*

même de *iudicium bonae fidei*. La *bona fides* étant à l'opposé de tout dol, le juge a le pouvoir et le devoir d'examiner tout comportement dolosif connexe au *negotium*. Le vendeur ne peut ainsi jamais s'exonérer préventivement de son dol par une limitation de garantie ou par un pacte *de non petendo*, à quelque moment qu'il soit intervenu, soit au moment de la formation du contrat, soit au moment de son exécution, parce que le juge dispose du pouvoir d'évaluer la conformité de ses actes aux canons que représente la *bona fides*.

Déjà, semble-t-il, en matière de clauses confiant à un tiers la fixation et l'évaluation des parts dans une société, Proculus justifiait le pouvoir du *iudex* de réviser ces parts si elles étaient contraires à l'*arbitrium boni uiri*, et renforçait sa solution par référence à la nature de *iudicium bonae fidei*. En effet, les parts doivent être plus ou moins conformes à ce qui serait pratiqué entre *boni uiri*, ce pourquoi le juge est alors fondé à opérer un contrôle restreint de la fixation des parts³²⁵.

En réalité, ces emplois justificatifs, contrairement aux précédents, qui ne se faisaient que se référer à un ensemble de solutions, montrent que la justification se trouve implicitement dans l'analyse de la notion même de la *bona fides* qui fait l'objet du *iudicium*: Ulpian³²⁶ le montre plus explicitement lorsqu'il fonde sur cette notion le respect de la volonté des parties dans l'interprétation par le *iudex* du contrat de vente. « *cum bonae fidei sit iudicium, nihil magis bonae fidei congruit...* ». Ces actions impliquant de plein droit une évaluation de la *bona fides* par le *iudex*, tout viendra de l'analyse de ce qu'implique la *bona fides* comme comportement typique: et notamment, dans ce cas là, le respect de l'*id quod actum* préférable à l'*id quod dictum*.

De même, Gaius rappelle la justification originelle de la compensation: elle rentre dans l'office du juge parce que la prise en compte de ces contrecréances « *bonae fidei iudicio conueniens uidetur* »: elle est en accord avec la notion de *iudicium bonae fidei*, tout simplement parce qu'imputer sur sa dette les contrecréances que l'on détient est conforme à la *bona fides*, au comportement d'un *bonus uir*.

Ainsi, la notion de *iudicium bonae fidei* représente une catégorie unifiée et opérationnelle: unifiée, parce qu'elle permet de saisir un ensemble de particularités à la fois communes et spécifiques à un ensemble de formules; opérationnelle, parce qu'elle permet aussi bien d'opérer des généralisations que des justifications de solutions. Elle a son incidence avant tout

³²⁵ A notre avis, il s'agit d'un contrôle restreint, non d'un contrôle strict de proportionnalité, en ce sens que le juge ne viendra corriger qu'une erreur manifeste de l'appréciation du tiers, sans quoi une pareille clause perdrait tout son sens. Nous ne pensons pas, néanmoins, que cette notion d'*arbitratus boni uiri* soit une simple *Rhetorische Floskel* comme le pense M.TALAMANCA, *Buona fede*, cit. p.256 ss.

au niveau processuel, et reste indifférente aux sous-catégorisations de droit matériel qui opposent entre eux les *iudicia bonae fidei*.

1.2.1.2. L'indifférence aux sous-catégorisations de droit matériel (Sous-section 2)

Les actions de bonne foi ont toutes certains points communs sur le plan substantiel, en ce sens qu'elles sont toutes des actions personnelles réipersécutoires et sanctionnent donc toutes un même type d'obligations. Mais là s'arrête leur unité, en ce sens que les institutions qu'elles protègent offrent en réalité des profils très variés, qui peuvent là encore correspondre à des sous-groupes. Or à époque classique ces sous-divisions n'affectent qu'à la marge l'application des solutions générales attachées à la notion de *iudicium bonae fidei*. Ainsi s'est dessinée en filigrane, à travers les solutions apportées casuistiquement, une typologie des *iudicia bonae fidei*. Il existe entre elles des divisions importantes fondées sur la nature de la prestation (I), comme il en existe de plus inessentiels fondées sur le mode de formation de l'obligation (II).

1.2.1.2.1. Des distinctions parfois importantes fondées sur la nature des prestations (I)

La plupart des contrats nommés, en d'autres termes, sanctionnés par une action dite civile dans l'édit du préteur, ouvrent une action dont la formule est un *iudicium bonae fidei*. Mais elle offrent des profils très variés, dont la jurisprudence a parfaitement conscience: les jurisconsultes de l'époque médio-classique se sentent alors fondés à présenter, dans le cas d'une solution, des excursus typologiques.

Les obligations d'une partie considérées abstraitement, montrent que l'objet de l'obligation est très divers dans les *iudicia bonae fidei*; entendues dans leur interdépendance avec celles de l'autre partie, elles donnent encore des profils divers dans chaque *iudicium*.

³²⁶ Dig. 19.1.11.1 Ulpianus 32 ad ed. Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est (...)

On peut ainsi voir différentes sous-catégorisations en vertu des critères employés par la jurisprudence: selon le critère de l'*utilitas* (A), selon la nature des réclamations dans l'action contraire (B), ou encore selon la nature « *generalis* » ou « *specialis* » du *iudicium* (C). Il faut réserver un développement à une distinction non systématisée par les prudents, la nature des droits réels du défendeur sur la chose gardée (D).

1.2.1.2.1.1. L'*utilitas contrahentium*' (A)

L'idée de gratuité n'est pas, en tant que telle, clairement définie par les prudents³²⁷: il n'est pas question de définir comme cause de l'obligation du mandataire l'intention libérale. En revanche, un concept en tient lieu *a contrario*, celui de l'*utilitas contrahentium*.

Le critère de l'*utilitas* est fondamental et sert les typologies jurisprudentielles des *iudicia bonae fidei* (1°). Il détermine largement les obligations d'un défendeur (2°).

1°. Les textes qui présentent les actions de bonne foi selon ce profil typologique sont tous d'époque médio- ou tardo-classique. Le critère de l'*utilitas contrahentium* est assez simple si l'on considère un défendeur. Soit le contrat n'est pas fait dans son intérêt, soit il est fait dans son seul intérêt, soit il est fait dans l'intérêt des deux parties. Ce critère, qui vise à donner un profil typique à chaque institution, connaît des variations au sein de chacune d'entre elles, mais la jurisprudence semble attribuer un profil général à chaque institution en termes d'*utilitas*.

-de manière typique et principielle, certaines institutions sont faites sans considération de l'intérêt du défendeur; l'action de dépôt contre le dépositaire; l'action de tutelle contre le tuteur; l'*actio negotiorum gestorum* contre le gérant; l'action de mandat contre le mandataire.

-certaines concernent typiquement l'intérêt des deux parties: les *actiones empti et uenditi*; les *actiones locati et conducti*; l'*actio rei uxoriae* et l'*actio pro socio*. L'action *pro socio* est quant à elle assez particulière: le contrat de société est fait dans l'intérêt des différentes parties, mais l'on pourrait dire que ces intérêts ne sont pas antagonistes: ils ne forment qu'un seul et même intérêt commun.

-l'une, et c'est la seule, est faite dans l'intérêt du défendeur à l'action directe: c'est le *commodat*.

-Certaines actions sont ambivalentes: ainsi, la *fiducia cum amico* n'est pas faite dans l'intérêt du fiduciaire, tandis que la *fiducia cum creditore* est considérée faite dans l'intérêt du fiduciaire; c'est toute fois, à époque tardo-classique, le modèle de la *fiducia cum creditore* qui est présenté comme le droit commun.

Cette typologie n'est faite qu'à titre de principe, et de nombreuses institutions peuvent dans un cas concret se retrouver dans un autre sous-groupe. Ainsi, un mandat conclu *mea et tua gratia* sera dans l'intérêt des deux parties. Un commodat peut être éventuellement conclu dans l'intérêt du commodant comme du commodataire.

L'*utilitas* est très importante pour définir le choix et la possibilité d'une action, car elle permet parfois à elle seule d'opposer deux institutions. Ainsi, le dépôt et le commodat ne s'opposent que par l'*utilitas*: dans un cas, il est conclu dans l'intérêt du déposant, dans l'autre dans l'intérêt du commodataire. De même, un mandat n'est pas un mandat s'il est conclu dans l'intérêt du seul mandataire, et il semblait encore problématique à époque républicaine qu'il fût conclu même simplement accessoirement dans l'intérêt du mandataire. La tutelle ne peut en aucun cas être rémunérée. Inversement, une société ne peut être conclue dans l'intérêt d'un seul cocontractant. Ce critère participe donc souvent à ce qu'on appelle la définition typique des institutions protégées par une action de bonne foi. Mais il est surtout corrélé à certaines solutions définissant le contenu de l'obligation, et du *praestare*.

2°L'intérêt principal de cette classification est de donner des règles principielles en matière de standards de responsabilité, sans qu'il faille y voir une quelconque automaticité. A titre de principe, le défendeur qui n'a pas d'intérêt au contrat n'est tenu que de son dol ou de sa faute lourde (c'est le cas typique du dépôt); celui qui est partie à un contrat conclu dans l'intérêt des deux contractants est tenu de sa faute et doit une diligence normale (cas du locataire, du vendeur, etc.), et doit notamment la *custodia*; celui qui conclut le contrat dans son seul intérêt est tenu à un standard de diligence beaucoup plus sévère encore (cas du commodataire). Toutefois, rien n'est aussi automatique: le tuteur est tenu de ses fautes, et le gérant d'affaires qui s'est immiscé spontanément dans la gestion du bien d'autrui est tenu à une extrême diligence.

L'*utilitas* reste une forme de classification théorique, survenue sans doute *a posteriori*, mais est née d'une réflexion concrète sur le standard de responsabilité à appliquer. La

³²⁷ Voir J.MICHEL, *La gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962.

jurisprudence ne lui a imprimé ce profil typologisant que tard dans l'époque classique, sans qu'on puisse y voir une recette automatique.

-Elle influence encore radicalement le contenu des droits du défendeur: vis-à-vis des tiers, comme nous le rappelle Gaius, le contractant peut avoir certains droits qui viennent de l'*utilitas* à conserver la chose. Il oppose typiquement le cas du *conductor* ou du *commodataire*, qui a un titre pour agir par l'*actio furti*, à celui du dépositaire, qui n'ayant pas d'intérêt dans la conservation de la chose, ne peut utiliser l'*actio furti*. Les solutions ne suivent bien entendu pas strictement le critère de l'*utilitas*. Là encore, le tuteur, parce qu'il est tuteur, a toujours un titre pour agir par l'*actio furti* lorsqu'il s'agit de protéger le patrimoine du pupille. Cette solution s'explique par le fait que l'*utilitas* est en ce cas déterminée par le standard de responsabilité, plus qu'elle ne la détermine: c'est parce que le dépositaire n'est tenu que de son dol et n'a pas à fournir la *custodia* qu'il n'a aucun intérêt à agir par l'*actio furti* en cas de vol.

-vis-à-vis de l'autre partie au contrat, elle permet souvent de définir le type d'impenses qu'on pourra réclamer. Ainsi, on ne peut réclamer des frais de nourriture pour un esclave qu'on a loué, ou qu'on s'est vu prêter à usage, tandis qu'on le peut dans le cas du dépôt ou dans le cas d'un mandat d'acheter un esclave pour le mandant.

-Cette classification est parfois brouillée pour une institution concernée, selon la prestation en question: ainsi, le contrat de vente est fait à titre de principe dans l'intérêt des deux parties. Pourtant, la garde de la chose vendue par le vendeur est considérée comme faite dans l'intérêt du seul acheteur, et c'est ce qui explique les traces d'un débat sur le standard de responsabilité en cas de perte ou de détérioration de la chose vendue conservée par le vendeur³²⁸.

1.2.1.2.1.2. *La nature des prétentions dans une action contraire (B)*

³²⁸

Par exemple, cf. Dig. 18.6.2.1 Gaius 2 *cott. rer.*

La jurisprudence romaine n'oppose pas explicitement des rapports synallagmatiques parfaits et des rapports synallagmatiques imparfaits; en revanche, dans ses qualifications des deux actions qui naissent d'une même institution, elle manifeste un *distinguo* remarquable entre deux types de rapports juridiques. C'est l'asymétrie entre ces deux actions (1°) qui est le critère pertinent, et cela se manifeste particulièrement lorsqu'il en va d'actions infamantes (2°).

1° Chaque demandeur dans une action de bonne foi est susceptible de se retrouver défendeur dans l'action dont dispose l'autre partie. Mais il existe une plus ou moins grande disparité entre les deux actions, et l'on peut opposer deux groupes:

-l'*actio pro socio*, les *actiones empti uenditi*, les *actiones locati conducti*: le vendeur possède une *actio uenditi*, l'acheteur une *actio empti*; chacun a conclu le contrat en échange d'une prestation, et a donc une action pour sanctionner sa créance qui naît au moment de la formation du contrat. Significativement, ce sont des actions où chacun a nécessairement une *utilitas* au contrat.

-en revanche, dans le cas du dépôt, de la fiducie, du mandat, de la tutelle, de la gestion d'affaires, ou du commodat, il existe une *actio directa*, pour le déposant, le fiduciaire, le pupille, le géré ou le commodant, et l'on appelle l'action de l'autre partie (dépositaire, fiduciaire, tuteur, gérant, commodataire) *actio contraria*. Hormis la *fiducia cum creditore* et le *commodat*, elle concerne les institutions où le défendeur éventuel à l'action directe n'a aucune *utilitas* au contrat.

Elle sert, en principe, à récupérer les dépenses faites accidentellement à l'occasion de l'exécution de l'obligation principale, ce qu'illustre très bien l'explication préliminaire d'Ulpien à propos de l'action contraire de tutelle. Gaius³²⁹ en justifie essentiellement l'existence d'un point de vue purement processuel: si le titulaire de l'action directe n'agit pas, le défendeur ne pourra faire valoir ses dépenses en compensation; si le montant des impenses à opposer en compensation risque de dépasser le montant de la condamnation, alors le juge de l'action directe, tenu par les termes de la formule, ne pourra pas non plus condamner le demandeur à la différence. Très vraisemblablement, ces actions contraires ne disposèrent de toute leur autonomie qu'à époque classique: originellement, elles ne se justifiaient sans doute

³²⁹ Dig. 13.6.18.4 Gaius 9 *ad ed. Provinc. Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest saluum habere iure pensationis. sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat, aut iudex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit aut sine iudice restituta est: dicemus necessariam esse contrariam actionem.*

que par la délivrance de l'action directe, dans les cas où le juge préférerait, pour la simplicité de la cause, ne pas tenir compte des contrecreances du défendeur, ce qui nécessitait un renvoi *ad separatum* dans une instance différente³³⁰.

Il est significatif que ce n'est pas le contrat qui fait naître de manière directe et nécessaire l'obligation, c'est la dépense même qui fait naître l'action contraire, inventée sans doute du fait que les Romains n'ont pas vu dans ce type de dépenses un cas d'enrichissement injuste sanctionnable par une *condictio*, laquelle eût été d'autant moins avantageuse qu'on encourait alors un risque de *pluris petitio*.

Il n'existe pas, notons-le, de différence dans la rédaction de la formule hormis l'interversion de noms. Ainsi, contrairement à d'anciennes hypothèses³³¹, l'action contraire ne s'exprime pas dans une formule *in factum*, mais bien dans une formule *in ius ex fide bona*, comme le montrent les différentes copies trouvées dans les archives de Babatha pour l'action de tutelle³³². L'action contraire ne semble pas, non plus, annoncée par un édit, même si Ulpie la considère comme introduite dans l'usage par le préteur, alors qu'elle semble être *contra ius civile*. Le *distinguo* dans le rapport entre les actions respectives des parties n'est pas dans l'édit, mais bien dans la réflexion jurisprudentielle: le rapport qu'entretient l'action directe à l'action contraire n'est pas le même que le rapport de l'*actio empti* à l'*actio uenditi*.

On notera notamment que, plus que dans les autres, le critère de la *bona fides* pèse avant tout sur le demandeur lorsqu'il s'agit d'une *actio contraria*: le juge se concentrera essentiellement sur la question de savoir si les dépenses ont été faites *bona fide*, ce qu'il aurait fait dans l'action directe si elles avaient été opposées en compensation. Toutefois, ces actions peuvent aussi servir à sanctionner un manquement à la *bona fides* du demandeur à l'action directe, comme le montre le commentaire de Paul à l'action contraire de commodat: un commodant qui aura sciemment prêté un objet défectueux pourra être tenu à l'*id quod interest* et réparer le préjudice qui provient de son dol ou de sa faute: à ce titre, elle représente pleinement un *iudicium bonae fidei*.

Ce *distinguo* dans le lexique, (jamais l'*actio uenditi* n'a été appelée *actio empti contraria*) montre la conscience d'une différence entre deux types d'institutions: on ne peut dire si l'intérêt de la distinction fut aussi grand en droit romain que la distinction entre le synallagmatique parfait et imparfait en droit français, où elle conditionne la possibilité d'une

³³⁰ Voir P. PICHONNAZ, *La compensation*, p.38 ss.

³³¹ Voir notamment G.PROVERA, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*. Turin, 1951, p.29.

³³² SB X 10288, Nous n'avons pu consulter les *Papers Yadin*, 28, 29, 30, qui reproduit l'ensemble des trois copies, le *Sammelbuch* n'en donnant qu'une version, mais voir BRUCE E. NIELSEN « A catalogue of duplicate Papyri », *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*, 129 (2000) 187–214.

exceptio non adimpleti contractus. Il est possible que, dans les institutions protégées par une action contraire, les jurisconsultes aient eu plus de scrupules à admettre dans l'action directe un droit de rétention de la chose gardée, ou une possibilité de compensation : ainsi, la solution de Justinien concernant le dépôt a sans doute eu ses partisans bien auparavant, au cas par cas: permettre une rétention, voire évaluer la valeur de la chose et en déduire les impenses pouvait dans certains cas s'avérer inéquitable, et le *iudex* de l'action directe, en vertu de son *liberum officium*, était plus regardant, concernant ce type d'institution, et préférait renvoyer *ad separatim* le défendeur à l'action directe, afin qu'il exerce son action contraire.

2° Mais c'est si l'on considère son rapport à l'infamie que la notion d'action contraire prend tout son sens dans la jurisprudence classique. Considérons simplement le cas des actions infamantes.

Lorsque les deux parties ont chacune une action qui naît directement de la formation du rapport d'obligation, comme l'*actio pro socio*, chacune d'entre elles est susceptible d'entraîner l'infamie. Mais les actions contraires des « rapports synallagmatiques imparfaits » n'entraînent pas l'infamie contrairement à leurs actions directes respectives. Cette asymétrie entre l'action contraire et l'action directe est expliquée par Ulpien³³³: dans l'action contraire, il ne s'agit pas de *fides rupta*, de manquement à la *fides*, mais seulement de *calculus*, de comptabilisation des impenses opérées par le défendeur éventuel à l'action directe. Ainsi, la jurisprudence semble avoir établi un schéma assez simple où la condamnation du fiduciaire, du mandataire, du tuteur, du dépositaire peut être infamante, mais non celle du fiduciaire, du mandant, du pupille ou du déposant.

Ce schéma assez simple trouve un seul démenti apparent assez criant. En effet, l'action contraire de mandat peut se révéler infamante, d'après Ulpien³³⁴, dans certains cas, comme le mandat de cautionnement: c'est le cas du débiteur qui est condamné pour n'avoir pas remboursé à sa caution ce qu'elle a été obligée de payer pour le libérer. Assez étonnamment, l'action du mandataire-*fideiussor* contre le mandant-débiteur principal n'est jamais appelée *actio mandati contraria*. Considère-t-on alors que le mandat est en ce cas un contrat synallagmatique parfait, et que donc chacune des deux actions peut entraîner au même titre l'infamie? C'est ce que semble confirmer le fragment 17.1.12, extrait du commentaire à l'Edit

³³³ Dig. 3.2.6.7 Ulpianus 6 ad ed. *Contrario iudicio damnatus non erit infamis: nec immerito. nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui fere iudicio solet dirimi.*

³³⁴ Dig. 3.2.6.5 Ulpianus 6 ad ed. *" mandati condemnatus": verbis edicti notatur non solum qui mandatum suscepit, sed et is, qui fidem, quam adversarius secutus est, non praestat. ut puta fideiussi pro te et solvi: mandati te si condemnvero, famosum facio.*

d'Ulpien: il présente le « *iudicium contrarium* » en tant que tel à partir de 17.1.12.7, mais c'est auparavant qu'il présente l'action du mandataire-*fideiussor*, sans jamais la nommer « action contraire », alors même qu'elle vise à rembourser les impenses faites à l'occasion de l'exécution du mandat. On peut bien sûr considérer que l'action du mandataire-caution entraîne l'infamie et n'est pas considérée comme une « *actio contraria* » « *de calculo* ». Lenel³³⁵ avait proposé d'y voir une formule *in factum* spécifique, proposée dans l'Edit après l'action directe et avant l'action contraire, sans qu'on en trouve une quelconque trace. A notre avis, l'*actio depensi* du *sponsor* contre le débiteur principal, infamante d'après la table d'Héraclée³³⁶, a pu influencer le cas de l'*actio mandati* du *fideiussor* contre le débiteur. Enfin, cette dérogation tient peut-être à ce que, dès l'origine, il y eut deux actions de mandat, pour le mandataire comme pour le mandant, et que l'action du mandataire put être intentée indépendamment de celle du mandant alors que dans la fiducie, le dépôt, et la tutelle, l'action contraire naquit après l'action directe, et fut originellement un moyen pour diviser la question de la compensation et la renvoyer à un autre procès: il y avait une prééminence logique et historique de l'action directe. Or le cas du mandat était particulier: les mandats de cautionnement entraîneront bien plus souvent une action du mandataire qui a payé qu'une action du mandant.

Sans doute cette classification qui oppose l'action contraire comme non infamante à l'action directe comme infamante est-elle là encore une systématisation jurisprudentielle opérée après des tâtonnements, et des dérogations subsistèrent, comme dans l'action réservée au mandataire-caution. Mais peut-être cette distinction en matière d'infamie s'est-elle là encore construite avec le temps, sans avoir la portée rigide qu'on lui prête.

Sur le plan de l'action, les juristes divisèrent donc en filigrane des rapports synallagmatiques parfaits et imparfaits, cherchant à donner à cette distinction une portée principielle pour la question de l'infamie. Il distinguèrent encore les actions de bonne foi au plan de l'objet de l'obligation et la nature de la prestation, comme le montre l'opposition entre *iudicia generalia* et *iudicia specialia*.

1.2.1.2.1.3. '*Iudicia generalia*' et '*iudicia specialia*' (C)

³³⁵ EP³, §108.

³³⁶ §112, FIRA, I, p.149.

Bien qu'elle soit très faiblement documentée, l'opposition entre *iudicia generalia* et *iudicia specialia* se retrouve dans un commentaire de Paul à Sabinus³³⁷, et concerne l'office du juge dans un *iudicium bonae fidei*. Sa position fut que la possibilité d'interposer des *cautiones* est propre à tous les *iudicia bonae fidei*, quels qu'ils soient: une position sans doute plus conservatrice fut de considérer que la distinction entre *iudicia generalia* et *iudicia specialia*, fondée sur la nature de la gestion (1°) conditionnait la possibilité de *cautiones* (2°).

1° Les *iudicia generalia* sont l'*actio pro socio*, l'*actio tutelae*, et l'*actio negotiorum gestorum*, tandis que les *iudicia specialia* sont les actions *mandati*, *commodati*³³⁸, *depositi*, et il manque sans doute dans le texte de la compilation l'*actio fiduciae*.

Si l'on considère que l'*actio negotiorum gestorum* concerne originellement le *procurator omnium bonorum*³³⁹, que le paradigme de la *societas* est pour Sabinus la *societas omnium bonorum* ou, du moins, la *societas universorum*, et que le tuteur a en principe l'obligation de gérer tout le patrimoine du pupille, tandis que la fiducie, le dépôt ou le commodat portent nécessairement sur une *res singula*, que le mandat ne peut servir à époque préclassique à déléguer la gestion de tout le patrimoine, on comprendra facilement que l'opposition, incarnée par celle entre *genus* et *species*, porte sur les gestions d'universalités (de droit ou de fait) face à des gestions de choses singulières. Pour faire un parallèle lexical avec les actions réelles, notons que le même Paul parle à propos de la *rei iudicatio*, par opposition à la pétition d'hérédité, de *specialis in rem actio*³⁴⁰. A ce titre il est fort possible que ce soit une distinction employée originellement dans le cadre des actions réelles, mais transposée à ces actions personnelles un peu particulières que sont les actions de bonne foi. Il est notable encore que les *iudicia generalia* soient les actions où un défendeur peut être obligé à *edere rationes* sans intervention du préteur, comme le rappelle Paul³⁴¹ dans son commentaire à l'édit de *De*

³³⁷ Dig.17.2.38. (Paul. Ad Sab)

³³⁸ Même s'il est possible que Sabinus n'ait pas encore connu d'*actio commodati* à formule *in ius ex fide bona*.

³³⁹ Voir G.FINAZZI, *Negotiorum Gestio*, p.222, p.223 n.76 pour une bibliographie sur ce texte souvent soupçonné d'interpolation.

³⁴⁰ Dig. 6.1.27.3 Paulus 21 ad ed. (...) *cum enim in hereditatis petitione, quae et ipsa in rem est, dolum praeteritum fertur, non est absurdum per consequentias et in speciali in rem actione dolum praeteritum deduci.*

³⁴¹ Dig.2.13.9. Dig. 2.13.9pr. Paulus 3 ad ed. *Quaedam sunt personae, quas rationes nobis edere oportet nec tamen a praetore per hoc edictum compelluntur. veluti cum procurator res rationesve nostras administravit, non cogitur a praetore per metum in factum actionis rationes edere: scilicet quia id consequi possumus per mandati actionem. et cum dolo malo socius negotia gessit, praetor per hanc clausulam non intervenit: est enim pro socio actio. sed nec tutorem cogit praetor pupillo edere rationes: sed iudicio tutelae solet cogi edere.* Sans doute Paul y fait-il référence à l'action de mandat, mais il en parle significativement à propos du *procurator*, qui était sans doute encore simplement passible, à l'époque de Sabinus, d'une *actio negotiorum gestorum*. (voir G.FINAZZI, *op.cit.*, p224-228)

*Edendo*³⁴²: concernant le plus souvent des universalités, ces actions appellent plus facilement un examen des comptes de la gestion opérée par le défendeur.

Il n'y a pas de raison de voir dans cette opposition une précision des compilateurs. D'ailleurs, les Basiliques³⁴³ nous montrent qu'à époque byzantine, l'*actio negotiorum gestorum* est considérée, et à juste titre vu qu'elle ne concerne plus que la gestion spontanée, comme un *iudicium speciale*. *A contrario*, dès l'époque d'Ulpien au plus tard, c'est l'*actio mandati* qui doit être intentée contre un *procurator omnium bonorum*, et elle ne peut donc être considérée comme un *iudicium speciale* par les compilateurs. Donc une pareille précision non seulement ne peut venir de leur plume, mais il est même fort peu probable qu'elle vienne de Paul lui-même. Il reporte donc très vraisemblablement une catégorisation qui valait au temps de Sabinus³⁴⁴. Et cette distinction semblait avoir une importance aux yeux de ses adversaires.

2° Sans doute cette distinction avait-elle une importance pour définir les faits susceptibles d'être examinés lorsqu'au moment de la gestion intervenaient des changements de statut comme une *capitis deminutio* du défendeur éventuel à l'action directe. Dans le cadre d'un mandat, le mandat commencé à l'état d'*alieni iuris* prenait fin au moment de la *capitis deminutio*. En revanche, dans un *iudicium generale*, comme l'*actio negotiorum gestorum* intentée contre un *procurator*, celui-ci pouvait être tenu pour ses actes passés en état de servitude pour peu qu'il se rattachent inséparablement à ceux continués après l'affranchissement; on retrouve une solution similaire chez Julien pour le cas du tuteur *alieni iuris* qui a été émancipé, ainsi que pour l'associé.

Mais son importance principale venait de ce qu'elle conditionne l'office du *iudex*. En cas de dommage ou de gains futurs, qui ne seront consolidés et évaluables qu'après l'issue du procès, mais qui ne pourront plus être réclamés vu l'effet extinctif d'action de la *litis contestatio*, le juge peut interposer des *cautiones*, concrètement inviter les parties à stipuler l'une de l'autre, afin qu'elles aient à nouveau à leur disposition une action. D'après les adversaires supposés de Sabinus, un pareil office n'échoit au juge que s'il s'agit d'un *iudicium generale*. En effet, la gestion d'une universalité conduit nécessairement à ce que des gains ou des dommages n'apparaissent ou ne soient consolidés que plus tard. Le cas le plus fréquent est celui du tuteur

³⁴² EP³

³⁴³ BS II 470/18.

³⁴⁴ La seule difficulté qu'on ait vue dans ce texte venait de ce que l'on considérait à tort que pour Sabinus l'action de tutelle était un *iudicium speciale*, du fait qu'il considérait que chaque acte de gestion du tuteur consistait une obligation, et qu'il n'était pas tenu globalement de l'administration générale du patrimoine du pupille, à preuve le fait qu'il n'était pas tenu de son inaction. Mais voir la récente correction de G.FINAZZI, *op.cit.*, p.224 sur ce point.

qui a, pour fructifier le patrimoine du pupille, prêté de l'argent à intérêt, mais selon un terme qui ne permet pas encore de réclamer la créance au moment du procès.

Mais c'est justement cette distinction sur le plan de l'objet de l'obligation que Sabinus a entendu rendre inopérante: le juge possède, en vertu d'un *iudicium bonae fidei*, le même office et les mêmes pouvoirs pour inviter les parties à stipuler l'une de l'autre et à recevoir des *cautiones*, quelle que soit l'institution concernée. Aussi voit-on, à époque médio-classique, une généralisation apparaître concernant tous les *iudicia bonae fidei*: on peut même agir à seule fin d'interposer une caution³⁴⁵. On peut souligner, d'ailleurs, que le mécanisme de la *cautio iudicialis* peut en ce cas être un procédé complémentaire de la *praescriptio pro actore* telle qu'elle nous est donnée par Gaius (*ea res agatur de fundo mancipando*): elle permet au demandeur de remédier aux conséquences fâcheuses de la consommation *ipso iure* de l'action.

Aussi cette sous-division concernant l'objet de la gestion ne conduisait-elle plus, à époque classique, à une différence de pouvoirs et d'offices accordés au juge dans une action de bonne foi.

1.2.1.2.1.4. *La nature du transfert de la chose à conserver: propriété, détention, possession (D)*

Très fréquemment, le défendeur à l'action directe se voit confier une chose qu'il devra restituer. Ce trait commun offre une conséquence pratique de taille dans tous les *iudicia bonae fidei*: il octroie souvent à ce défendeur un droit de rétention de la chose jusqu'à ce qu'il soit lui-même satisfait, et c'est la pièce maîtresse dans la bilatéralité qui caractérise ces institutions: un mandataire peut conserver une chose jusqu'au remboursement des impenses, un vendeur peut refuser de livrer la chose avant paiement du prix. Mais, hormis ce trait commun, les *iudicia bonae fidei* offrent différents profils du point de vue de la nature du droit que le défendeur à l'action directe avait sur la chose (1°), et cette distinction a différentes conséquences processuelles (2°).

³⁴⁵ Dig. 5.1.41 *Papinianus 11 quaest. In omnibus bonae fidei iudicis, cum nondum dies praestandae pecuniae venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex iusta causa condemnatio fit.* Sans doute le demandeur insère-t-il une *praescriptio pro actore* afin de limiter sa demande; ou bien, le refus de la part du défendeur de donner caution entraîne sa condamnation.

1°Malgré les conséquences de taille, aucun texte ne propose, comme pour le critère de l'*utilitas*, une classification des *iudicia bonae fidei* selon la nature du droit sur la chose qu'ont le défendeur ou le demandeur.

Il existe différents profils de *iudicia bonae fidei*, selon que le défendeur à l'action directe reçoit la chose à garder en pleine propriété, en simple détention, ou en possession.

-Deux actions, principalement, concernent un passage en pleine propriété de la chose conservée: l'*actio fiduciae* et l'*actio rei uxoriae*. La fiducie consiste, en ses éléments essentiels, en un transfert de propriété d'une *res Mancipi* opéré par mancipation ou par *in iure cessio*. Le fiduciaire est propriétaire *ex iure Quiritium* de la chose donnée en fiducie, et c'est ce qui oppose radicalement ce *negotium* au dépôt, au gage ou au commodat, même si fonctionnellement la fiducie peut s'apparenter à l'une de ces trois institutions selon le but recherché. L'*actio rei uxoriae* concerne la restitution de la dot. Celle-ci intègre le patrimoine du mari, qui en est le propriétaire légal. Il n'a pas, à proprement parler, d'obligation de garde et de gestion vis-à-vis du patrimoine de sa femme dans le cas où elle serait *sui iuris* et mariée *sine manu*. L'obligation de gestion n'est fondée que sur le devoir de restitution, en un mot sur l'*actio rei uxoriae*, mais il n'est en rien un tuteur, ou un dépositaire, ou un *commodataire* de la dot de sa femme: il a sur elle, avant les *Leges Iuliae* qui interdisent l'aliénation des fonds dotaux sur le sol italique, les pouvoirs de tout propriétaire quiritaire. Une dernière action offre un visage plus problématique concernant le rapport à la propriété: la société. Il n'est pas à proprement parler question de transfert de propriété, mais tout ou partie du patrimoine d'un associé se trouve « communiquée » entre les différents associés, et la société fonde nécessairement une indivision, qui donne à chacun un pouvoir très étendu sur les biens mis en commun durant toute la vie de la société.

-L'essentiel des actions de bonne foi vise de simples détenteurs qui ont comme premier devoir de restituer la chose sur laquelle ils n'ont aucun titre. Au plan substantiel, la conséquence importante en est l'impossibilité pour eux d'usucaper, mais sur le plan de l'action, c'est ce qui explique la coloration fortement revendicatoire de ces actions de bonne foi: au mieux ont-ils un droit de rétention sur la chose, afin de se voir remboursés de leurs impenses. Une même discipline y règne que dans les actions réelles, toutes munies de la clause dite arbitraire, ou restitutoire. En premier lieu sont concernées les actions de dépôt, de commodat. De même, le tuteur n'est nullement considéré comme un *dominus*, et n'a que la garde du patrimoine du pupille, tout comme un *negotiorum gestor*. Si une chose fut confiée au mandataire, ce dernier n'en est que simple détenteur. Enfin, en matière de location,

notamment lorsque la *locatio* représente une *locatio rei*, mais même dans une *locatio operarum* où le *conductor* confierait une chose afin que soient exécutées les *operae*, ou encore dans une *locatio operis faciendi*, il n'est jamais question de transfert de propriété à époque classique, même si ce trait semble s'être précisément accentué avec le temps selon certains Sabinien³⁴⁶.

-L'*emptio uenditio* est paradoxalement un cas limite, du point de vue de cette classification, qu'elle défie en ce qu'elle offre les profils les plus variables. Il est intéressant de le considérer aussi bien les droits du vendeur que les droits de l'acheteur. Du point de vue de l'*actio empti*, le vendeur conserve, avant que l'acheteur n'usucape, la propriété de la chose lorsqu'il s'agit d'un simple contrat consensuel portant sur *res Mancipi*. A ce titre, l'*emptor* qui demande à ce que lui soit remise la chose se trouve exactement dans la situation d'un fiduciaire, et le vendeur est encore propriétaire quiritaire: au mieux pourra-t-on dire qu'il doit en transférer le *dominium*, mais la vente n'est pas translatrice de propriété. A considérer les droits de l'*emptor*, s'il n'y a pas eu de transfert formel de la propriété par mancipation, il n'est pas à proprement parler le propriétaire de la chose. Simplement, il en a la *possessio ad usucapionem*, et d'un point de vue prétorien, il peut, avant l'*usucapio*, bénéficier de l'action publicienne.

-L'autre cas limite est celui de la *locatio operis faciendi*, dont la définition classique a connu semble-t-il des évolutions quant à la nature des droits du *conductor*: un contrat de louage d'ouvrage suppose-t-il nécessairement la réserve de propriété au profit du *conductor*? En principe oui, mais différentes solutions dérogoires étaient semble-t-il trouvées en matière de choses fongibles³⁴⁷.

2° Les conséquences de cette distinction sont multiples. La situation du défendeur à l'action directe vis-vis de la chose qu'il conserve conditionne nettement la concurrence avec d'autres actions, mais encore le droit d'agir du détenteur afin de conserver la chose.

-Savoir si le détenteur est ou non propriétaire a une importance notable en matière de concours d'actions, et notamment pour la revendication. En effet, la femme ne peut en aucun cas agir par une action réelle contre son mari afin de se voir restituer la dot; très vraisemblablement, il était tout aussi impossible pour le fiduciaire d'agir ainsi contre son fiduciaire, puisque l'énoncé de l'*intentio* « *si paret hunc fundum Auli Ageri esse ex iure*

³⁴⁶ Voir R.FIORI, *Locatio conductio*, p.199-216. En effet, la *locatio conductio operis faciendi* semble avoir toléré le transfert de propriété, au point qu'on a pu parler de *locatio conductio irregularis*, sur le modèle du dépôt irrégulier.

³⁴⁷ Voir sur ce point, l'intéressante étude sur la divergence entre Proculiens et Sabinien dans R. FIORI, *Locatio Conductio*, cit. p.191 ss.

Quiritium » aurait nécessairement été faux³⁴⁸. A l'inverse, à l'époque classique, le déposant, le loueur, le commodant, peuvent en principe, s'ils sont les propriétaires de la chose, agir en leur nom contre le détenteur. On notera toutefois que cette solution semble n'avoir prévalu qu'à partir de l'époque médio-classique, et c'est celle que choisit Ulpien, tout en rapportant la solution inverse de Pégasus³⁴⁹: un déposant, un bailleur, un commodant ne pouvaient pas agir, selon ce dernier, par l'action réelle, mais n'avaient comme choix que l'action personnelle, au moins celle de bonne foi. Cette évolution montre une prise de conscience notable dans la schématisation de ces institutions selon la nature du transfert: là où il n'y a pas de transfert de propriété mais simple détention et donc faculté de restitution, il y a concours avec l'action réelle. D'ailleurs, le concours avec l'*actio legis Aquiliae* est, semble-t-il, conditionné par le même critère: le fiduciaire ne pourra agir contre le fiduciaire s'il a endommagé la chose, pas plus que la femme contre son mari s'il a causé un dommage à un bien dotal, et ce parce qu'il n'ont fait qu'endommager une chose qui était dans leur patrimoine³⁵⁰. A l'inverse, le simple détenteur sujet à une action de bonne foi, peut toujours se voir attaquer par l'*actio damni iniuria* s'il a endommagé la chose: aussi bien le tuteur, le *negotiorum gestor*, le dépositaire, le commodataire. L'action entre alors en concours avec l'action de bonne foi, concours cumulatif simplement tempéré par la bonne foi. En revanche, ce critère conditionne encore sans doute la possibilité d'intenter l'*actio furti*: on peut agir à certaines conditions contre un dépositaire ou un commodataire par l'*actio furti*, mais il est invraisemblable qu'on puisse le faire contre un fiduciaire.

-Ce critère conditionne encore les droits d'agir du défendeur potentiel à l'action directe. Selon sa situation vis-à-vis de la chose conservée, le défendeur dispose ou non d'actions vis-à-vis de tiers., *suo nomine*. Une frontière très nette sépare la fiducie ou l'*actio rei uxoriae* des autres institutions. Le mari qui administre la dot comme son bien propre, ou le fiduciaire, qui est propriétaire quiritaire de la chose qu'il conserve, auront exactement le droit d'agir *suo nomine* comme tout propriétaire. C'est à eux qu'échoit donc l'action en revendication contre des tiers, non au fiduciaire ou à la femme. Il en ira de même de toute autre action, comme la

³⁴⁸ Sauf, bien entendu, en cas d'*ususreceptio*. Il est difficile de savoir si le mécanisme et la notion d'*ususreceptio* furent identifiés originellement dans un contentieux fondé sur une action réelle (revendication réussie du fiduciaire, échec de la revendication du fiduciaire) ou sur une action personnelle (*actio fiduciae* ou *actio furti*?)

³⁴⁹ Dig. 6.1.9 Ulpianus 16 ad ed. *Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. quidam tamen, ut pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem (reivindicationem) complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrobi. denique ait ab eo, apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.*

³⁵⁰ Il est impossible de dire, en l'état des textes, si le prêteur pouvait éventuellement délivrer en ce cas une *actio utilis* sur le modèle de l'*actio legis Aquiliae*.

loi Aquilia, « *quae ero, id est domino, competit* ». A l'inverse, un simple détenteur ne pourra ni révéndiquer, ni agir par l'action de la loi Aquilia contre un tiers, peu importe son intérêt à récupérer la chose³⁵¹. Le tuteur ou le gérant d'affaires le pourront, certes, mais *procuratorio* ou *tutoris nomine*, non « *suo nomine* »(en leur nom propre). Cette distinction, en revanche, ne conditionne pas leur droit d'intenter l'*actio furti* vis-à-vis d'un tiers, puisque seul compte alors leur intérêt à ce que soit conservée la chose.

Les profils des institutions protégés par une action de bonne foi sont suffisamment divers pour que les *iudicia bonae fidei* aient reçu en jurisprudence des sous-catégorisations, affinées au cours du temps, mais n'affectant pas l'unité profonde trouvée à ce groupe. D'autres distinctions, fondées sur le mode de formation de l'obligation, restent encore beaucoup plus inessentiellles.

1.2.1.2.2. Des distinctions inessentiellles fondées sur le mode de formation de l'obligation (II)

L'unité du groupe des *iudicia bonae fidei* n'est en rien affectée par les distinctions qui la traversent concernant la source et le mode de formation de l'obligation. Ainsi ils viennent protéger aussi bien des contrats que des non-contrats (A), aussi bien des contrats consensuels que des contrats non-consensuels (B).

1.2.1.2.2.1. Contrats et non-contrats (A)

Malgré l'intérêt grandissant de la distinction d'après l'oeuvre de Gaius(1) elle reste une distinction inessentielle (2°).

1°Il convient de confronter sa distinction explicite d'après les *Aurei* à son caractère implicitement reconnu dans les Institutes .

³⁵¹ Dig. 9.2.11.9 Ulpianus 18 *ad ed. Eum, cui vestimenta commodata sunt, non posse, si scissa fuerint, lege aquilia agere iulianus ait, sed domino eam competere.*

Le Digeste nous relate une classification tripartite que Gaius opère dans ses *Aurei* à propos de la source de l'obligation: les obligations naissent soit des contrats, soit des délits, soit elles naissent « *proprio iure ex variis causarum figuris* »³⁵². Les actions de bonne foi protègent des obligations du premier (vente, louage, mandat, société, dépôt, commodat, fiducie, gage) et du troisième type (tutelle, gestion d'affaires, indivision successorale, *communio incidens*). Ainsi Gaius propose à titre d'exemple d'opposer une gestion d'affaires mandatée à une gestion d'affaires non mandatée, soulignant qu'il serait impropre de parler de contrat dans le second cas. Cette opposition n'est pas propre aux actions de bonne foi: il existe tout aussi bien des contrats qui ne donnent pas naissance à une action de bonne foi (*mutuum, stipulatio*, etc.), que des *variae causarum figurae* étrangères aux *iudicia bonae fidei* (obligations de l'héritier envers le légataire, répétition de l'indû).

Elle offre un intérêt en ce qu'elle conditionne la possibilité d'agir, dans la mesure où certaines personnes ne peuvent être obligées *ex contractu*. Gérer spontanément les affaires d'un pupille oblige le gérant comme le pupille; en revanche, le mandat passé par un pupille sans *auctoritas* du tuteur ne saurait obliger le pupille envers son mandataire.

Même si Gaius emploie l'expression « *quasi ex contractu* », il n'analyse pas cette catégorie comme une sous-division des sources de l'obligation appelée « quasi-contrats ». Il les considère plutôt comme des cas *sui generis*, d'où l'idée qu'elles naissent « *proprio iure* », selon un droit propre à chacune de ces institutions. Que le pupille soit obligé envers son tuteur qui dispose contre lui d'une action représente une telle anomalie aux règles générales du *ius civile* qu'Ulpien prendra soin de montrer le caractère surprenant de cette action³⁵³. C'est un *proprium ius* qui définit la naissance de ces actions, au point que, dans son exposé pédagogique des *Institutes*, Gaius omet d'en présenter les traits essentiels.

Car les *variae causarum figurae* ne sont pas présentes dans le livre III des *Institutes* de Gaius. Il n'y a pas de raison de considérer cela comme un oubli du manuscrit de Vérone: l'*Epitome Gai* ne fait pas davantage mention de cette catégorie. Toutefois, le fait que ces actions ne soient pas évoquées au titre des obligations peut tout aussi bien prouver que Gaius n'avait pas décidé de les assimiler à des contrats: implicitement, ce qu'il dira dans les *Aurei* était déjà présupposé dans les *Institutes*. En partant de l'hypothèse que cette oeuvre est tributaire d'un modèle plus ancien, on avait parfaitement conscience du caractère spécifique de la tutelle ou de la *negotiorum gestio*, qui obéissaient à un *proprium ius* que le professeur

³⁵² Dig. 44.7.1pr. Gaius 2 *aur.* *Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.*

³⁵³ Dig. 27.4.1

jugeait inutile de présenter au livre III. Tout au mieux peut-on dire que le Gaius des *Institutes* refuse de systématiser une catégorie en « quasi-contrats » ou en « quasi-délits », et préfère donc omettre des cas qui ne se laissent pas subsumer sous une catégorie générale concernant le mode de formation de l'obligation.

2° Cette distinction s'avère particulièrement inessentielle si l'on considère qu'elle fait intervenir une notion plutôt avancée comme celle de contrat, et que jusqu'à époque tardoclassique, pour de nombreux auteurs tous les *iudicia bonae fidei* protègent un *contractus*, qui reste une notion instable.

La distinction apparaît d'autant plus inessentielle que de nombreux textes désignent l'action de tutelle comme un contrat. Ainsi, Gaius aussi bien que Paul sous-entendent que l'action de tutelle est un contrat lorsqu'ils expliquent que seule la condamnation dans une action de tutelle, de dépôt, de fiducie, de mandat ou pro socio est infamante, parce que la cause provient d'un contrat. De nombreux textes considèrent d'ailleurs la tutelle comme un contrat, ce qui est semble-t-il moins vrai de la *negotiorum gestio*. L'*actio rei uxoriae* est elle aussi assimilée à un contrat. Pourtant, le seul intérêt de cette classification est d'exclure les actions de bonne foi de la catégorie des actions pénales. Il semblerait que pour de nombreux juristes, « *ex contractu* » ne reçoit qu'une définition négative et relative: il ne s'agit pas de délits, ni donc d'actions pénales. L'action purement *reipersécutoire* est alors désignée métonymiquement par les termes d'*actio ex contractu*. Les juristes visent ainsi non pas une précision terminologique quant au mode de formation, mais une nature de l'action qui entraîne le régime normal des actions réipersécutoires (possibilité de délivrer l'*actio de peculio*, et non *noxaliter*, transmissibilité passive de l'action contre l'héritier, solidarité non cumulative entre plusieurs co-débiteurs etc.). Aussi n'était-il pas nécessairement impossible de voir dans la tutelle ou dans la *negotiorum gestio* des *variae causarum figurae*, tout en les appelant des actions *ex contractu*, puisqu'aussi bien Ulpien, que Paul, qui sont pourtant postérieurs à Gaius, continuent à appeler la tutelle un *contractus*.

Point n'est besoin d'insister, par ailleurs, sur la difficulté qu'il y a eu à établir une notion juridiquement opératoire de « *contractus* »³⁵⁴, qui ne semble s'établir qu'au début de l'époque impériale. Diviser une catégorie de *iudicia* selon le critère du contractuel et du non

³⁵⁴ Voir essentiellement R.SANTORO, « *Il contratto nel pensiero di Labeone* », AUPA 37, 1983, p.5 ss. M.TALAMANCA, *Tipicità*, cit., et F.GALLO, *Sinallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano. Vol.I* Turin, 1995, qui malgré des perspectives fort diverses, s'accordent pour montrer le rôle capitale de Labéon dans la formation de la notion de *contractus*.

contractuel était une subtilité à laquelle la jurisprudence ne pouvait parvenir que tardivement, et n'intéressait que peu la procédure lorsque les actions étaient de toute manière disponibles dans l'édit. La seule distinction parfaitement établie était sans doute la distinction entre le pénal et le réipersécutoire, parce qu'elle offrait des conséquences juridiques importantes et établies depuis longtemps. Du point de vue de l'*Aktionenrechtliches denken*, il était difficile de diviser les actions réipersécutoires en fonction de ce critère.

Enfin, originellement, toutes les actions (et non uniquement les actions de bonne foi, si l'on excepte peut-être la *condictio*) sont nécessairement des *variae causarum figurae*. La seule unité pouvait être faite autour de la notion de *iudicium bonae fidei*, par la proximité entre ces formules, voire l'identité de leur *intentio*, et la subdivision des actions en actions contractuelles et actions quasi-contractuelles supposait une certaine définition de la notion de contrat, qui est postérieure à l'apparition des *iudicia in quibus additur ex fide bona*. Enfin, certaines figures typiques ne peuvent parfaitement obéir à ce schéma de division. L'*actio negotiorum gestorum* en est le plus parfait exemple: dans la mesure où elle fut d'abord appliquée au cas du *procurator omnium bonorum*, avant de sanctionner la gestion spontanée, elle offrait des applications qui pouvaient entrer aussi bien dans le schéma contractuel que dans le schéma non-contractuel. De manière générale, le problème du moment et du mode de formation du rapport obligatoire a suivi, historiquement, l'apparition de l'action qui venait le sanctionner.

1.2.1.2.2.2. Contrats consensuels et contrats non-consensuels (B)

Les actions de bonne foi protègent essentiellement des contrats réels ou consensuels et sanctionnent aussi bien des obligations qui se forment « *solo consensu* » que « *re* ». Il est à noter que cette subdivision incidente montre certes la profonde variété qui existe dans cette catégorie, mais que là encore, à l'inverse du critère de l'*utilitas*, nous ne possédons pas de texte qui subdivise de manière explicite et consciente les actions de bonne foi selon leur mode de formation.

En soi, la question n'était pas évidente: rien, dans les formules *ex fide bona*, ne permet de définir la nature consensuelle ou réelle de la source de l'obligation. Qu'un « *quod locauit* », par son aspect spatialisant, soit interprété comme le pur accord sur la *merces* et la *res locata*, tandis qu'un « *quod deposuit* » ou un « *quod commodauit* » soit considéré comme signifiant

l'acte concret de remise de la chose, est un présupposé de ces actions. Elle offre une différence importante quant au champ d'application de l'action.

L'*actio locati* naît d'un accord sur le loyer et sur la chose louée; l'*actio commodati* se forme par la remise de la chose. Aussi le locataire bénéficie-t-il d'une action en exécution sans quoi la non-remise de la chose louée ouvre droit à une indemnisation de tout le préjudice qui s'en sera suivi pour lui, tandis qu'un commodataire ne peut ni réclamer cette remise ni prétendre voir, en cas de refus inopiné contraire à la bonne foi, son préjudice réparé. Le déposant ne peut réclamer la prise en charge du bien qu'il détiendrait encore, ni une indemnisation pour le préjudice que lui causerait un refus inopiné du dépositaire. Cette différence s'explique par un atavisme juridique: la législation décenvirale punissait certains dépositaires par une peine du *duplum*, et l'aspect délictuel de cette action présupposait dans la prise du dépôt un simple fait juridique, non un acte juridique créateur d'obligations. Le préteur protégea les déposants d'une formule *in factum*, et il eût été impensable qu'en la donnant dans l'Edit, il ait prétendu donner un effet à un pur accord de volontés, à un pur pacte, qui n'avait pas de *causa*. Seule la remise de la chose pouvait être un fait matériel de nature à être sanctionné par le préteur.

Cette différence apparaît comme une distinction de taille au plan matériel. Mais sa formalisation est tardive (1°), et son intérêt au plan processuel est extrêmement limité (2°).

1°La notion de contrat réel de bonne foi semble être une invention plus tardive, comme le montre la divergence entre les *Institutes* de Gaius et les *Aurei*.

Le titre 44.7 du Digeste restitue de nombreux extraits des *Aurei* de Gaius. Cette oeuvre, dont l'authenticité n'est plus discutée, présente trois contrats réels de bonne foi, aux côtés du *mutuum*, contrat *re* par excellence: le dépôt, le commodat, le gage. Peut-être y incluait-il aussi la fiducie, effacée systématiquement des textes par les compilateurs.

A notre avis, l'idée sous-jacente qui préside à la catégorie est la notion de *res credita*.

Ce rapprochement de multiples actions de bonne foi avec le *mutuum*, qui représente le paradigme de la catégorie, malgré son caractère « de droit strict », n'est pas surprenant, si l'on considère la place du gage et du commodat dans l'Edit du préteur au titre XIV *De rebus creditis*, qui s'ouvre sur l'*actio certae creditae pecuniae*, sanctionnant le *mutuum*. Le commodat, succédané du *mutuum*, lorsqu'il n'en va pas de choses fongibles, entraîne à sa suite le dépôt qui ne s'en distingue que par le critère de l'*utilitas*, et qui entretient un rapport toujours plus intime avec les *res creditae* dès qu'il en va de *depositum irregulare*; le gage entraîne sans doute à sa suite la *fiducia cum creditore*, qui ne s'en distingue que par la nature

des droits réels conservés/transférés, et qui est devenue de loin le plus fréquent des deux types de fiducie. Ainsi naissait une grande catégorie de contrats réels de bonne foi, rapprochés du *mutuum*, et qui semblaient avoir un lien plus ou moins direct avec les *res creditae*.

Assez étonnamment, nous n'avons pas d'extrait des *Aurei* concernant les contrats consensuels, et la chaîne 44.7.2 qui les concerne est extraite des *Institutes*. Ce trait, tout comme l'*Epitome Gai*, tend à prouver que les compilateurs ne trouvèrent pas dans les *Institutes* de passages concernant les contrats réels de bonne foi, et leur absence n'est pas due à une inadvertance du copiste du manuscrit de Vérone. Après avoir énoncé les subdivisions des obligations qui naissent *ex contractu*, le livre III des *Institutes* ne présente que le *mutuum*.

L'origine d'un pareil oubli est difficile à expliquer, ce qui a donné lieu à plusieurs hypothèses. La première, et la plus simple, tient à la nature de l'ouvrage. D'une part, les *Institutes* représenteraient un ouvrage pédagogique, où Gaius ne se serait pas embarrassé de présenter d'autres contrats réels. Autant cette explication peut tenir pour l'absence des « quasi-contrats », autant, on ne voit pas pourquoi, par souci de pédagogie, il aurait laissé à l'abandon des *negotia* extrêmement courants, dont d'ailleurs il parlera amplement au cours de son exposé sur les délits, et notamment sur le *furtum*³⁵⁵. Une explication plus subtile a été avancée par G. Falcone³⁵⁶: il ne parlerait pas du commodat ni du dépôt, parce qu'il n'y aurait aucun mouvement de transfert d'un patrimoine vers l'autre, et que les *Institutes* se concentrent essentiellement sur le transfert de la propriété: c'est pour cette raison que le problème des obligations est présenté du point de vue du droit des biens. Cette explication, toutefois, ne tient pas nécessairement, puisque typiquement, la *fiducie* mériterait à ce titre d'être présentée vu le transfert par mancipation qu'elle implique, et même le gage, dans la mesure où les pactes commissaires permettent souvent d'aboutir à un transfert de propriété. En outre, la présentation d'un délit comme l'*iniuria* n'a que peu à voir avec le transfert de propriété: en tous les cas le dépôt ou le commodat n'ont pas moins à voir avec le droit des biens que les actions délictuelles qui concernent des biens. En outre, même dans cette optique, il n'eût pas été de mauvais ton, comme il le fait dans les *Aurei*, de montrer *a contrario*, face au *mutuum*, des institutions qui n'impliquent pas un transfert de propriété par la remise de la chose.

L'explication la plus simple reste, somme toute, le calque d'un modèle pour qui le dépôt et le commodat n'étaient pas encore des institutions du *ius civile* et n'engendraient pas des

³⁵⁵ III,195,196,197, 201, 206, 207etc.

³⁵⁶ Conférence à l'institut de droit romain

obligations, parce qu'il avait en considération les formules *in factum* qui exprimaient des actions purement prétoriennes, à une époque où la notion d'obligation prétorienne n'existait pas encore, or dans le livre III, Gaius a essentiellement en vue des institutions typiques du *ius civile*.

A l'inverse, les *Aurei* les présentent comme des contrats *re* par une évolution de la systématique Gaienne. Elle était incapable de classer certains contrats. La notion de contrat qui se forme *re* face à des contrats qui se forme *solo consensu* était une division simple dans son principe, mais qui se heurtait sans doute initialement à certains obstacles. La fiducie représente d'ailleurs un cas limite: elle ne se forme pas par la remise de la chose, mais elle suppose un acte formaliste comme la mancipation ou l'*in iure cessio*, qui ne suppose même pas de remise de la chose. Le contrat peut être considéré comme « *re* » en ce sens qu'il est formé par l'acte de transfert de propriété et non par le pur accord informel de volontés, le fiduciaire ne pouvant agir en exécution afin que le fiduciaire opère la mancipation. La fiducie représente un *negotium sui generis*. Son essence est à la fois dans l'acte libral solennel et dans le pacte informel. Notons au demeurant qu'aucun texte ne nous dit que la fiducie fut classée dans les contrats *re*, ni même dans les contrats. C'est un *negotium* qui possède ses aspects propres, là encore, son *proprium ius*. De même, le gage offre une image assez étonnante au vu de ce qu'en dit Ulpian³⁵⁷: il peut se former *solo consensu*, sans qu'on puisse l'envisager pour autant comme une hypothèque et l'on peut agir par l'action contractuelle si le bien remis n'est pas celui qui était convenu.

En soi, seul le *mutuum* est parfaitement un contrat qui se forme *re*, et la notion de contrat réel de bonne foi pouvait apparaître choquante, dans la mesure où rien ne s'oppose davantage à une action de bonne foi que la *condictio certi*³⁵⁸. Cette division des actions de bonne foi selon les sources des obligations était inessentielle par son absence d'intérêt au plan processuel.

2° En soi, cette sous-division n'apparaît que peu importante au point de vue processuel. Ce qui intéresse la jurisprudence n'est pas que les uns se forment *re* et d'autres *solo consensu*. C'est l'importance grandissante et révolutionnaire du consentement abstraction faite de toute formalité, dans TOUS les contrats de bonne foi, qui donne une cohésion grandissante à tout

³⁵⁷ Dig. 13.7.1pr. Ulpianus 40 *ad sab. Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est.*
 Dig. 13.7.1.1 Ulpianus 40 *ad sab. Si igitur contractum sit pignus nuda conventione, videamus, an, si quis aurum ostenderit quasi pignori daturus et aes dederit, obligaverit aurum pignori: et consequens est ut aurum obligetur, non autem aes, quia in hoc non consenserint.*

³⁵⁸ Voir notamment MAGDELAIN, *Consensualisme*, p.60. Voir encore F.Wubbe, « *I contratti reali* » in *Contractus e pactum*, *op.cit.*, p.109.

ce groupe. Ce qui se manifeste avant tout par l'inhérence des pactes et l'inhérence de l'exception de dol.

Qu'un contrat se forme « *re* » n'ôte pas toute dimension consensualiste à ce contrat: tous les pactes qui l'entourent au moment de sa formation (conventions définissant un standard de responsabilité, la charge des risques) n'obéissent à aucune condition de solennité, et pourront être sanctionnés aussi bien par voie d'action que par voie d'exception. La nécessité d'une remise de la chose n'ôte donc pas toute dimension consensualiste à ces contrats, où les parties peuvent modeler dans une certaine limite, *solo consensu*, le contenu de leurs obligations respectives. Si l'obligation principale de restituer naît « *re* », le contenu exact du *praestare* naîtra souvent *solo consensu*. Et il serait faux de dire que la remise de la chose est la formalité à laquelle obéissent ces pactes. Dans ces contrats, la jurisprudence n'analyse pas le pacte comme un *factum* que le prêteur protégera de sa juridiction, mais comme du *ius*. En cela, tous les oppose au *mutuum*, qui n'offre aucune possibilité d'aménager le contenu de l'obligation de l'emprunteur.

De même, dans tous les contrats, qu'ils soient réels ou consensuels, le consentement vicié par le dol ou la violence permet de se passer d'un moyen prétorien comme l'exception de dol ou de violence. C'est ce qui oppose TOUTES les actions de bonne foi au reste des actions contractuelles: le rôle du consentement s'y dégage avec la même intensité lorsqu'on le voit vicié, qu'il s'agisse d'un contrat « réel » comme le dépôt ou d'un contrat consensuel comme la vente: il ouvre le droit à une action pour indemniser le demandeur de tout son préjudice, et il donne au défendeur un moyen de défense péremptoire. Sans doute n'est-ce pas un hasard que tous les contrats consensuels soient protégés par des actions de bonne foi: le consentement n'obéissant à aucune condition de forme, il convenait au moins de le protéger au mieux dans sa teneur profonde, essentiellement contre le dol. Mais la même discipline entoure les pactes faits *solo consensu* qui accompagnent un contrat réel.

Que des actions naissent de la remise de la chose et d'autres du seul consentement ne crée donc pas, aux yeux des juristes, une distinction radicale: dans un contrat de commodat ou de dépôt, l'acte de consentement bénéficie d'une protection *ipso iure* qui permet de se passer de l'aide du prêteur, tout comme dans un contrat de société, à l'inverse des autres contrats dits « de droit strict », où la protection du consentement contre le dol est pleinement prétorienne, *contra ius civile*. A ce titre, Magdelain avait raison de souligner que la notion de contrat réel de bonne foi est une anomalie, et que tout les oppose, en réalité, au *mutuum*. L'opposition passe entre contrats de bonne foi et les autres, non entre contrats consensuels et contrats réels.

Ainsi, la notion de *iudicium bonae fidei* reste assez unitaire malgré la diversité des institutions protégées par ce type de formule. Elle reçoit en jurisprudence une discipline étoffée qui tient lieu de régime général des *iudicia bonae fidei* et qui, a défaut d'être systématisée consciemment, est assez facilement systématisable. Toutefois cette catégorie, en plus d'être unifiée par la jurisprudence classique, fut encore retravaillée par elle à différents égards.

1.2.2. Une catégorie retravaillée par la jurisprudence classique (Section 2)

La jurisprudence classique a, semble-t-il, même sans y prendre garde, modifié en profondeur la nature même des *iudicia bonae fidei*.

Tout d'abord, elle lui a fait, sans y prendre garde, perdre une part de son originalité. Au cours de l'histoire de la procédure formulaire, l'originalité du régime des *iudicia bonae fidei* tend à s'estomper pour différentes raisons. Ainsi, alors que ces formules permettent au juge, *contra stricta iuris rationem*, d'absoudre le défendeur s'il offre une restitution ou une indemnisation avant l'issue du procès, le triomphe progressif de la position sabinienne « *omnia iudicia absolutoria esse* » étend cette particularité à l'ensemble de la procédure formulaire. De même, les mécanismes de la compensation sont à partir du rescrit de Marc-Aurèle étendus progressivement à toutes les actions de droit strict, malgré la différence dans le mécanisme utilisé.

Pourtant, les *iudicia bonae fidei* n'en perdent pas pour autant toute leur originalité, mais cette catégorie a connu de notables changements au cours de l'époque classique, et la réflexion jurisprudentielle l'a assurément retravaillée à plus d'un titre, en la modifiant dans sa consistance (Sous-Section 1), puisqu'un *iudicium bonae fidei* n'a pas nécessairement de clause *ex fide bona*; elle l'a infléchi dans sa nature (Sous-section 2), en développant un corollaire sur le plan matériel, le *contractus bonae fidei*.

Sous-section 1: Une catégorie modifiée dans sa consistance: l'absence d'identité stricte entre les *iudicia bonae fidei* et les *iudicia in quibus additur ex fide bona*

Sous-section 2: Une catégorie retravaillée dans sa nature? Les *contractus bonae fidei*

1.2.2.1. Une catégorie modifiée dans sa consistance: l'absence d'identité stricte entre les *iudicia bonae fidei* et les *iudicia à clause ex fide bona* (Sous-section 1)

La notion de *iudicium bonae fidei* implique une avancée dans la réflexion sur la formule. Même si les jurisconsultes sont attachés aux termes des formules, qu'ils opèrent leurs

classements en fonction de leurs termes, un *iudicium bonae fidei* n'est pas nécessairement une formule qui possède la clause *ex fide bona* à la fin de son *intentio*; cette exacte corrélation a semble-t-il été rejetée relativement tôt³⁵⁹, et cette nouvelle désignation de *iudicium bonae fidei* montre précisément une dimension fonctionnelle: un *iudicium bonae fidei* est un programme judiciaire qui confère un certain nombre de pouvoirs spécifiques au juge, quels que soient les termes utilisés.

Ainsi, la catégorie a subi un élargissement constant : non seulement le préteur a délivré de nouvelles formules munies de la clause *ex fide bona* (I), mais de surcroît la jurisprudence a considéré des formules sans clause *ex fide bona* comme des *iudicia bonae fidei*(II).

1.2.2.1.1. Le rôle du préteur : de nouvelles formules avec clause *ex fide bona* (I)

La fin de l'époque républicaine et les débuts de l'époque impériale voient se développer de nouvelles formules *in ius ex fide bona*, Il est difficile de savoir si elles continuent ce qui est peut-être évoqué comme un mouvement par Mucius en *Off.* III.70 : le « *fidei bonae nomen* » se répand (*manare latissime*) très largement et de nouvelles formules soit sont proposées comme types de manière stable dans l'édit (A), soit sont tout d'abord délivrées *ad hoc* par le préteur(B).

1.2.2.1.1.1. De nouvelles formules inscrites dans l'Album : le cas de la *negotiorum gestio*, du dépôt, du *commodat* (A)

Ces trois actions mentionnées par Gaius ont toutes les trois été intégrées dans l'album du préteur assez tôt. Si l'*actio negotiorum gestorum* (1°) et l'*actio depositi* (2°) ne posent aucune difficulté, plus problématique est l'apparition de la formule *in ius ex fide bona* de l'*actio commodati* (3°).

1° L'existence de la formule *in ius* de la gestion d'affaires à époque impériale est parfaitement attestée. Elle est comme l'*actio tutelae* une action hors du titre XIX, attrait au

³⁵⁹ Voir à ce titre les remarques de V.ARANGIO-RUIZ, *Formule*, cit., p.341, et celle, lumineuse, formulée par

titre VIII de l'Edit par une formule *in factum* offerte sans doute à celui qui s'est proposé spontanément de représenter l'*indefensus*³⁶⁰. Dater dans ses grandes lignes son apparition ne représente pas une difficulté majeure.

L'œuvre de Cicéron nous donne son *dies ante quem* comme son *dies post quem*. Dans les *Topiques*, adressées à Trébatius en 44 av. J.C., il semble parfaitement la connaître puisqu'il mentionne une fois à des fins d'analogie le *procurator* aux côtés des actions infamantes de tutelle, de société, de mandat et de fiducie³⁶¹, une autre fois aux côtés des actions de mandat, de société, de restitution de la dot et de fiducie, après en avoir qualifié certaines explicitement de *iudicia in quibus additur ex fide bona*³⁶². En revanche elle n'existe pas encore à l'époque où Cicéron était auditeur de Q.Mucius, puisqu'il ne la mentionne pas dans sa liste³⁶³. Et puisque Cicéron ne la mentionne pas lorsqu'il évoque l'ensemble des actions de bonne foi dans le *De Natura Deorum*³⁶⁴, alors que le dialogue présenté dans cette œuvre se situe sans doute vers 77-76 av. J.C, il est fort vraisemblable qu'elle n'existe pas encore à ce moment là³⁶⁵. En bref, le prêteur a accueilli dans son album une formule *in ius ex fide bona* entre 77 et 44 av. J.C.³⁶⁶.

D.MANTOVANI, *Formule*, cit., p.59 n.164 *in fine*.

³⁶⁰ Voir G.FINAZZI, *Negotiorum gestio*, cit., p.4 ss. (pour l'existence de la formule *in factum*), p.25 ss. (sur la spontanéité et sur l'application à la représentation processuelle de l'*indefensus*) p.95 ss. (pour son orientation initiale en faveur du gérant). Voir toutefois *contra* V.ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Naples, p.40 et *passim*, selon qui la formule *in ius* aurait précédé la formule *in factum*, et selon qui sa place dans l'édit s'expliquerait son application aux rapports entre *dominus* et *procurator ad litem*. A.WATSON, *Mandate*, cit., p.56, a une vue plus nuancée sur le *procurator ad litem* mais ne se prononce pas sur les rapports entre formule *in ius* et formule *in factum*. Pour une vue différente mais rappelant l'antériorité de la formule *in factum* G.NEGRI, *La gestione d'affari nel diritto romano*, in *Homenaje J.L. Murga Gener*, Madrid, 1994, p.673. L'a. avance notamment, *op.cit.*, p.666, l'idée qu'il existerait une formule *ex fide bona* dès l'époque républicaine, mais qui serait prétorienne.

³⁶¹ *Top.* §42.

³⁶² *Top.* §66. G.FINAZZI, *Negotiorum gestio*, cit., p.173-174, réfute adroitement l'hypothèse de P.F.GIRARD, selon qui la formule dont parlerait Cicéron serait *in aequum bonum concepta*, l'*aequum bonum* mentionné au début du texte se référant bien évidemment à la formule de l'*actio rei uxoriae*.

³⁶³ *Off.*, III.§70. Aussi l'hypothèse de R.CARDILLI, *L'obbligazione di « praestare » e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milan 1995, p.203-218, sur son existence dès l'époque de Quintus Mucius, nous paraît-elle faible, et est à bon droit rejetée par G.FINAZZI, *Negotiorum gestio*, cit. p.169-171 L'auteur se fonde sur l'idée qu'en Dig.27.5.4 Pomponius n'en viendrait pas à parler de la protutelle, sanctionnée sans doute à son époque par une *actio negotiorum gestorum* utile, en commentant Quintus Mucius, pour qui la sanction de la *protutela* n'était même pas une réalité, si ce dernier n'avait pas au moins évoqué la *negotiorum gestio*. C'est aller un peu loin dans l'hypothèse, car Pomponius peut tout à fait parler pour son compte de la gestion *protutore* lorsqu'il parle de la tutelle à l'endroit où en parlait Quintus Mucius (voir *Paling.* II, p.70, avec circonspection), et d'autre part le moyen de sanctionner la gestion du pro-tuteur (EP³ §126) est discuté : était-ce une action de tutelle utile, une *actio negotiorum gestorum* utile avec fiction de tutelle ? (voir EP³, *ibid.*) ? Quant à Dig. 3.5.10, l'évocation d'un standard de responsabilité concernant la gestion des affaires d'un absent peut tout à fait être une remarque de Pomponius, et rien n'indique qu'il s'agirait de Mucius. Enfin, lorsque Cicéron désigne Alfénus comme un *diligens procurator* en défendant Quinctius en 81 av. JC. (*Pro Quinctio*, §19), ce n'est pas non plus un argument en faveur de l'existence d'une formule *in ius ex fide bona* motif pris de l'association fréquente entre *fides* et *diligentia*. Nous renvoyons sur ce point le lecteur à l'ample réfutation de G.FINAZZI, *Negotiorum gestio*, cit. p.168-169.

³⁶⁴ *Nat. Deor.* III. §74.

³⁶⁵ Il y a plus. Si Cicéron ne mentionne pas la *negotiorum gestio* dans ce texte alors que le dialogue est tout de même fictif où il aurait pu le mentionner, c'est qu'il est sans doute patent en 45 av. JC, que l'action ne pouvait

C'est encore Cicéron qui nous livre sans doute le mieux son champ d'application originaire. Il présente à Trébatius, en *Top.* §42, un argument analogique selon lequel, si le fiduciaire, le mandataire, l'associé ou le tuteur doivent *praestare fidem*, alors le *procurator* le doit aussi : si l'on suit G.Finazzi³⁶⁷, Cicéron nous livre dans ce passage le raisonnement juridique qui a présidé à l'institution même de la formule *in ius* : une action dirigée par le géré contre le *procurator*. Or, sans prendre partie sur le sens exact du mot *procurator*³⁶⁸, force est de reconnaître que chez Cicéron il a le sens de *procurator omnium bonorum*, ou du moins de *procurator* chargé de gérer une universalité³⁶⁹. Aussi est-ce sans doute la raison première de l'institution de cette nouvelle action. Mais, dans les mêmes *Topiques*³⁷⁰, Cicéron présente l'*actio negotiorum gestorum* comme dirigée contre celui *qui negotia alterius curavit*, sans l'appeler *procurator*, dans une énumération longue et complexe où il aurait eu intérêt à un raccourci³⁷¹ : c'est donc que, très vraisemblablement, le *iudicium negotiorum gestorum ex fide bona* peut être employé contre d'autres types de gérants que le *procurator omnium bonorum*, et notamment contre celui qui *negotiis alienis se offert*.

A époque classique, ce fut un peu une action à tout faire, protégeant les rapports entre le *furius* et son *curator*, entre le mineur de vingt-cinq ans et son curateur, en plus des cas de

pas encore exister en 77-76 av. JC. Aussi est-ce plutôt vers 50 av. JC que vers 70 av. JC que la formule *in ius* fut instituée. Notons néanmoins qu'elle pourrait tout autant ne pas exister au moment même où il écrit l'œuvre, soit un ou deux ans avant les *Topiques* (44 av. JC), ce qui nous donnerait une date extrêmement précise : quelques années avant 44 av. JC. *Contra* V.ARANGIO-RUIZ, *Le Formule*, op.cit., p.48-50, était plus prudent et considérait simplement que l'*a.n.g.* est apparue dans l'album entre la *lex Aebutia* et 44 av. JC., sans même voir dans son absence de la liste mucienne (*Off.* III.70) un argument déterminant : mais il considère significativement qu'elle a précédé l'existence de la formule *in factum*.

³⁶⁶ Nous laissons volontairement de côté, pour les problèmes de datation, le célèbre cas des prisonniers de Lusitanie (Dig.3.5.20) traité par Servius qui a manifestement conseillé la délivrance d'une action décrétole. Toutefois, à supposer qu'il soit pertinent, il ne démentirait pas vraiment la date proposée. Voir l'analyse qui en est faite par G.FINAZZI, *cit.*, p.82-89 essentiellement pour conforter l'idée (par nous partagée) que la formule *in factum* avait pour unique application originelle la défense spontanée : il situe la réponse de Servius vers 75 av. JC..

³⁶⁷ *Negotiorum gestio*, *cit.*, p.175

³⁶⁸ Voir G.FINAZZI, *cit.*, p.176-189, pour un exposé complet des difficultés ainsi que pour un examen des sources épigraphiques confirmant cette interprétation, notamment la *lex Agraria* (l.69) et la *tabula Heraclensis* (l.36).

³⁶⁹ Le célèbre texte du *Pro Caecina* §57, où Cicéron montre qu'on ne peut suivre l'interprétation littérale de l'interdit *unde ui*, en témoigne : (...) *non alia ratio iuris in hoc genere dumtaxat, utrum me tuus procurator deiecerit, is qui legitime procurator dicitur, omnium rerum eius qui in Italia non sit absitve rei publicae causa quasi quidam paene dominus, hoc est alieni iuris vicarius, an tuus colonus aut vicinus aut cliens aut libertus aut quivis qui illam vim deiectionemque tuo rogatu aut tuo nomine fecerit* (...). A notre avis, *legitime* doit s'interpréter comme « reposant sur un lien juridique reconnu », celui-là même qui fonde la responsabilité du gérant à l'égard du géré.

³⁷⁰ *Top.* §66.

³⁷¹ Voir G.FINAZZI, *cit.*, p.190 ss., et notamment p.191.ss, où l'A. montre que chez Cicéron, l'emploi de cette expression est essentiellement destiné à viser celui qui *negotiis alienis se offert*.

gestion spontanée et de *procuratio omnium bonorum*³⁷². C'est une action significativement non infamante.

Cette nouvelle action est donc, semble-t-il, une création analogique des autres actions de bonne foi, et notamment de l'*actio tutelae* et de l'*actio mandati*.

2° La formule de l'*actio depositi*, présentée dans l'Album après sa devancière la formule *in factum*³⁷³, apparaît très vraisemblablement au début de l'époque impériale³⁷⁴ ou à la fin de l'époque républicaine.

Le §84 de la *lex Irnitana* mentionne une action de dépôt aux côtés des autres actions de bonne foi infamantes, après l'*actio tutelae*. Or le §111 de la table d'Héraclée en revanche ne la mentionne pas, et il paraît peu vraisemblable que la formule *in factum* n'ait pas encore à son époque existé, laquelle formule est sans doute subsumée dans cette table implicitement sous le terme plus général *de dolo*. Donc par contraste la *lex Irnitana*, en mentionnant spécifiquement l'*actio depositi*, vise à notre avis vraisemblablement la formule *in ius*. S'il est fort probable que cette loi municipale de 91 av. JC. représente un état du droit plus ancien à Rome, alors cette action a certainement vu le jour bien avant la *lex Irnitana* dans les Albums des préteurs de la Ville.

Il nous semble par ailleurs fort probable que Sabinus la connaissait déjà : le commentaire d'Ulpien³⁷⁵ qui ne cesse de mentionner avec insistance la *bona fides* ne peut être ni une interpolation, ni l'introduction d'une notion inconnue de Sabinus³⁷⁶.

Cela est confirmé par un texte de Labéon qui semble déjà connaître la formule *in ius*³⁷⁷. En effet, dans le cas où le déposant est « rançonné » par le dépositaire pour pouvoir récupérer son bien, Labéon propose d'utiliser l'action de dépôt : sa prétention à se voir restituer cette somme par l'action de dépôt est en tout point comparable à ce qu'on observe dans les autres

³⁷² Sur la question de la voie contentieuse au profit ou contre le *procurator ad litem*, voir notamment A.WATSON, *Mandate*, cit., p.56, qui considère comme classique l'utilisation de l'*actio mandati*, rejetant la théorie radicale de V.ARANGIO-RUIZ, *Mandato*, cit. p.41-42, qui considère que la *procuratio ad litem* recevait une protection par la voie de l'*actio negotiorum gestorum* et ce durant toute l'époque classique. Nous penchons personnellement, comme le fait la doctrine contemporaine, pour une protection par la voie de l'*actio mandati*, sur le fondement d'une lecture littérale de *Inst.* IV.82.

³⁷³ EP³, §106.

³⁷⁴ Voir G.GANDOLFI, *Deposito*, cit., p.74 ss.

³⁷⁵ Dig. 16.3.11 (41 ad sab.)

³⁷⁶ A ce compte, dans le rappel que fait Paul de la position de Sabinus concernant les pouvoirs du juge pour interposer des *cautiones* dans les *iudicia bonae fidei* (Dig.17.2.38), la référence au dépôt n'a pas à être nécessairement soupçonnée de substitution à une ancienne référence à la fiducie, laquelle a sans doute été au demeurant effacée.

³⁷⁷ Dig. 16.3.34 Labeo 2 pith. *Potes agere depositi cum eo, qui tibi non aliter quam nummis a te acceptis depositum reddere voluerit, quamvis sine mora et incorruptum reddiderit.* Voir A.MAGDELAIN, *Actions civiles*, cit., p.48-49, n.1.

actions de bonne foi³⁷⁸ à la différence des actions de droit strict, où il serait nécessaire d'employer une *condictio* distincte, *ob turpem causam*. Cette prétention ne saurait être de toute manière comprise par le *dolo malo redditam non esse* de la formule *in factum*³⁷⁹. Il paraît donc vraisemblable qu'elle soit déjà une réalité de l'Edit du temps de Labéon³⁸⁰.

Cette action peut donc avoir vu le jour dans l'Album au moins dès les débuts de l'Empire, et fut suivie, sans doute d'assez près, par l'*actio commodati in ius*.

3°La principale difficulté concernant le commodat est d'ordre philologique, mais a amené certains auteurs et non des moindres à nier ou à douter³⁸¹ de l'existence d'une formule *in ius ex fide bona* : Gaius, étrangement, ne la mentionne pas en *Inst.* IV.62 dans sa liste des *iudicia bonae fidei*, ce qui fut interprété, soit comme la preuve de son inexistence, soit comme la preuve que le modèle suivi par Gaius ne connaissait pas encore la *formula in ius*.

Son inexistence nous paraît peu probable. Remarquons tout d'abord que le manuscrit de Vérone est particulièrement défaillant : le copiste a recopié deux fois la même ligne, aussi peut-il tout autant par distraction avoir oublié de mentionner une action³⁸². En outre, lorsque Gaius mentionne les *actiones quae sua ui ac potestate ualent* autres que la *condictio certi*³⁸³, il donne en exemple l'*actio commodati* aux côtés de l'*actio fiduciae*, et de l'*actio negotiorum gestorum*, c'est-à-dire de deux actions de bonne foi. Aussi ne semble-t-il pas du tout avéré que Gaius ne la concevrait pas comme une formule *ex fide bona*. Enfin, l'existence de deux formules d'action de commodat, l'une *in factum* et l'autre *in ius*, est attestée par Gaius lui-même, qui les compare à celles du dépôt qu'il venait de citer³⁸⁴.

³⁷⁸ Dig.12.5.9.1

³⁷⁹ A preuve, dans son commentaire à l'Edit sur la *condictio*, c'est cette même *condictio* qu'envisage Ulpian dans le cas d'un dépositaire malhonnête, en semblant attribuer la solution à Julien : Dig. 12.5.2pr. et 1 : Ulpianus 26 ad ed. *Ut puta dedi tibi ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas. in qua specie iulianus scribit, si tibi dedero, ne hominem occidas, condici posse. Item si tibi dedero, ut rem mihi reddas depositam apud te vel ut instrumentum mihi redderes.* Julien considérerait sans doute à cette occasion le cas du dépôt sous l'angle de sa protection primitive par la formule *in factum*.

³⁸⁰ Il nous semble qu'un autre texte montre que Labéon la connaissait déjà, au vu de la nature de la réclamation : Dig. 16.3.1.38 Ulpianus 30 ad ed. *Si quis tabulas testamenti apud se depositas pluribus praesentibus legit, ait labeo depositi actione recte de tabulis agi posse. ego arbitror et iniuriarum agi posse, si hoc animo recitatum testamentum est quibusdam praesentibus, ut iudicia secreta eius qui testatus est divulgarentur.* Toutefois, il est vrai que cela pourrait être un cas où l'on interprète le *non redditam* de la formule *in factum* comme incluant un *deteriorem redditam*. Mais il nous semble que seule l'action de bonne foi permet de réclamer ainsi la réparation du préjudice causé par le dépositaire qui a procédé à la lecture des tablettes testamentaires du déposant.

³⁸¹ V.ARANGIO-RUIZ, *Formule*, cit., p.340-341 donne un aperçu de cette littérature. Pour les suspicions plus récentes, voir les arguments rappelés avec distance par D.MANTOVANI, *Formule*, cit. p.52, n.117 et 118.

³⁸² Voir L.LOMBARDI, BIDR, 63, 1960, cit., p.159, et M.VARVARO, *Restituzione della dote*, cit., p.120 n.303, pour toute la littérature sur la lecture de *Inst.*, IV.62-63.

³⁸³ *Inst.*,IV.33. (...)itaque simul intellegimus eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus, sua ui ac potestate ualere. eiusdem naturae sunt actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum et aliae innumerabiles.

³⁸⁴ *ibid.*,IV.47 : *similes etiam commodati formulae sunt.*

Les arguments qu'on tire de différents textes pour affirmer son inexistence au Ier siècle sont peu probants : Paul considère certes, en commentant Plautius, une réponse selon laquelle le commodant rançonné par le commodataire aurait une *condictio* de droit strict pour demander la restitution de la somme³⁸⁵, sans mentionner la possibilité d'agir par la formule *in ius*, mais l'argument est sans valeur puisqu'Ulpien en dit de même du dépôt³⁸⁶ dans son commentaire à l'Edit lorsqu'il rappelle une solution de Julien, alors que ce dernier connaissait déjà la formule *in ius*, et il n'est pas dit dans le *responsum* cité par Paul que toute autre voie de droit serait a contrario fermée : bien au contraire, Plautius considérait la voie la plus commune et la plus uniforme pour récupérer une somme versée *ob turpem causam*, à savoir la *condictio*³⁸⁷. Aussi nous paraît-il fort vraisemblable que cette action a vu le jour dès le Ier siècle après J.C, après l'action de dépôt, sans qu'on puisse fixer de date³⁸⁸. Toutefois, c'est la position initiale de sa formule *in factum* au titre XVII *De rebus creditis*, siège des actions de droit strict par excellence, qui devait constituer une anomalie aux yeux des jurisconsultes eux-mêmes³⁸⁹. Aussi est-il de la même manière difficile de savoir si une *actio pignoratitia* avec clause *ex fide bona* était proposée dans ce même titre³⁹⁰.

Ces actions font donc pleinement partie du groupe des *iudicia bonae fidei* à époque classique. Un point important est à noter : ces formules d'actions sont apparues autant avant qu'après l'abolition des *legis actiones*, mais pour la plupart d'entre elles ont vu le jour semble-t-il au début de l'époque classique. Elles ont toutes eu, sous des rapports divers, des formules *in factum* qui les ont précédées dans l'Edit³⁹¹. Il est regrettable qu'on ne sache rien des circonstances exactes qui ont présidé à cette introduction³⁹².

³⁸⁵ Dig. 12.5.9pr. Paulus 5 ad plaut. *Si vestimenta utenda tibi commodavero, deinde pretium, ut recipere, dedissem, condictione me recte acturum responsum est: quamvis enim propter rem datum sit et causa secuta sit, tamen turpiter datum est.*

³⁸⁶ Dig. 12.5.2.1, voir *supra*

³⁸⁷ Elle est de toute manière préférable pour le commodant, et c'est peut-être la raison pour laquelle Plautius n'envisageait pas le cas de la formule *in ius* : agir par l'action de bonne foi l'exposerait à se voir opposer des contrecreances, tandis que la *condictio* lui permettra d'obtenir rapidement la restitution de cette rançon.

³⁸⁸ On peut d'ailleurs invoquer tout autant Dig. 17.2.38 que pour le dépôt, et considérer que Sabinus la connaissait déjà, même s'il reste un soupçon que la référence au dépôt et au commodat ne serait qu'un maquillage d'une référence à la fiducie.

³⁸⁹ Voir à ce titre la remarque de V.ARANGIO-RUIZ, *Formule*, cit., p.341 : dans la mesure où le contrat était conclu dans l'intérêt du défendeur à l'action directe, il semblait inéquitable de lui donner les avantages des formules *ex fide bona*. Les juristes se sont donc toujours davantage concentrés sur la discipline de la formule *in factum*.

³⁹⁰ Voir pour une présentation des arguments *pro et contra*, D.MANTOVANI, *Formule*, p.53 n.120, bien que nous penchions personnellement, mais sans conviction, pour son inexistence dans l'Album.

³⁹¹ Ce fait, notons-le, ne présume en rien de leur nature civile ou prétorienne. L'existence de deux voies contentieuses distinctes n'indique en rien un rapport génétique entre elles. Cela pourrait tout autant montrer que la formule *in ius* est bien une action civile (différenciation) ou qu'elle est prétorienne (analogie). De même, le fait que l'*actio tutelae* entre en concours électif avec la vieille action décemvirale *rationibus distrahendis* n'est pas en soi une preuve de sa nature civile.

³⁹² En un sens, ce n'est pas si étrange : les commentaires des jurisconsultes devaient précisément expliquer leur introduction par rapport à la formule *in factum*. Or les compilateurs ont cherché à effacer cette distinction entre

Mais il y a plus : des formules *ex fide bona* sont délivrées *ad hoc* par le préteur sans inscription dans l'Album.

1.2.2.1.1.2. De nouvelles formules délivrées *ad hoc* par le préteur : le cas de l'*actio praescriptis uerbis* (B)

Il semble que Labéon soit le premier à avoir proposé que le préteur donne des formules à clause *ex fide bona* dans des situations proches des cas typiques visés par l'album (1°), et ce n'est que dans un second temps que certaines d'entre elles firent leur apparition dans l'album (2°).

1° Labéon semble bien le premier auteur à proposer des actions civiles adaptées au cas (*actio ciuilis in factum*)³⁹³. La classicité de l'*actio praescriptis uerbis* n'est plus à démontrer de nos jours³⁹⁴. Lorsqu'un prérequis essentiel d'une action proposée dans l'album manquait, il a proposé que le préteur délivre une action proche de l'album, avec une *intentio iuris ciuilis incerta* accompagnée de la clause *ex fide bona*. Les points obscurs qui restent sont la question de savoir ce que représentent les *praescripta uerba*³⁹⁵, et dans quels cas elle était employée³⁹⁶. Il ne nous semble pas avéré que tout contrat innomé ait reçu sa sanction civile par une formule *ex fide bona*. Pour notre part, nous nous rangeons très sagement à l'avis de A.Burdeese³⁹⁷ et de M.Talamanca³⁹⁸ sur cette question : l'action à laquelle songe Ariston³⁹⁹

deux formules qui relevait d'un *modus agendi* dépassé. A l'inverse, Ulpien est encore capable de rappeler, quoiqu'en des termes très vagues, l'introduction dans l'album, de l'action contraire civile de tutelle (Dig. 27.4.1).

³⁹³ Dig. 19.5.1.1. Néanmoins M.TALAMANCA, *Tipicità*, cit., p.100, n.250, considère que l'expression est de Papinien. Voir *contra*, R.SANTORO, *Contratto*, cit., p.97-103.

³⁹⁴ Voir pour la démonstration de sa classicité par l'examen des textes, R.SANTORO, cit., p.95-145, et sa synthèse p.146-149, même si nous avons des doutes sur son analyse de a) Dig.18.1.79 (cit., p.142-145), dont il tire un peu trop vite selon nous la conclusion que Trébatius connaîtrait déjà l'*actio praescriptis uerbis*., b) Dig. 19.5.5.2 (cit., p.95-96), qu'il suspecte d'interpolation au motif que Julien, d'après sa lecture de Dig.2.14.7.2, refuserait pour sa part toute autre voie qu'une formule *in factum* délivrée par le préteur dans un cas de ce type (*datio ut manumittas*).

³⁹⁵ Voir sur ce point A.BURDEESE, « I contratti innominati », in *Homenaje J.M. Murga Gener*, Madrid, 1994, p.73 qui considère qu'il s'agissait bien d'une *praescriptio pro actore*. De même, l'argumentation très séduisante de R.SANTORO, *Contratto Labeone*, cit., p.75-94 aboutit à la même conclusion. Voir toutefois l'étude capitale sur ce point de L.PELLECCHI, *La praescriptio*, p., qui montre magistralement les faiblesses de l'utilisation peu prudente des développements de Gaius sur la *praescriptio* et sur le sens à attribuer à l'expression *loco demonstrationis*.

³⁹⁶ R.SANTORO, cit., *passim*. In fine p.289, l'A. semble présupposer que toute convention qui n'a pas de *proprium nomen* est protégée par un *iudicium* « *ex fide bona* », puisqu'il conclut à plusieurs reprises à l'unité du moyen de procédure (voir par ex. cit., p.96), qu'il juge à bon droit classique.

³⁹⁷ A. BURDEESE, « I contratti innominati », cit., p.73-78 et *passim*.

pour sanctionner les conventions innomées est une *condictio* de droit strict, sans doute formulée sous forme incertaine⁴⁰⁰. En effet, même si les *iudicia bonae fidei* correspondent à la définition générale que donne Gaius de la notion de *condictio* en procédure formulaire⁴⁰¹, jamais les actions de bonne foi ne sont ainsi appelées, or il existe bien dans nos textes une *condictio incerti*. Par ailleurs, Justinien et Théophile considèrent significativement en IJ.4.6.28 que seules les actions *praescriptis uerbis* naissant de la *permutatio* et de l'*aestimatum* sont protégés par un *iudicium bonae fidei*, et l'on ne voit pas l'intérêt d'une pareille restriction à époque post-classique, au moment où, dans la *cognitio extra ordinem*, la notion de *iudicium bonae fidei* perd largement de son originalité procédurale. En outre, ces conventions innomées sont précisément fondées sur la doctrine de la *causa* telle qu'elle se rencontre aussi à propos des *condictiones* de droit strict, et représentent pour ainsi dire des contrats unilatéraux qui se forment *re* : c'est l'exécution de la prestation promise par le demandeur qui fait que l'autre partie est tenue par l'action. Enfin, rappelons-le, on possède par Gaius la trace d'une *intentio* en *QUIDQUID PARET DARE FACERE OPORTERE*, ce *paret* étant typique des *intentiones* de droit strict et ne correspondant ni à l'*actio ex stipulatu*, ni à l'*actio ex testamento*, ni à aucune action de bonne foi⁴⁰². C'est donc que l'*agere praescriptis* labéonien fut, à partir d'une certaine date, soit en complémentarité, soit en concurrence avec une *actio incerti* de droit strict⁴⁰³.

³⁹⁸ La position de M.TALAMANCA, BIDR 92-93, 1989-90, p.733, d'ailleurs quelque peu différente de celle d'A.Burdese, *loc. cit.*, puisqu'il considère que la *condictio incerti* n'a jamais reçu sa place dans l'album.

³⁹⁹ Le texte capital en la matière est le célèbre commentaire liminaire d'Ulpien à l'édit *de pactis* en Dig. 2.14.7.2 (Ulp. 4 ad ed). Voir R.SANTORO, *cit.* p.218-221 *passim*. Pour notre part, nous pensons qu'Ariston a en vue une action de droit strict, qui naît de la *datio*, et qui est une *condictio incerti*: Mauricien n'irait pas dire que pour sanctionner la convention innomée, l'action civile « suffirait » (*sufficere*) s'il songeait à une adaptation, et c'est plutôt Julien qui songe à une formule adaptée au cas précis, peu importe d'ailleurs qu'il ait songé à une formule *ex fide bona* ou à une formule *in factum*, le sens de *in factum* pouvant être ici « adapté au cas considéré » (voir précisément R.SANTORO, *cit.*, p.100) : cette interprétation est confortée précisément par Dig. 19.5.5.2, si on juge (contrairement à R.SANTORO, *cit.*, p.95) l'action *in factum ciuilem* attribuée à Julien non interpolée. Car il nous semble que le problème est celui de la sanction des conventions innomées de *facio ut des*. voir A.GIFFARD, *Etudes de droit romain*, Paris, 1972, p.198.

⁴⁰⁰ Voir les contributions capitales d'A.GIFFARD, *Etudes de droit romain*, 1972 p.189, malgré ses positions interpolationnistes sur l'*agere praescriptis uerbis* « *ex fide bona* », et plus généralement sur l'expression même *praescriptis uerbis*.

⁴⁰¹ *Inst.*, IV.5.

⁴⁰² *Inst.*, IV.54 et IV.131. Voir A.GIFFARD, *op.cit.*, p.150-157, malgré nos doutes sur le caractère abstrait qu'il lui attribue. Nos objections à la théorie de R.SANTORO, *Contratto*, *cit.*, *passim* n'ôtent rien au caractère fondamental de ses analyses sur la définition du *contractus* comme *ultra citroque obligationem*. Mais nous gardons quelques doutes au sujet du lien qu'il veut établir, *op.cit.*, p.165-171, et p.289, entre l'édit *de pactis* et l'existence d'une sanction des contrats innomés pour Labéon : à tout le moins, ce n'était pas la fonction originelle de cet édit. Sans doute la façon dont A.MAGDELAIN, *Consensualisme*, *cit.* p.83-84, a rejeté cette hypothèse dans le cadre de sa théorie sur l'édit *de pactis* est-elle un peu cavalière, mais si c'était sur ce fondement qu'étaient protégés les contrats innomés, le commentaire d'Ulpien viendrait nous le rappeler, or il exclut du champ de l'édit *de pactis* ces conventions au même titre qu'il exclut par exemple les actions de bonne foi.

⁴⁰³ Nous sommes bien conscients de la remarque de bon sens, mais lumineuse, formulée par D.MANTOVANI, *Formule*, p.58-59 n.164, à l'encontre de la théorie des deux voies contentieuses, dont la seule différence

Mais l'*agere praescriptis uerbis* « labéonien » s'est pourtant lui aussi quelque peu fossilisé dans l'édit.

2° Au moins une action initialement *ciuilis in factum* avec clause *ex fide bona* semble avoir été typicisée et inscrite dans l'Album : l'*actio de aestimato*⁴⁰⁴. Ce contrat de « colportage » n'était assimilable à aucun des quatre contrats consensuels : quelle que soit la figure typique envisagée, il contrevenait à un de ses éléments essentiels. C'est là ce qu'on peut tirer d'un mince extrait du commentaire à l'édit d'Ulpien suspecté d'interpolations⁴⁰⁵. Une fois dans l'album, cette formule a sans doute continué à servir d'exemple à la délivrance d'autres formules *in ius ex fide bona* dans des situations qui s'écartaient d'un type contractuel donné. Mais plus généralement, son inscription nous apprend peut-être quelque chose sur la position officielle du préteur quant à l'idée géniale de Labéon : les actions de bonne foi sont en principe des actions typicisées, l'*actio in factum ciuilis* est un remède ponctuel aux inconvénients de cette typicité, mais les formules à clause *ex fide bona* ont vocation à rester attachées à des types contractuels ou quasicontractuels, si bien que l'*aestimatum* est devenu une figure typique. Il y a, pensons-nous, un lien très fort entre la clause *ex fide bona* et la typicité « causale »⁴⁰⁶.

Il est difficile de savoir si l'action naissant du contrat d'échange a connu elle aussi une inscription tardive dans l'album. Était-ce un des rares éléments instables avant la fixation par Julien de l'édit ? Il apparaît fort probable que l'échange a reçu une protection à travers la délivrance d'une formule *ex fide bona*, sur le modèle « labéonien », ne serait-ce que par sa proximité avec la vente, mais rien ne prouve son existence dans l'album, et certains textes semblent même prouver le contraire⁴⁰⁷.

résiderait dans l'inscription, dans la formule, d'une clause *ex fide bona*. Toutefois, cette différence de rédaction aurait tout de même une grande incidence sur le traitement des demandes reconventionnelles : la compensation ne pourrait être par exemple être opposée de plein droit dans la *condictio incerti*, le sors de la *lis* (*usurae, fructus*, etc.) après liaison du contentieux recevrait un autre traitement, etc.

⁴⁰⁴ EP³ §112, sachant que O.LENEL est dubitatif. Voir la démonstration complexe de son authenticité par L.LOMBARDI, BIDR 63, 1960, p.129 ss. pour la démonstration de son existence stable dans l'Edit. Sans doute ses arguments ne peuvent-ils plus être tous accueillis, puisqu'il en vient à se fonder sur la non-classicité de l'*actio praescriptis uerbis* pour prouver l'existence de l'*actio de aestimato*, ou à envisager qu'en *Inst.*, IV.62, « RUAÉ » devrait être lu « *PUAE » (*praescriptis uerbis de aestimato*). Mais son argumentation, très convaincante, montre bien que cette action a figuré dans l'album.

⁴⁰⁵ Dig. 19.3.1. Quel que soit le degré d'interpolation qu'on lui présuppose, nous rejoignons L.LOMBARDI, *art. cit.*, p., pour dire qu'il ne peut avoir été purement et simplement inventé *ex nihilo*, et il parle bien d'action « proposée ».

⁴⁰⁶ Voir sur cette notion M.TALAMANCA, *Tipicità*, cit., p.44 *passim*.

⁴⁰⁷ Voir notamment le commentaire de Paul en 19.4.1, §§1 et 2. Pour notre part, en ce qui concerne la *permutatio*, il est possible qu'elle ait reçu deux sanctions différentes, toutes deux *in ius*. Soit au titre de contrat

Mais ces développements sont peu à côté d'un phénomène plus intéressant selon nous quant à l'évolution de la catégorie des *iudicia bonae fidei* : la jurisprudence a pu requalifier des formules même sans clause *ex fide bona* en *iudicia bonae fidei*.

1.2.2.1.2. *Le rôle des prudents : de nouveaux iudicia bonae fidei sans clause 'ex fide bona' (II)*

On constate que des formules sont considérées comme des *iudicia bonae fidei* même si elles ne contiennent pas la clause *ex fide bona*. Ce phénomène n'a rien d'étonnant dans la jurisprudence classique et n'est pas nécessairement lié à un désintérêt pour les termes exacts des formules. On constate d'ailleurs aisément une évolution similaire à propos des formules dites « arbitraires ». De même que la notion de *iudicium bonae fidei* dépasse en consistance les *iudicia in quibus additur ex fide bona*, de la même manière la notion d'*actio arbitraria* a semble-t-il dépassé le cadre des formules munies explicitement de la clause restitutoire. Ainsi y est englobée l'action *de eo quod certo loco*⁴⁰⁸, parce que les juristes ont interprété leurs formules comme conférant au juge une liberté particulière dans le déroulement de l'instance. Il n'y a pas nécessairement à reporter cet état du droit à l'époque de Justinien ou à la disparition de la procédure formulaire⁴⁰⁹.

La similitude entre ces deux évolutions, *iudicia in quibus additur ex fide bona*=>*iudicia bonae fidei*, formules à clause restitutoires=>*actiones arbitrariae*, est d'autant plus grande qu'elle porte à chaque fois sur l'office du *iudex*, et sur l'amplitude de ses pouvoirs. Le point de rapprochement concerne à chaque fois une réflexion sur les particularités de l'instance, non sur le fondement de l'action.

La catégorie des *iudicia bonae fidei* a donc subi un élargissement constant : des formules sans clause *ex fide bona* furent rangées par la jurisprudence classique dans les *iudicia bonae*

voisin de la vente, elle a pu recevoir une sanction par l'*actio praescriptis uerbis ex fide bona*, puis, au titre de convention innommée de *do ut des*, elle a pu être de surcroît sanctionnée par la *condictio incerti*.

⁴⁰⁸ Voir notamment Dig.13.4.2, Dig. 13.4.2.8, Dig.13.4.4.1, Dig. 13.4.7, Dig.13.4.10., Dig. 13.5.16.1 ou encore C.J. 3.18.1, suspectés longtemps de remaniements : voir la position extrême, sur ces textes, de V.ARANGIO-RUIZ, « Studi formulari I : *De eo quod certo loco dari oportet* », BIDR 25, 1912, in *Scritti di diritto romano* I, cit., p.419 ss.

⁴⁰⁹ Voir *contra* Biondi, *Actiones Arbitrariae*, p.15, qui attribuait totalement à Justinien une pareille conception telle qu'elle ressort de IJ 4.6.31. Autant ses suspensions sont-elles justifiées pour le classement des actions noxales parmi les *actiones arbitrariae*, où ce n'est que tardivement qu'on a sans doute assimilé le *aut noxae dedere oportet* à une sorte de raccord similaire au *nec restituetur* ou au *nec exhibebitur*, autant il nous paraît

fidei (A). Mais, même si l'appartenance à cette catégorie est devenu indépendante de la présence de cette clause, cet élargissement a connu des limites : toute formule exprimant une prétention *incerta* n'est pas devenue un *iudicium bonae fidei* (B).

1.2.2.1.2.1. Un élargissement constant : la requalification fonctionnelle en *iudicium bonae fidei* (A)

Depuis l'époque républicaine jusqu'à l'époque tardo-classique, la catégorie des *iudicia bonae fidei* s'est étoffée. Mais de nombreuses formules furent rangées dans les *iudicia bonae fidei* sans pour autant avoir cette clause : c'est la simple considération des prudents pour leurs formules, ainsi que la définition fonctionnelle de la notion de *iudicium bonae fidei*, qui en sont cause.

Nous envisagerons tout d'abord l'inclusion naturelle, et sans doute contemporaine de l'apparition de la notion même de *iudicium bonae fidei*, des actions *fiduciae* et *rei uxoriae* (1°), avant d'examiner le cas plus controversé des actions divisaires (2°), lequel semble être le fruit de controverses autour de l'*officium iudicis* (3°).

1° L'*actio fiduciae* et l'*actio rei uxoriae*⁴¹⁰ sont dès l'époque de Cicéron rapprochées des formules à clause *ex fide bona*, ainsi qu'il en témoigne dans le *De Off.*⁴¹¹ et dans les *Topiques*⁴¹². Toutefois, il les en distingue, vu l'absence d'homogénéité dans leurs formulations.

Elles sont chacune munies de clauses spécifiques qui se détachent (*excellunt*): un *quod aequius melius* pour la formule de l'*actio rei uxoriae*, un « *ut inter bonos bene agier oportet* »

peu probable que l'*actio de eo quod certo loco* ait attendu l'époque post-classique pour être qualifiée d'arbitraire.

⁴¹⁰EP³ §113. Tout comme pour l'*actio fiduciae*, la reconstruction par Lenel de sa formule fait l'objet d'incessantes critiques (voir V.ARANGIO-RUIZ, *Formule con demonstratio*, cit., p.358-361), sans qu'on parvienne à trouver une reconstruction préférable à la sienne. Voir la dernière critique en date, très complète, de M.VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote. I. La formula dell'actio rei uxoriae*, Turin, 2006, p.42 ss..

⁴¹¹III,62 *Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adulescentium lege Plaetoria et sine lege iudiciis, in quibus additur ex fide bona. Reliquorum autem iudiciorum haec verba maxime excellunt: in arbitrio rei uxoriae melius aequius, in fiducia ut inter bonos bene agier. Quid ergo? aut in eo, quod melius aequius, potest ulla pars inesse fraudis? aut cum dicitur inter bonos bene agier, quicquam agi dolose aut malitiose potest?*

⁴¹²Top., §66 *In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum, ubi vero etiam ut inter bonos bene agier oportet, in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est quod eius aequius melius, parati eis esse debent. Illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia*

pour la formule de l'*actio fiduciae*. Mais elles sont parfaitement assimilées aux *iudicia bonae fidei* dès l'époque classique: c'est ce dont témoigne la liste de Gaius en IV,62. Plus encore, Ulpien à la suite de Pomponius se permet de généraliser des solutions à tous les *iudicia bonae fidei* en partant de solutions particulières et fondées sur la formulation explicite de l'*actio fiduciae* ou de l'*actio rei uxoriae*⁴¹³; son raisonnement serait absurde s'il n'était pas parfaitement établi que ces deux formules sont des *iudicia bonae fidei*.

Tout d'abord, leurs clauses sont proches lexicalement de la clause *ex fide bona*, vu leur dimension axiologique: on retrouve l'adjectif *bonus* sous ses différents aspects (*melius, bonos, bene*). Mais c'est l'interprétation de ces clauses spécifiques qui confère des pouvoirs au *iudex* comme les formules à clause *ex fide bona*. Notamment, le texte du *De Officiis* nous montre qu'elles permettent sous toutes ses formes une appréhension extensive de la *fraus*, de la *malitia* et du *dolus*⁴¹⁴. En outre, la possibilité de prendre en compte des demande reconventionnelles, parce que le *iudex* peut inspecter tout aussi bien le comportement du demandeur, est fondée sur le sens de ces clauses: *inter bonos bene agier* a une dimension de réciprocité qui permet l'inhérence de l'exception de dol, ou de pacte, et valide des *deductiones*, et donc la compensation. L'*aequius melius*, notion très large, a permis elle aussi de moduler le contenu de l'obligation de restitution de la dot selon des paramètres subtils, mais semble-t-il stabilisés par l'interprétation jurisprudentielle, en tenant compte par exemple des impenses faites par le mari. La possibilité d'une compensation *ex eadem causa* était pour les juriconsultes implicitement contenue dans les termes de la formule. C'est donc là encore la similarité des pouvoirs accordés implicitement au *iudex* qui a permis leur assimilation explicite au reste de la catégorie. Sans doute est-il d'ailleurs inexact de se demander si l'*actio rei uxoriae* était ou n'était pas un *iudicium bonae fidei* à époque républicaine, puisque cette catégorie processuelle élargie n'existait pas, et que le classement s'opérait uniquement par la présence ou l'absence de la clause *ex fide bona*: son inclusion dans la catégorie des *iudicia*

aliena curasset ei cuius ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset, eumve cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt.

⁴¹³Dig. 15.1.36 Ulpianus 2 disp. *In bonae fidei contractibus quaestionis est, an de peculio an in solidum pater vel dominus tenerentur: ut est in actione de dote agitatum, si filio dos data sit, an pater dumtaxat de peculio conveniretur. ego autem arbitror non solum de peculio, sed et si quid praeterea dolo malo patris capta fraudataque est mulier, competere actionem: nam si habeat res nec restituere sit paratus, aequum est eum quanti ea res est condemnari. nam quod in servo, cui res pignori data est, expressum est, hoc et in ceteris bonae fidei iudiciis accipiendum esse pomponius scripsit. namque si servo res pignori data sit, non solum de peculio et in rem verso competit actio, verum hanc quoque habet adiectionem " et si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est " . videtur autem dolo facere dominus, qui, cum haberet restituendi facultatem, non vult restituere.*

⁴¹⁴Off. III,62.

bonae fidei est sans doute contemporaine de l'apparition du terme même de *iudicium bonae fidei*.

Sans doute la fiducie s'est-elle rapprochée plus rapidement du groupe des formules à clause *ex fide bona*, comme le montre la sentence de Mucius en III,70, encore que Mucius puisse viser une variante à clause *ex fide bona*, ou que ce soit la présence même du mot « *fides* » qui dans le corps de l'*intentio* qui l'y ait invité. Son rapprochement était facilité par l'Edit du préteur, puisque cette action figurait non seulement d'abord en tête du titre XIX de l'Edit (encore que nous ne connaissions pas sa structure exacte à époque républicaine), mais surtout dans l'Edit *qui nisi pro certis personis* à côté des actions de tutelle, de mandat et de société.

Aussi n'est-il nullement étonnant que ces deux actions figurent dans la liste des *iudicia bonae fidei* donnée par Gaius en *Inst.*, IV,62⁴¹⁵, à l'inverse des actions divisoires.

2° Deux actions divisoires sont rapprochées des *iudicia bonae fidei* d'après Justinien en IJ 4.6.28: l'*actio familiae erciscundae*⁴¹⁶, comme l'*actio communi diuidundo*⁴¹⁷, toutes deux héritières d'anciennes actions de la loi où le *modus agendi* était la *iudicis arbitriue postulatio*⁴¹⁸. Il n'y a pas de sérieuse raison de douter de la classicité de ce classement⁴¹⁹, et plusieurs textes de Paul ou d'Ulpian l'attestent pour l'*actio communi diuidundo*⁴²⁰. En outre, on ne voit pas pourquoi les compilateurs auraient uniquement interpolé les textes sur l'*actio communi diuidundo* et non ceux du titre sur l'*actio familiae erciscundae*. Point n'est non plus besoin d'imaginer une insertion tardive de la clause *ex fide bona*. Sans doute la jurisprudence a-t-elle d'abord intégré l'*actio communi diuidundo* dans cette catégorie, vu son concours fréquent avec l'*actio pro socio*. L'intérêt est plutôt de comprendre ce qui, dans l'analyse de la formule a pu conduire à les classer, soit à époque médio-classique, soit au plus tard à l'époque de Paul, dans les *iudicia bonae fidei*. Puisqu'il s'agit de *iudicia duplicia*, l'*intentio* de leur

⁴¹⁵ C'est peut-être de cette manière que la formule *in factum* du gage a été intégrée dans les *iudicia bonae fidei*, mais à une date ultérieure. On remarque en effet une tendance dès l'époque médio-classique, concernant le dépôt et le commodat, à aligner les solutions concernant la formule *in factum* sur celles de la formule *in ius*. La proximité de la formule *in factum* du gage avec elles, tout comme avec la formule *in factum* de l'*actio fiduciae cum creditore*, ne pouvaient que favoriser l'analogie. Voir toutefois *contra*, les arguments résumés par D.MANTOVANI, *Formule*, p.53 n.120

⁴¹⁶ EP³ §80.

⁴¹⁷ EP³ §81.

⁴¹⁸ Gaius, *Inst.*, IV.17b.

⁴¹⁹ Nous partageons ainsi l'opinion de M.TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, in *op.cit.*, 2003, p.279 ss., qui refuse de considérer leur appartenance aux actions de bonne foi comme un tribonianisme ou une évolution post-classique, bien que nous ne pensions pas qu'il y ait eu de clause *ex fide bona* ajoutée.

⁴²⁰ Dig. 10.3.4.2 Ulpianus 19 *ad ed.*, Dig. 10.3.14.1 Paulus 3 *ad plaut.*, Dig. 22.1.38.14 et 15 Paulus 6 *ad plaut.* Plus implicitement, un texte de Julien en Dig. 10.3.24pr. (8 *Dig.*), semble le confirmer, mais il est notable que le même texte soit attribué à Gaius en Dig. 41.1.45 (7 *ad ed. provinc.*). Voir D.MANTOVANI, *Formule*, p.60-61, ainsi que M.KASER, ZSS 101, 1984, p.85 n.390.

formule est rédigée sous une forme particulière d'après Lenel⁴²¹: *quidquid alterum alteri dare facere (praestare) oportet*. Assurément, c'est le caractère spécial de cette *intentio*, déduisant les obligations de chacune des parties, qui permet au *iudex* de procéder à des opérations communément impossibles dans un *iudicium strictum*. Au sujet de cette formule, Paul parle significativement d'« *aequitas ipsius iudicii* »⁴²², par opposition à la nécessité d'insérer une exception: le terme est, nous semble-t-il, très concret et renvoie à la rédaction de l'*intentio* même (*ipsius*), qui présente une expression de réciprocité. Or Gaius parle souvent d'*aequum bonum* à propos de l'*intentio* des formules des actions de bonne foi. Cet *alterum alteri* est interprété comme donnant explicitement au *iudex* le pouvoir de tenir compte de toute prétention adverse, voire de toute demande reconventionnelle, et de compenser entre elles les condamnations⁴²³. C'est l'inhérence de certains moyens de défense, caractéristique des *iudicia bonae fidei*, et les pouvoirs qui sont accordées au juge pour en tenir compte sans injonction explicite dans la formule, qui permet donc de les considérer comme des *iudicia bonae fidei* à part entière. Il peut notamment procéder à une compensation, et imputer des contrecreances sur le montant de la condamnation, notamment lorsqu'une des parties a avancé des dépenses pour le bien commun ou la masse successorale; d'ailleurs, la notion de « *sumptus bona fide factos* » ne pouvait que favoriser le rapprochement avec les *iudicia bonae fidei*, si elle n'en était pas même la conséquence: la notion de *bona fides* sert au juge de critère pour distinguer les contrecreances à même de diminuer le montant de la condamnation, et les autres. Le pouvoir élargi qu'a le *iudex* d'interposer des *cautiones*, notamment pour les dommages et les gains futurs, commun d'après Sabinus à tous les *iudicia bonae fidei*⁴²⁴, est encore un trait frappant dans ces deux actions divisaires, dont la discipline chez les jurisconsultes est semble-t-il entièrement orientée vers l'*officium iudicis*, notion-clé dans la discipline des *iudicia bonae fidei*. En un sens, ses pouvoirs dépassent même ceux d'un *iudex* dans une *actio pro socio* ou une *actio mandati*. En effet, dans ces deux derniers cas, jamais il ne peut condamner le demandeur, même si les contrecreances invoquées dépassent le montant des créances du demandeur. En revanche, dans une action divisaire, en procédant à la compensation, il peut condamner à l'excédent entre les créances n'importe quelle partie au

⁴²¹ EP³, p.206 et 210, se fondant notamment sur Dig.10.2.52.2. Le titre 10.3. fourmille de balancements *alter/alter*.

⁴²² Dig. 10.3.14.1 Paulus 3 *ad plaut. Impendia autem, quae dum proprium meum fundum existimo feci, quae scilicet, si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem, an etiam, si communi dividundo iudicio mecum agetur, aequitate ipsius iudicii retinere possim, considerandum est. quod quidem magis puto, quia bonae fidei iudicium est communi dividundo:*

⁴²³ C'est déjà une possibilité établie depuis un certain temps aux yeux de Julien, même pour l'*actio familiae erciscundae*, à lire Dig. 10.2.52.2. Voir P.PICHONNAZ, *La compensation*, Fribourg, 2001, p.

⁴²⁴ Dig. 17.2.38.

litige. Assurément, même si les actions divisoires sont très particulières et très différentes dans leurs formules des actions personnelles exprimées dans une formule *ex fide bona*, il existe une similarité d'ordre processuel qui les a facilement rapprochés de ce groupe.

Cela ne signifie pas nécessairement que cette intégration ait été pacifique.

3° Le classement jurisprudentiel dans une catégorie ne s'est pas nécessairement fait dans l'unanimité. Sans doute la question abstraite du classement dans les *iudicia bonae fidei* n'est-elle que la conséquence d'une question plus concrète sur les pouvoirs et l'office du juge dans les actions examinées.

Ainsi, lorsque Paul considère que l'*actio communi diuidundo* permet au *iudex* la prise en compte des impenses faites après la *litis contestatio*, il semble avoir un doute sur la nécessité ou non d'insérer une exception de dol⁴²⁵. L'*aequitas iudicii* (*quid alterum altero*) permet-elle de s'en passer? Il semble donner un avis qui n'est pas nécessairement partagé de tous. Il semblerait que ce soit la chancellerie impériale qui ait fini par trancher ce doute quelques années plus tard⁴²⁶. Par ailleurs, il n'est pas prêt à lui reconnaître toutes les propriétés des *iudicia bonae fidei*. Les actions divisoires semblent ainsi nécessiter l'insertion d'une *exceptio pacti* alors même qu'elles sont considérées comme des *iudicia bonae fidei*.

Un cas encore plus difficile est celui de la pétition d'hérédité à époque tardo-classique, quelques décennies après le sénatusconsulte Juventien. Cette formule n'a aucune parenté avec les *iudicia in quibus additur ex fide bona*, ne serait-ce que par sa nature d'action réelle. Justinien nous rappelle une controverse ancienne dans ses *Institutes*⁴²⁷, controverse qu'il prétend trancher, sans qu'elle soit nécessairement d'époque post-classique.

En soi, de nombreuses particularités dans la discipline de cette action n'auraient pas à se justifier d'une quelconque *bonae fidei iudicii natura*. Sa formule est une formule arbitraire avec clause *nec restituetur*, ce qui justifie toutes les solutions concernant par exemple la condamnation au *fructus* selon le *tempus rei iudicandae*, l'absolution en cas de *satisfactio inter moras litis*, à l'exemple de toutes les autres actions réelles. Mais certains jurisconsultes ont voulu lui imposer, semble-t-il, une discipline qui ne se limitait pas simplement au régime des formules arbitraires.

⁴²⁵ Dig. 10.3.14.1 voir *supra*.

⁴²⁶ CJ.3.36.9: Imperator Gordianus *Non est ambiguum, cum familiae erciscundae titulus inter bonae fidei iudicia numeretur, portionem hereditatis, si qua ad te pertinet, incremento fructuum augeri.*

⁴²⁷ IJ.4,6,28

De manière générale, la qualité de possesseur de bonne foi engendre en vertu du sénatusconsulte Juventien toute une série de faveurs pour le défendeur, la plus importante étant la possibilité d'opposer en compensation les *sumptus*. Ce rôle de la bonne foi-*Guter Glaube* qui protège ou ménage la situation du défendeur rappela nécessairement celle qu'on rencontre dans les *iudicia bonae fidei*. Mais la véritable question qui s'est posée est caractéristique. Le défendeur à la pétition d'hérédité peut-il déduire de la masse successorale (ou le juge déduire de la condamnation) les impenses qu'il a faites? Oui, il le peut à certaines conditions, et ce sans avoir à opposer une exception de dol, d'après Paul⁴²⁸, parce que c'est contenu dans l'*officium iudicis*. L'idée qu'il n'y ait pas à insérer d'exception de dol pour opposer des *sumptus*, à l'inverse de ce qui caractérise les autres actions réelles⁴²⁹, se trouve précisément déjà chez Quintus Cervidius Scaevola, le maître de Paul⁴³⁰. Aussi un courant semble se dessiner qui attribue un régime très particulier à la pétition d'hérédité, similaire aux actions de bonne foi, parce qu'il considère comme superfétatoire l'exception de dol pour que le juge tienne compte des *sumptus* faits par le défendeur et opposés en compensation. Il était en revanche délicat d'attribuer à la pétition d'hérédité l'ensemble des particularités communes aux autres *iudicia bonae fidei*, dans la mesure où il ne s'agissait pas d'une action personnelle: ainsi, l'inhérence de l'exception de pacte ne fut pas admise à proprement parler. Toutefois, le fait que déjà chez Quintus Cervidius ou chez Paul se dessine une solution qui rappelle celle observée à ce propos dans les *iudicia bonae fidei*, peut laisser penser que certains jurisconsultes ultérieurs, dès le III^{ème} siècle, inférant de ce régime particulier une nature particulière, se sentirent le droit de qualifier la pétition d'hérédité de *iudicium bonae fidei*, ouvrant la voie à un débat qui durerait jusqu'aux temps de Justinien.

En tous les cas, une pareille vision revenait à donner une définition purement fonctionnelle des *iudicia bonae fidei*. Un texte extrêmement étrange le montre parfaitement. C'est un rescrit

⁴²⁸ Dig. 5.3.38 Paulus 20 ad ed. *Plane in ceteris necessariis et utilibus impensis posse separari, ut bonae fidei quidem possessores has quoque imputent, praedo autem de se queri debeat, qui sciens in rem alienam impendit. sed benignius est in huius quoque persona haberi rationem impensarum (non enim debet petitor ex aliena iactura lucrum facere) et id ipsum officio iudicis continebitur: nam nec exceptio doli mali desideratur. plane potest in eo differentia esse, ut bonae fidei quidem possessor omnimodo impensas deducat, licet res non exstet in quam fecit, sicut tutor vel curator consequuntur, praedo autem non aliter, quam si res melior sit.*

⁴²⁹ Dig. 6.1.27.5 Paulus 21 ad ed. *In rem petitam si possessor ante litem contestatam sumptus fecit, per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet, si perseveret actor petere rem suam non redditis sumptibus (...).* cf. encore une réponse de Papinien en 6.1.48 (*exceptione doli mali posita*).

⁴³⁰ Dig. 5.3.58 Scaevola 3 Dig. *Filius a patre emancipatus secundum condicionem testamenti matris adiit hereditatem, quam pater, antequam filium emanciparet, possedit fructusque ex ea possedit, sed erogationem in honorem filii cum esset senator fecit ex ea. quaesitum est, cum paratus sit pater restituere hereditatem habita ratione eorum quae in eum erogavit, an filius nihilo minus perseverans petere hereditatem doli mali exceptione summoveri possit. **respondi, et si non exciperetur, satis per officium iudicis consuli.***

de l'époque des Sévères⁴³¹ (sans doute pris sous Elagabal), qui concerne encore très vraisemblablement le procès *per concepta uerba*: un ancien pupille qui n'a pas utilisé la formule de l'action de tutelle contre son frère (sans doute en vertu d'un pacte *de non petendo* évoqué plus loin dans le rescrit) se voit proposer d'agir par une action, qui semble ne pas être l'action de tutelle: la chancellerie ajoute qu'il n'aura pas à craindre l'exception de pacte⁴³², puisqu'il disposera d'une *replicatio doli* dans sa formule. La formule, une fois munie d'une exception de pacte et d'une *replicatio doli*, correspond, d'après la chancellerie, fonctionnellement, à un *iudicium bonae fidei*. Ce texte peut paraître invraisemblable dans la mesure où, précisément, on peut se passer d'une exception de pacte ou d'une réplique de dol dans un *iudicium bonae fidei*. Mais très précisément, lorsqu'elles sont munies de ces clauses, les formules confèrent au juge le même pouvoir d'appréciation qu'un *iudicium bonae fidei*: la *replicatio doli* reviendra à sonder la *bona fides* du défendeur qui se prévaut d'un pacte *de non petendo*. C'est dire qu'à la fin de l'époque classique, la chancellerie impériale attache une portée purement fonctionnelle et abstraite à cette notion: c'est la *replicatio doli*, d'après ce texte, qui fait du *iudicium* un *iudicium bonae fidei*, un jugement sur la *bona fides*. Pareille évolution, encore isolée, peut s'expliquer de différentes manières, et la plus naturelle serait la concurrence croissante de la *cognitio extra ordinem*; toutefois, cette définition réaliste et fonctionnelle conduit à voir des *iudicia bonae fidei* par nature, et des formules qui sont des *iudicia bonae fidei* « par accident ».

La notion de *iudicium bonae fidei* recouvrait derrière elle une certaine modernité procédurale: la complexité du rapport juridique nécessitait de conférer au juge de plus amples pouvoirs indépendamment de l'aide du prêteur, et nul doute qu'il y avait un intérêt à intégrer le plus d'actions possibles dans cette catégorie, pour peu que l'on trouve une justification pertinente dans la formule. Il n'en reste pas moins que les juriconsultes posèrent des limites à cet élargissement.

⁴³¹ CJ.8.35.3: Imperator Antoninus *Adversus fratrem tuum quondam tutorem legitimum tutelae iudicio si expertus non es, proposita actione consiste. nec timueris exceptionem pacti, si in eo fraudem dolumque admissum probare potes: nam replicatio doli opposita bonae fidei iudicium facit et commentum fraudis repellit.* * ant. a. vitali. * <a xxx > Voir le commentaire dubitatif qui en est fait par M.TALAMANCA, *Bona fides*, op.cit., p.

⁴³² Or, ce serait aberrant dans une *actio tutelae*: cf. Dig. 2.14.1.7, où Ulpien envisage précisément l'*actio tutelae*.

1.2.2.1.2.2. *Un élargissement limité : des formules d'actions incertaines exclues des iudicia bonae fidei (B)*

Dans la mesure où un *iudicium* peut être qualifié de *iudicium bonae fidei* et conférer d'amples pouvoirs au *iudex* indépendamment de la clause *ex fide bona*, il convient de comprendre les limites de cet élargissement: pourquoi toutes les formules incertaines *in ius*, conférant nécessairement une marge d'appréciation plus large au *iudex*, n'ont-elles pas été intégrées par la jurisprudence au groupe des *iudicia bonae fidei*? (1°) Pourquoi même des actions avec des clauses spécifiques ne furent-elles pas intégrées à cette catégorie? (2°)

1° Pourquoi d'autres actions à formule incertaine ne furent-elles pas intégrées au groupe des *iudicia bonae fidei*? Si l'on considère l'album du préteur, toutes les actions incertaines avec *demonstratio* suivie d'*intentio incerta in ius* en *dare facere* sont des *iudicia bonae fidei*, à l'exception de deux: l'action *ex stipulatu* et l'action *ex testamento*⁴³³. Pourquoi ne furent-elles pas assimilées à des *iudicia bonae fidei*, vu les avantages de ce type d'instances?

Il nous semble que cela tient à une stratégie de raisonnement propre aux juriconsultes de l'époque classique. Comme on le sait par Gaius et par Justinien, le trait le plus marquant de leur « régime » est la possibilité d'une compensation *ex eadem causa* indépendamment de tout ordre explicite du préteur, et ce même après le rescrit de Marc-Aurèle permettant une compensation *ex dispari causa*, laquelle suppose au moins l'insertion d'une exception de dol. Dans la mesure où ce trait est le plus significatif, là où il aurait été de toute manière impossible ou non souhaitable de l'appliquer, il n'y avait pas place pour une qualification en *iudicium bonae fidei*. A tout le moins, rien dans la formule ne permettait au juge de considérer la contrecreance comme un objet du procès.

L'action *ex stipulatu* est incertaine, et à ce titre son juge dispose nécessairement de pouvoirs plus larges que celui de la *condictio certi*. Elle ne fut pourtant jamais classée dans les *iudicia bonae fidei*, et cette donnée est confirmée *a contrario* par Justinien, lorsqu'il décida à titre exceptionnel de donner à l'action qui sanctionne la stipulation de restitution de dot certains des bénéficiers propres aux *iudicia bonae fidei*: il souligne lui-même qu'elle est en principe de droit strict⁴³⁴. Aussi l'invocation du dol du demandeur ou d'un pacte devait nécessairement se faire dans la phase *in iure*. Il eût été pourtant opportun de garantir une pareille protection au

⁴³³ Nous laissons de côté le cas de la *condictio incerti* de droit strict: voir à ce sujet A.BURDESE, « I contratti innominati » in *Derecho Romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, dir. J. Paricio, Madrid, 1994, p.63, dont nous partageons les vues.

⁴³⁴ Inst. 4.6.28.

défendeur, pour l'acte juridique le plus courant chez les Romains à époque classique. L'explication nous semble pourtant assez simple. Une action *ex stipulatu* sanctionne un contrat unilatéral. L'unilatéralité du contrat représente un horizon rigide qu'aucun juriste ne fut prêt à dépasser: la contrecréance susceptible d'être invoquée par un défendeur ne pouvait en aucune manière être dite *ex eadem causa* car la cause définie dans la *demonstratio* était un acte de stipulation: stipuler de quelqu'un ne peut en aucune manière être considéré comme susceptible d'engendrer une quelconque obligation réciproque, et ce depuis les origines de la *sponsio*. Jamais ce contrat unilatéral ne put être compris comme un acte synallagmatique, parfait ou imparfait. C'est pourquoi l'action *ex stipulatu* est restée « *stricto iure uallata* », enserrée dans le droit strict, jusqu'à et même après Justinien. Dans la mesure où le trait le plus significatif d'un *iudicium bonae fidei* pour les juristes est la possibilité d'invoquer une compensation *ex eadem causa*, jamais il n'osèrent aller jusqu'à qualifier l'action *ex stipulatu* de *iudicium bonae fidei*. Car un *iudicium bonae fidei* sans possibilité de compensation n'est pas un *iudicium bonae fidei*. Ce fait, combiné à l'absence de clause *ex fide bona* ou de tout autre élément textuel frappant qu'on eût pu interpréter comme cachant implicitement une exception de dol, a conduit à ne pas appliquer à l'action *ex stipulatu* le régime des *iudicia bonae fidei*. Jamais une pareille action ne permit de se passer complètement de l'exception de dol, ou de pacte. Dès lors, rien ne la rapprochait, dans leurs traits essentiels, des *iudicia bonae fidei*⁴³⁵.

Il en va de même de la formule de l'action personnelle incertaine *ex testamento*, dont le cas est plus complexe: nous ne savons s'il possédait ou non une *demonstratio*⁴³⁶. Le rapprochement de cette action avec les actions de bonne foi est certain pour certains de ses traits. Ainsi, Africanus⁴³⁷ définit à la suite de Julien le standard de responsabilité de l'héritier en fonction du critère de l'*utilitas*, en faisant un parallèle explicite avec les *iudicia bonae fidei*. En outre, nous possédons plusieurs textes qui nous montrent que l'héritier défendeur à

⁴³⁵ Il nous semble que la même raison pourrait être donnée, *mutatis mutandis*, pour la *condictio incerti*, dont l'*intentio* est peut-être reproduite en *Inst.* IV.54. En effet, comme le démontre ingénieusement R.SANTORO *Contratto nel pensiero di Labeone*, cit., p.222, 274 et *passim* certaines des conventions innomées visées par Ariston, qui seraient selon nous protégées par une *condictio incerti*, sont précisément selon lui des contrats sans impliquer aucune bilatéralité, puisque c'est l'exécution de la prestation qui fait naître l'action. Aussi est-il fort possible que ces actions soient des actions de droit strict, et le soient toujours restées, puisque la question de la compensation *ex eadem causa* par exemple ne pouvait s'y poser.

⁴³⁶ Voir sur ce point W.SELB, *Formeln*, cit., p.33-34, dont les arguments ne nous semblent pas parfaitement convaincants à propos de Gaius *Inst.*, II.212: en effet, que Gaius ait dit *ex testamento* au lieu de *ex eo testamento* nous paraît être dû au contexte. Pour la présence d'une *demonstratio*, voir V.ARANGIO-RUIZ, *Formule con demonstratio*, p.362.

⁴³⁷ Dig. 30.108.12 Africanus 5 quaest. *Cum quid tibi legatum fideiue tuae commissum sit, ut mihi restituas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum dumtaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi praestare debere existimavit: sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut, si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur.*

l'action peut encore être absoute s'il opère la restitution au cours de l'instance *apud iudicem*, contrairement à la règle qui gouverne toutes les actions personnelles de droit strict « *ante litiscontestationem dari oportere, post litis contestationem condemnari oportere* ». C'est là encore un trait commun avec les *iudicia bonae fidei*. Toutefois, cette dernière particularité n'avait pas besoin de justification par la nature de *bonae fidei iudicium*. C'est essentiellement une position sabinienne⁴³⁸ qui consiste à dire que *omnia iudicia sunt absolutoria*, et peut-être le premier à l'avoir posée avant Sabinus était Ateius Capito⁴³⁹. Quoi qu'il en soit le legs *per damnationem* engendre une obligation unilatérale de l'héritier envers le légataire. Jamais une contrecreance n'eût pu être considérée comme « *ex eadem causa* »: jamais un légataire, en tant que légataire n'est obligé envers l'héritier en tant qu'il est « *damnas* ». Et aucun élément de la formule ne permettait de considérer les dépenses faites par un héritier pour le bien qu'il avait l'obligation de donner, comme des contrecreances *ex eadem causa*. Là encore, aucun élément de la formule ne permet d'envisager une inhérence de l'exception de dol. C'est sans doute l'impossibilité d'une compensation *ex eadem causa* qui a dicté, là encore, l'exclusion de cette action des *iudicia bonae fidei*.

2° D'autres formules incertaines auraient quant à elles permis, grâce à un de leurs éléments, une assimilation aux *iudicia bonae fidei*. Mais tel ne fut pas leur cas, pour différentes raisons.

Quelle que soit l'époque considérée, classique ou post-classique, il est étonnant que l'*actio finium regundorum* n'ait été jamais considérée comme un *iudicium bonae fidei* au même titre que l'*actio communi diuidendo* ou que l'*actio familiae erciscundae*. Elle offre de larges pouvoirs au *iudex* et se trouve munie d'un élément spécial dans son *intentio*, à savoir la réciprocité exprimée par un *alterum alteri*. En réalité, cette action n'offre pas de place à la prise en compte d'impenses: le juge doit diviser un terrain, et la condamnation ne portera que sur le préjudice subi par un des propriétaires qui se verra « exproprié » par l'*adiudicatio*, sans que celui qui risque d'être condamné puisse invoquer de plein droit une quelconque contrecreance née avant l'*adiudicatio*, comme dans l'*actio communi diuidendo*. Or, dans la mesure où c'est ce point qui devint le trait et l'intérêt caractéristique des *iudicia bonae fidei* à

⁴³⁸ Dig. 30.84.5 Iulianus 33 Dig. (...) *quod si iudicio ex empto actum fuerit et tunc actor compererit legatum sibi hominem esse et agat ex testamento, non aliter absolvi heredem oportebit, quam si pretium restituerit et hominem actoris fecerit.*

⁴³⁹ Dig. 32.30.6 Labeo 2 post. a iav. Epit. *Si aedes alienas ut dares damnatus sis neque eas ulla condicione emere possis, aestimare iudicem oportere ateius scribit, quanti aedes sint, ut pretio soluto heres liberetur. idemque iuris est et si potuisses emere, non emeris.* Il n'y a pas de raison de distinguer cet Ateius d'Ateius Capito comme le fait Lenel. Il est même plutôt vraisemblable que Sabinus ait eu des prédécesseurs pour avoir considéré, à toute le moins dans certaines formules, que le juge pouvait absoudre en cas de *satisfactio inter moras litis*.

époque classique, il n'était d'aucun intérêt de débattre sur la « *bonae fidei iudicii natura* » de l'*actio finium regundorum*, bien que l'*actio familiae erciscundae* et l'*actio communi diuidundo* y aient été assimilées.

Les actions *in aequum bonum conceptae* confèrent une marge d'appréciation extrêmement large au *iudex*. Dans la mesure où l'une d'entre elles, l'*actio rei uxoriae*, est entrée dans le groupe des *iudicia bonae fidei* du fait de l'interprétation de sa clause spécifique « *aequius melius* », on peut se demander pourquoi d'autres n'y furent pas jointes. L'*actio funeraria* est à ce titre assez étonnante⁴⁴⁰: sa fonction est typique des actions contraires de bonne foi destinées avant tout à récupérer des sommes avancées à titre d'impenses, pour lesquelles la *condictio* eût été impossible. Sa discipline ressemble à celle de l'action contraire de gestions d'affaires. Ulpien fait même semble-t-il une corrélation entre le *bonum aequum* et la *bona fides* à son propos⁴⁴¹. Mais à aucun titre le défendeur à l'action ne pourrait opposer une quelconque contrecreance *ex eadem causa*. Parallèlement, les actions de bonne foi dites contraires sont justement contraires par référence à une action directe. L'*actio funeraria* n'obéit pas à ce schéma. Quant aux actions pénales *in aequum bonum conceptae* (l'*actio iniuriarum* l'*actio de sepulchro violato*, l'*actio de feris*), l'idée d'une contrecreance *ex eadem causa* est par essence impossible, il n'y a pas de *negotium*. Et dans la mesure où il s'agit d'actions pénales, elles paraissent difficilement assimilables à un groupe composé uniquement d'actions réipersécutoires, même si la mention de l'*aequum bonum* suivie du futur (*uidebitur*) confère une marge d'appréciation élargie au *iudex*. C'est alors, encore plus que dans le cas précédent, le profil de l'institution concernée qui rend impossible toute assimilation aux actions de bonne foi.

Il y a plus, même des actions avec clause *ex fide bona* furent exclues de la liste des *iudicia bonae fidei*. La clause *ex fide bona* semble se retrouver dans les formules de certaines actions fictives qui sanctionnent le défaut de stipulation prétorienne. Le cas le plus célèbre en est la formule présente dans le chapitre 20 de la *lex de Gallia Cisalpina*⁴⁴². On ne sait dans quelle mesure d'autres formules de ce type existèrent: était-ce courant dans les stipulations prétoriennes? Sans se prononcer pour l'instant sur le caractère exceptionnel ou régulier de cette formule au regard de l'ordonnancement juridique romain, la fiction de *stipulatio damni*

⁴⁴⁰ EP³, §94

⁴⁴¹ Dig. 11.7.14.6 Ulpianus 25 ad ed. *Haec actio quae funeraria dicitur ex bono et aequo oritur: continet autem funeris causa tantum impensam, non etiam ceterorum sumptuum. aequum autem accipitur ex dignitate eius qui funeratus est, ex causa, ex tempore et ex bona fide, ut neque plus imputetur sumptus nomine quam factum est neque tantum quantum factum est, si immodice factum est: debet enim haberi ratio facultatum eius, in quem factum est, et ipsius rei, quae ultra modum sine causa consumitur(...)*

⁴⁴²FIRA, n°19, p.169.

infecti conditionne un *quidquid dari fieri oporteret ex fide bona*. Il nous semble que, là encore, dans la mesure où les stipulations, même prétorienne, engendrent en principe des obligations unilatérales et qu'il est impossible de considérer une contrecréance du défendeur comme naissant *ex eadem causa*, il fut impossible de considérer cette formule comme intégrant les *iudicia bonae fidei*. Aussi se trouve-t-on devant une formule paradoxale qui, extérieurement, est un *iudicium in quo additur ex fide bona*, mais ce sans être un *iudicium bonae fidei*. Il n'y a aucune place pour une possibilité de compensation, et ce trait du régime de ces actions paraissait trop essentiel pour qu'on puisse considérer comme un *iudicium bonae fidei* une formule qui par la nature de l'institution qu'elle protège ne peut donner au *iudex* le pouvoir d'opérer des compensations *ex eadem causa*.

Aussi la catégorie des *iudicia bonae fidei* fut-elle largement élargie dans sa consistance, même s'il ne fut jamais question d'y intégrer toutes les formules d'actions personnelles pourtant susceptibles d'amplifier les pouvoirs du *iudex*: les *iudicia bonae fidei* représentèrent la majeure partie des actions à *intentio incerta*, mais les deux catégories ne se confondirent pas. La catégorie fut aussi repensée en partie dans sa nature.

1.2.2.2. *Une catégorie repensée dans sa nature: les contractus bonae fidei.* (Sous-section 2)

Au Digeste apparaît fréquemment une expression, « *contractus bonae fidei* »⁴⁴³. Elle est aussi relativement fréquente dans le Code Justinien⁴⁴⁴. Moins fréquente en revanche est l'expression *actio bonae fidei*. On soupçonne souvent ces occurrences d'être des interpolations, soit post-classiques, soit de simples tribonianismes. En réalité, il n'est pas nécessairement besoin de considérer qu'il s'agisse d'interpolations massives. On ne peut ni considérer qu'il s'agisse de tribonianismes, ni de gloses post-classiques. En effet, à trop d'endroits est employée l'expression *iudicia bonae fidei*, qui reste l'expression dominante. Sans connaître exactement la retransmission des oeuvres de l'époque classique, il est notable que dans une même oeuvre édictale (comme celle de Paul ou celle d'Ulpian), sont employés tantôt l'une tantôt l'autre expression. Dans la mesure où *iudicium bonae fidei* ne pose aucune difficulté dans la langue de Justinien, on ne voit pas pourquoi lui ou les postclassiques auraient inventé cette expression et l'aurait disséminée, quand bien même il s'agirait de maquiller des allusions trop claires à la procédure formulaire. En un sens, le changement de terminologie ne signifie pas un changement radical de référent; il est toujours question d'*actio pro socio*, d'*actio mandati*, etc. Mais elle manifeste un changement de perspective qui sous-tend quelques bouleversements sur le statut de la notion de *bona fides*.

L'expression de *contractus bonae fidei* est assez récente, du moins lorsque *contractus* est employé dans le sens d'une convention susceptible de produire de part et d'autre des obligations. En attribuant une *bonae fidei natura*, non pas tant aux *iudicia*, mais aux *contractus*, les prudents entendent-ils modifier leur perspective sur cette catégorie? Ils n'entendent pas opposer les contrats aux quasi-contrats, la tutelle étant encore souvent appelée

⁴⁴³ 2.14.27.2 (Paul 3 ad ed.); Dig. 15.1.36 (Ulpianus 2 disp.); Dig. 19.1.11.18 (Ulpianus 32 ad ed.); Dig. 19.1.48 (Scaevola 2 resp.); Dig. 22.1.32.2 (Marcianus 4 reg.); (Dig. 30.108.12) Africanus 5 quaest.; Dig. 39.5.22 (Modestinus 8 diff.); Dig. 44.2.23 (Ulpianus 3 disp.); Dig. 50.8.3pr. (Ulpianus 3 opin.). Des expressions similaires présupposent l'existence de l'expression *bonae fidei contractus*: Dig. 44.7.57 Pomponius 36 ad q. muc. *In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet quod acti sit. et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut, si dissentiant aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu consistit.* Dig. 50.17.152.3 Ulpianus 69 ad ed. *In contractibus, quibus doli praestatio vel bona fides inest, heres in solidum tenetur.*

⁴⁴⁴ CJ. 2.3.13 (236 ap JC), 2.40.3 (290 ap JC), 2.53.3 (285 ap JC), 4.1.3 (286 ap. JC), 4.49.2.1 (259 ap.JC), 4.58.5 (386 ap. JC), 4.65.21 (293 ap. JC) , 6.2.1(200 ap. JC) *fidei malae*: 7.33.6 (293 ap JC). C'est elle encore qui est employée à propos de la vente dans le Code Théodosien : C.Th. 3.4.1., à propos de la *redhibitio*.

« *contractus* ». Entendent-ils par là insister tout particulièrement sur la nature réipersécutoire de toutes les actions de bonne foi? Cela est vraisemblable, dans la mesure où certains textes emploient la notion pour soumettre l'ensemble du groupe soit aux règles générales des actions réipersécutoires, soit pour comparer les solutions avec une autre action réipersécutoire.

Mais cette expression témoigne à notre avis d'un lent infléchissement dans le rôle qu'attribue la jurisprudence à la *bona fides* en droit des obligations. Soit, en étant reliée à la problématique contractuelle, elle peut être interprétée comme un *contrahere bona fide*, et permet d'envisager *a contrario* une sanction *ipso iure* des règles de formation des contrats (I), soit le *contractus bonae fidei* se rapporte à l'exécution du contrat (*negotium bona fide gestum*) et à la bilatéralité du rapport d'obligation (II).

1.2.2.2.1. *L'exigence de *contrahere bona fide* et sa sanction *ipso iure* (I)*

Assurément, l'expression *contractus bonae fidei* semble se référer à l'institution protégée et sanctionnée par le *iudicium*, la plupart de ces figures juridiques créatrices d'obligations étant des contrats. La *bona fides* prend dès lors un aspect moins processuel, et plus substantiel: c'est le contrat, non le *iudicium* qui est *bonae fidei*. *Contractus bonae fidei* est le nom d'action présupposant un syntagme verbal « *contrahere bona fide* ». En considérant la *bona fides* comme condition de validité du contrat (A), ils ont modifié le sens de la sanction *ipso iure* d'un manquement à la *bona fides*(B).

1.2.2.2.1.1. *La bona fides envisagée comme condition de validité du contrat (A)*

Que la *bona fides* soit une exigence dans la formation du contrat n'a rien d'évident. La formule de l'*actio empti* par exemple est : « *quod Aulus Agerius a Numerio Negidio Stichum servum emit, qdra, quidquid ob eam rem Numerius Negidius Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona* ». A aucun moment dans la formule il n'est question de faire porter la *fides bona* sur le verbe *emere*, sur l'acte juridique qui a créé l'obligation. La *bona fides*, placée à côté de l'*intentio*, semble bien plutôt porter, en aval de la vente, sur l'exécution de l'obligation formée. Mais le critère de la bonne foi semble définir l'ensemble des règles substantielles de formation du contrat. Notons que cette perspective n'est d'ailleurs pas si ancienne: à aucun moment le livre III des *Institutes* de Gaius n'évoque la bonne foi lorsqu'il présente la formation des contrats *solo consensu*. Il ne la mentionne que pour expliquer le contenu des obligations formées. Que le *negotium* soit à *contrahere bona fide* fait que la *bona fides* justifie négativement l'absence de solennités (1°) et détermine positivement un ensemble de conditions de validité du contrat (2°).

1° Cette justification de l'absence de formalisme est particulièrement accentuée à époque post-classique, comme le montre un texte des sentences de Paul⁴⁴⁵. Elle justifie l'absence de

⁴⁴⁵ 13. *In eo contractu, qui ex bona fide descendit, instrumentorum oblatio sine causa desideratur, si quo modo veritas de fide contractus possit ostendi.*

solennités dans la vente, et toute exigence d'écrit n'aurait que des fins probatoires. Mais plus encore, elle justifie même une liberté dans l'administration de la preuve. Dans la mesure où les parties ont décidé de passer un acte juridique fondé sur le crédit mutuel que chacun attribue à l'autre (*contractus qui ex bona fide descendit*), et sur une certaine confiance mutuelle, il n'y a pas à se réserver des preuves écrites si l'on peut montrer par un autre moyen la réalité du contrat. Il semblerait qu'un glissement ou un amalgame se soit opéré entre certains sens du mot *fides* et la *bona fides*. En effet, la *fides* peut représenter la vraisemblance, la fiabilité d'un document juridique. Au *contrahentes bona fide* répond une « (bona) *fides contractus* ».

Parallèlement, la *bona fides*, à un niveau plus incident, justifie de même l'absence de solennités dans les pactes adjoints à un *contractus bonae fidei*. Que les pactes n'obéissent à aucune condition de solennité se justifie du seul fait que c'est la *bona fides* qui impose le respect de ces pactes. Ainsi sont-ils souvent rédigés par écrit, mais à aucun moment les Romains n'ont jugé qu'il s'agît là d'une condition de validité du pacte. Ils n'ont même pas jugé qu'il s'agisse là de conditions de preuve. Que les contrats soient des contrats consensuels ou des contrats « réels » n'y change rien : un pacte est toujours informel, et , s'il a été fait *in continenti*, il définit de plein droit le contenu de l'obligation sanctionnable par un *iudicium* pour peu qu'il ne contrevienne pas à la *natura* du *contractus*. Ainsi, négativement, la *bona fides* apparaît comme une justification de l'absence de solennités qui caractérise tout ou partie de la formation d'un contrat.

2° Mais positivement, la *bona fides* représente surtout le critère synthétique d'appréciation de la validité du contrat, et ce notamment au regard du consentement.

La condition pour que le contrat soit valablement formé est qu'il y ait la bonne foi. Il faut que le *negotium* soit *bona fide gestum* dès sa formation.

A cette règle les juristes rapportent bien entendu certains aspects concernant l'objet du contrat : il est interprété avant tout en fonction de la volonté des parties, et seulement à titre subsidiaire en fonction de la *natura contractus*; la licéité de l'objet ou de la cause sont eux encore ramenés à la *bona fides*. *Bona fides* et *boni mores* reçoivent à ce titre une même place dans la stratégie argumentative des jurisconsultes.

Enfin, et avant tout, un consentement non vicié par le dol ou la violence est explicitement rapporté à la *bona fides*.

A contrario, cette vision justifie une autre interprétation des particularités processuelles dans un *iudicium bonae fidei* et modifie le sens de l'efficace *ipso iure* de la clause *ex fide bona* lorsqu'il s'agit pour le juge d'apprécier la validité du contrat.

1.2.2.2.1.2. La nullité 'ipso iure' réinterprétée (B)

La *bona fides* a acquis à époque médio-classique une autre efficace juridique en ce sens que c'est l'acte juridique lui-même qui est considéré comme nul lorsqu'on manque à la *bona fides* (1°), et l'on peut mesurer ce changement aux conséquences processuelles intéressantes que cela présente pour un éventuel *fideiussor* sujet à une action de droit strict(2°) ainsi qu'à la naissance d'un véritable contentieux de la rescision des *negotia non bona fide gesta* (3°).

1° *Stricto iure*, le dol du demandeur n'est jamais, par exemple dans une *condictio*, en droit romain classique, une cause de nullité de l'obligation; l'exception de dol insérée dans la formule n'est qu'un moyen prétorien d'empêcher la condamnation, et, heureusement, l'obligation a été éteinte par la *litis contestatio*. Mais jamais le juge ne prétend, en absolvant le défendeur du fait de l'exception de dol présente dans la formule, que ce dernier n'a jamais été obligé *iure civili* envers le demandeur, que la *deductio in iudicium* n'aurait rien déduit, ni que l'*intentio* était *inutilis*⁴⁴⁶.

Les *iudicia bonae fidei* permettent au défendeur d'invoquer un dol du demandeur pour la première fois *apud iudicem*, en se passant de l'insertion d'une *exceptio doli*. C'est une règle, verrons-nous, de pure procédure qui vient de l'interprétation constructive du sens et du rôle de la clause *ex fide bona*: le juge peut faire tout comme si l'on avait inséré dans la formule une exception de dol. Elle est propre à la formule.

Mais le langage des jurisconsultes est parfois frappant: la prise en compte par le juge du *dolus in contrahendo* reçoit un fondement matériel: il ne fait que constater la nullité de l'acte juridique censé créer une obligation. A ce titre, un texte de Paul de son commentaire à l'Edit et à la formule de l'*actio pro socio*⁴⁴⁷ envisage le cas d'un contrat de société formé dolosivement. Non seulement, il ne dit pas que l'action est paralysée parce que la formule contient implicitement une exception de dol. Au contraire, il prétend que c'est le contrat de

⁴⁴⁶ Gaius, *Inst.*,

société qui n'est d'aucun poids (*nullius momenti*)⁴⁴⁸. La formation de ce contrat est tout simplement nulle, parce que la *fides bona* est contraire au dol et à la fraude. Mais le fait significatif est que Paul, se réclamant de la *fides bona*, n'est pas en train de commenter l'*intentio* de la formule, mais bien sa *demonstratio*⁴⁴⁹. Tout se passe comme si la mention de la *fides bona*, placée pourtant au bout de l'*intentio*, servait à invalider l'énoncé de la *demonstratio*.

Il ne s'agit pas d'une simple règle de procédure, qui permet de se passer d'une exception de dol, puisque la *societas* est nulle *iure ciuili*. Ainsi, l'absolution du défendeur n'aura pas pour fondement une *exceptio doli* inhérente à la formule, elle aura lieu parce que le contrat lui-même est nul *iure ciuili* et n'a jamais créé d'obligation à la charge du défendeur.

Ce langage, qui consiste à interpréter l'inhérence de l'exception de dol *in contrahendo* non plus comme une règle de procédure propre à la formule, mais comme une règle de *ius ciuile* qui préside à la formation du contrat de société, est important: ce n'est plus tant que le défendeur dispose d'un moyen de défense efficace; c'est qu'on considère au nom de la *fides bona* que le contrat de société est nul indépendamment de la sanction concrète que recevra cette nullité.

On comprend dès lors pourquoi on peut dire que ce n'est plus la formule qui est un *iudicium bonae fidei*, mais que c'est le *contractus* qui est *bonae fidei*: sans *bona fides*, pas de *contractus*.

2° Cela peut avoir une conséquence processuelle fort intéressante pour un éventuel *fideiussor*.

Si un défendeur potentiel à un *iudicium bonae fidei* peut quant à lui se prévaloir de plein droit du dol du demandeur pour être absout, sans avoir à demander au préteur l'insertion d'une exception de dol, qu'en est-il d'un éventuel *fideiussor* qui garantissait son obligation?

Si l'on interprète strictement la règle de l'inhérence de l'exception de dol dans un *iudicium bonae fidei* comme une dispense d'insérer l'exception de dol dans la formule, en vertu de la clause *ex fide bona* qui la contient implicitement, alors *a contrario*, le *fideiussor*, qui risque d'être défendeur à une action de droit strict, devra quant à lui demander l'insertion d'une

⁴⁴⁷ Dig. 17.2.3.3 Paulus 32 ad ed. *Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo.*

⁴⁴⁸ Voir la fine analyse que fait de cette expression E. CHEVREAU, *Le temps et le droit*, p.263.

⁴⁴⁹ Voir Lenel *Paling.*, I p.1031, mais aussi F. WIEACKER, *Societas*, p. .

exception de dol, puisque l'action à laquelle il s'expose ne lui permet pas de bénéficier d'un pareil avantage processuel.

Si l'on considère en revanche que l'obligation est nulle de plein droit, parce que c'est le contrat qui est vicié dans sa formation par un dol contraire à la *bona fides*, alors l'obligation du *fideiussor*, accessoire, est elle aussi nulle de plein droit puisqu'elle suit le sort de l'obligation principale: il n'aura donc pas besoin d'insérer une *exceptio doli* pour se prémunir contre le demandeur qui l'actionnerait.

On ne dispose pas de texte clair à ce sujet concernant l'inhérence de l'*exceptio doli*, mais on en possède un, de Paul⁴⁵⁰, concernant celle de l'*exceptio pacti*. Dans un contrat de vente, l'acheteur s'était réservé une garantie en stipulant d'un *fideiussor*, qui garantissait donc l'exécution de l'obligation du vendeur. Mais un pacte résolvant la vente était intervenu entre l'acheteur et le vendeur. Julien considère que l'acheteur ne peut se retourner contre le vendeur, puisqu'il peut lui opposer le pacte sans même avoir à insérer d'exception de pacte: c'est une particularité attachée à la nature de bonne foi de l'*actio empti*. La question est de savoir ce qu'il en est du *fideiussor* qui garantit l'obligation du vendeur: si l'acheteur se retourne contre lui, aura-t-il besoin de faire insérer durant la phase *in iure* une *exceptio (pacti ou doli)* pour échapper à la condamnation? Paul commence par être dubitatif (*an...uidendum*). Mais pour sa part, il considère que le *fideiussor* est *liberatus (iure ciuili)*. Ce langage montre qu'il interprète autrement la règle de l'inhérence de l'exception de pacte: ce n'est pas une règle de pure procédure (une dispense d'insérer l'*exceptio doli* ou *pacti*). Le pacte a vraiment anéanti, *iure ciuili*, l'obligation principale, ce qui libère de plein droit le *fideiussor*.

Aussi peut-on facilement penser qu'il en irait de même en cas de *dolus in contrahendo*. Le *fideiussor* n'aurait pas à opposer dans la phase *in iure* d'*exceptio doli*, parce que le manquement à la *bona fides* détruirait *ipso iure* l'obligation principale dont il garantissait l'exécution.

Cette règle était particulièrement opportune pour un *fideiussor*. On comprend dès lors pourquoi les jurisconsultes en sont venu à faire intervenir la *bona fides* sur un plan substantiel, en parlant de *contractus bonae fidei*, de *bona fides in contrahendo*, de *bona fides quae in contractibus exigitur*. En considérant que la contrariété à la *bona fides* rendait nulle de plein droit l'obligation indépendamment de l'action qui viendrait la sanctionner, ils se

⁴⁵⁰ Dig. 18.5.3Paulus 33 *ad ed. Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta: ideoque quaesitum est, si emptor fideiussorem acceperit, vel venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio. iulianus scripsit ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt: an autem fideiussori utilis sit exceptio, videndum: et puto liberato reo et fideiussorem liberari.*

placèrent à des fins pratiques sur un plan de droit matériel, et pouvaient faire appliquer la discipline processuelle qui entoure les *iudicia bonae fidei*, aux actions de droit strict: le *fideiussor* qui garantit un *contractus bonae fidei* est pour ainsi dire astreint à la même discipline que celle qu'on trouve dans un *iudicium bonae fidei*. Il sera dispensé d'insérer une exception de dol si l'obligation qu'il garantissait était viciée par un dol, tout comme il est dispensé d'insérer une exception de pacte si cette obligation avait été éteinte par un pacte⁴⁵¹. On remarquera à ce titre qu'il pourrait encore sans doute opposer la compensation.

Ainsi, la discipline processuelle qui entourait les *iudicia bonae fidei* recevait un reflet, un décalque dans le droit matériel des obligations: d'où l'idée d'un *contractus bonae fidei*. On pourrait, pour reprendre notre distinction préliminaire, dire que l'appréciation de la *bona fides* ne relève plus purement et simplement de l'*officium iudicis*, mais au contraire conditionne pleinement la *ueritas* de l'*oportere*.

3° Les actions de bonne foi sont en principe des actions en réparation ou, indirectement, en exécution. Ce ne sont pas des actions en nullité ni même en rescision. Leur simple formulation permet de le voir: *quod ...uendidit, quidquid dare facere oportet*. Pourtant, si la *bona fides* devient l'élément central d'appréciation de la validité du contrat, ne peut-on envisager un véritable contentieux de la rescision?

Assurément, tenir compte d'un *dolus in contrahendo* est possible depuis fort longtemps dans les actions de bonne foi. Mais techniquement, l'action donnera droit à une réparation pour ce *dolus in contrahendo*, non pas à une *restitutio in integrum*. Le plus ancien cas que nous ayons à ce sujet se trouve chez Cicéron⁴⁵². Or le vendeur qui a caché dolosivement un vice de la chose est d'après lui tenu de *damnum praestare*, de réparer le dommage. Il ne s'agit nullement d'une annulation ou d'une *restitutio*. La formule typique des actions de bonne foi ne donne pas à proprement parler au juge le pouvoir de rescinder des contrats, ou de prononcer leur nullité. Au mieux, certains jurisconsultes admettent l'idée que la formule de l'*actio empti*, par exemple, contient en elle-même la possibilité d'une *redhibitio*, et peut assurer les mêmes fonctions qu'une *actio redhibitoria*. Mais la *redhibitio* édilicienne n'est pas à proprement parler une rescision. Au mieux encore, le juge pourrait indirectement contraindre le défendeur à opérer une restitution en déférant le *iusiurandum in litem* au demandeur.

⁴⁵¹ Notons cependant que les Romains n'allèrent jamais jusqu'à un point qui aurait bouleversé totalement l'ensemble du droit des obligations: lorsqu'une obligation née d'un contrat de bonne foi est *deducta in stipulationem*, on ne pourra bien entendu considérer que, si l'obligation déduite était nulle pour contrariété à la bonne foi, par conséquent la stipulation elle-même serait rendue nulle *ipso iure*: contre l'action de droit strict qui sanctionnerait la stipulation, le promettant ne pourrait se passer d'insérer une *exceptio doli*.

⁴⁵² *De Off.* III.65.

Toutefois, en se plaçant du point de vue de la *bona fides in contrahendo*, c'est bien parce que le *contractus* est *bonae fidei*, que le manquement à la *bona fides* peut fonder une demande en rescision⁴⁵³. On possède ainsi dans le Code plusieurs décisions qui font référence à la *bona fides* comme fondement d'une rescision, notamment en matière de vente. Ainsi en va-t-il d'une décision d'Alexandre Sévère⁴⁵⁴, dans le cas d'un consentement vicié par la violence. Le langage employé « *ratum* » « *irritum* », est le langage typique à la fois de la nullité et des *restitutiones in integrum*⁴⁵⁵, justifiées en ce cas par un manquement à la bonne foi dans la formation du contrat, et c'est le *praeses provinciae* qui interposera son autorité. Ainsi, en considérant que ce n'est pas seulement le *iudicium* qui est *bonae fidei* et obéit à un ensemble de règles spécifiques, mais le *contractus* lui-même, le manquement à la *bona fides* devient le fondement d'une *restitutio in integrum* pour violence, procédure pourtant totalement étrangère aux *iudicia bonae fidei*.

L'idée d'un *contractus bonae fidei* insiste ainsi sur le rôle déterminant de la *bona fides* dans le processus de formation de l'obligation et donne à la bonne foi un champ d'opération indépendant d'une procédure unique (*iudicium bonae fidei*); mais elle témoigne encore d'une interprétation particulière de la bilatéralité des prétentions qui caractérisent les actions de bonne foi.

1.2.2.2.2. *Les b. f. contractus et la bilatéralité matérielle des contrats de bonne foi (II)*

Contractus bonae fidei insiste encore nécessairement sur la bilatéralité des prétentions.

L'expression d'*actio bonae fidei* insiste sur la soumission du demandeur lui-même au critère de la *bona fides* (A), tandis que le *contractus bonae fidei* permet à ce titre de donner un fondement matériel aux particularités de la procédure dans une action de bonne foi (B).

⁴⁵³ Voir sur le principe et les modalités de la rescision, E.CHEVREAU, *op.cit.*, p.263-277.

⁴⁵⁴ CJ.4.44.1: *Imperator Alexander Severus Si pater tuus per vim coactus domum vendidit, ratum non habebitur, quod non bona fide gestum est: mala fide enim emptio irrita est. aditus itaque nomine tuo praeses provinciae auctoritatem suam interponet, maxime cum paratum te proponas id quod pretii nomine illatum est emptori refundere. * alex. a. aurelio maroni mil. * <a 222 d. xi k. mart. antonino et alexandro cons.>*. Faut-il considérer *auctoritatem* interpolé pour *imperium*?

⁴⁵⁵ Voir sur la différence de principe entre nullité et *in integrum restitutio*, E.CHEVREAU, *op.cit.*, p.263-264. Toutefois, ils nous semble, que *irritum* (*non ratum*) est un langage qui s'emploie aussi à propos de la *restitutio*.

1.2.2.2.1. *L'actio bonae fidei comme un agere bona fide: la fides bona réclamée du demandeur (A)*

En soi, dire que l'*actio* est *bonae fidei* représente un déplacement de perspective. Ce déplacement de perspective est important en ce sens que *ex fide bona* se trouve placé dans les formules près de l'*intentio* qui exprime l'obligation du défendeur envers le demandeur: la clause *ex fide bona* semble donc à première vue un critère d'appréciation du comportement du défendeur. Aussi est-il difficile d'envisager *a priori* que le critère de la *bona fides* s'applique directement au demandeur. Pourtant, *actio bonae fidei* nous paraît reposer sur un syntagme verbal *agere bona fide*. La *bona fides* qualifie cette foi l'action. La bonne foi devient la condition nécessaire pour qu'il y ait une *actio* et la mauvaise foi du demandeur paralyse de plein droit l'action. C'est en ce sens qu'on peut dire d'une action que *ex bona fide oritur*. L'action ne naît certainement pas *ex bona fide rei*; bien au contraire, elle naît souvent d'un manquement à la bonne foi, assez généralement d'un dol. En revanche, on peut comprendre qu'elle est constituée si et seulement si le demandeur est de bonne foi à l'intenter. La bonne foi du demandeur est cosubstantielle à ce genre d'action, elle en conditionne l'efficace et l'issue autant que l'existence même de l'obligation que le demandeur prétend sanctionner. L'action naît donc de la bonne foi en ce sens que la bonne foi du demandeur est une condition nécessaire pour que l'action soit intentée avec succès.

Cette expression « *actio bonae fidei* » nous semble procéder d'une considération sur l'arsenal des moyens de défense dont dispose toujours le défendeur indépendamment de toute initiative dans la phase *in iure*. Comme on le sait, il peut, pour la première fois dans la phase *apud iudicem*, invoquer un pacte *de non petendo*, un pacte *de minus petendo*, un dol du demandeur, une contrecréance *ex eadem causa*, se défendre d'un droit de rétention justifié si le demandeur refuse de le rembourser de ses *impenses*, s'il refuse de fournir caution pour une demande légitime du défendeur etc. Mais pourquoi peut-il invoquer de pareils moyens de défense sans l'appui du préteur? Est-ce parce que la clause *ex fide bona* ou ses équivalents représentent implicitement ce qu'en d'autres circonstances le préteur protège de sa *iurisdictio* en insérant explicitement dans la formule des exceptions? C'est plus que cela.

Par cette expression, les prudents montrent encore qu'ils ont déplacé l'effet de la *bona fides* sur un plan plus substantiel et matériel. Il ne s'agit pas simplement de considérer que l'écriture de la formule sous-entend un ensemble de moyens de défense qui sont dans d'autres actions donnés par le préteur. L'action est, *iure civili*, conditionnée par la *bona fides*. La *bona fides* était un état qui conditionne *ipso iure* le droit d'agir.

Cette vue a pu prendre une particulière importance en matière d'action contraire: celles-ci servent essentiellement à se faire rembourser des impenses. Il y est rarement question de *bona fides* ou de manquement à la *bona fides* de la part du défendeur. Mais l'action a pour prérequis la *bona fides* en ce sens que le demandeur doit avoir fait « *bona fide* » les dépenses qu'il entend se faire rembourser. Toute la casuistique de la *bona fides* est alors reportée sur l'attitude du demandeur. Cette expression insiste particulièrement sur la dimension processuelle du dol. C'est l'*agere* lui-même qui peut représenter une attitude dolosive. La mauvaise exécution du contrat peut simplement être fautive, mais le demandeur, simplement fautif dans l'exécution de son obligation, se rend l'auteur d'un dol en portant réclamation de ses créances. Ainsi, une règle comme « *bona fides non patitur ut bis id exigatur* » prend tout son sens lorsque une partie au contrat entend à la fois réclamer la dette en vertu d'une stipulation pénale et la réparation de son préjudice en vertu d'une action de bonne foi: il commet là un dol purement processuel.

Il est alors notable qu'une pareille conception de l'action a des répercussions: *ipso iure*, le demandeur n'a pas d'action s'il est de mauvaise foi; c'est dire qu'il ne peut en aucune manière céder une action qu'il n'a pas.

En considérant que la conformité à la *bona fides* est une condition de l'action, non une simple instruction dans la formule, on trouvait une explication d'autant plus commode de l'ensemble des particularités de l'*officium iudicis* dans une action de bonne foi, que, très précisément, à l'époque médio-classique, toutes les actions de bonne foi ne possédaient pas une formule munie de la clause *ex fide bona*. C'est donc que le fondement de certaines de ces règles devait s'expliquer autrement, non en vertu de la rédaction de la formule, qui pouvait varier, mais en vertu de la nature particulière de l'action indépendamment de son expression formulaire: des actions qui sont conditionnées par la bonne foi.

1.2.2.2.2. *Le contractus bonae fidei, expression d'une bilatéralité substantielle (B)*

La possible bilatéralité des prétentions est la marque typique des actions de bonne foi. Ce trait est tellement significatif qu'il représente un trait commun à toutes les actions de bonne foi, et un trait spécifique aux actions de bonne foi. Il explique même l'intégration des actions divisaires au sein des *iudicia bonae fidei*, où le *iudex* pouvait compenser entre elles les

différentes condamnations. Par ailleurs, la clause *ex fide bona* est interprétée comme un « *ut inter bonos* », qui permet de considérer la bonne foi comme critère intersubjectif

L'idée de *contractus bonae fidei* permet de donner un fondement substantiel à deux particularités procédurales dans les *iudicia bonae fidei*.

Dans la mesure où d'un seul contrat naissent généralement deux actions, qui sont toutes deux des actions de bonne foi, il est naturel de reporter au *negotium* qui les génère la *bonae fidei natura*. Attribuer au *contractus* la *bonae fidei natura* explique l'existence potentielle de deux *iudicia bonae fidei*. Ce trait est certain en ce que la formule de Babatha nous montre l'existence de deux actions de tutelle, l'action directe et l'action contraire.

Par ailleurs, la bilatéralité processuelle qui est si typique d'un *iudicium bonae fidei* devait trouver une explication substantielle. En soi, une formule est un acte qui génère un *condemnari oportere*, et déduit l'obligation du défendeur envers le demandeur: en tant que titre, la formule représente une obligation unilatérale (*condemnari oportere*), au même titre qu'une stipulation, qu'il s'agisse d'un *dari oportere* ou d'un *dari fieri oportere*. Dès lors, le mécanisme d'un *iudicium bonae fidei*, qui permet d'opposer de plein droit des demandes reconventionnelles et de faire valoir des obligations du demandeur envers le défendeur, a pu trouver son fondement dans l'idée que le *contractus* lui-même était « *bonae fidei* ». Alors qu'en principe la possibilité de tenir compte d'une éventuelle contrecréance n'était qu'une possibilité découlant de l'*officium iudicis*, l'idée de contrat de bonne foi a pu permettre de considérer que la dette opposée en compensation avait vraiment été, *iure civili, deducta in iudicium*. Et si la formule a déduit l'obligation du demandeur envers le défendeur, alors elle est elle aussi éteinte *ipso iure*.

L'intérêt d'une pareille explication, considérer que la formule a pu déduire et donc éteindre les prétentions du défendeur envers le demandeur, pouvait être multiple. L'action contraire échouerait donc nécessairement, indépendamment de l'insertion d'une *exceptio rei iudicatae*; et inversement, si par hasard cette obligation était assortie d'une surrété personnelle, elle pourrait être considérée comme éteinte de plein droit. Le *fideiussor* n'aurait pas alors à demander d'exception dans la phase *in iure*, lorsqu'il serait lui-même actionné.

On notera toutefois qu'en procédure formulaire, les Romains n'allèrent jamais jusqu'à entrevoir la possibilité dans un *iudicium bonae fidei* de condamner le demandeur à verser une somme d'argent au défendeur. C'eût été aller contre l'ordre donné dans la formule.

Ainsi pourrait-on dire que différentes expressions mentionnant la *bona fides* représentaient des points de vues concurrents sur l'originalité de ce groupe de formules.

Le *iudicium bonae fidei* renvoyait à l'activité typique du *iudex*, qui devrait *aestimare bonam fidem*.

Considérer ces formules sous l'angle de l'action, (« *actio bonae fidei* ») établissait la bonne foi comme condition nécessaire d'un *agere*, et posait la bonne foi comme une exigence d'ordre procédural pesant sur le demandeur. Enfin, considérer ces formules sous l'angle du type d'acte générateur d'obligations (*contractus bonae fidei*), revenait d'une part à considérer spécifiquement la bonne foi comme condition nécessaire d'un *contrahere*; d'autre part à considérer que la bilatéralité processuelle qu'instaure une pareille formule avait un fondement substantiel, la bilatéralité des actes juridiques qui engendrent deux obligations de part et d'autre.

C'était là un travail d'inflexion, de réflexion lente sur une catégorie. La *bona fides*, comme notion de droit substantiel, indépendante de l'écriture de la formule, avait pris une importance croissante dans la réflexion des prudents: sans doute n'étaient-ils pas prêts à franchir une ligne de démarcation ancienne jusqu'à dire, comme le dira le droit canonique, que tous les contrats sont de bonne foi, ou encore que toute action est nécessairement de bonne foi. C'est là un saut théorique que la jurisprudence romaine ne fut jamais prête à franchir, même après la disparition de la procédure formulaire.

Elle a néanmoins intégré la bonne foi au droit substantiel des contrats. Les résultats de notre recherche arrivent ainsi à la conclusion diamétralement opposée à celle défendue par Kunkel, Kaser et Magdelain: bien loin d'avoir scindé et dénaturé un *oportere ex fide bona* originaire en simple instrument de mesure, la jurisprudence classique a plutôt préparé, à partir d'une simple bonne foi-mesure, une quasi-bonne foi-source: c'est plutôt l'époque post-classique qui se prépare à construire un *oportere ex fide bona*.

Ce travail de réflexion sur une notion vient bien, originairement, de la présence et du commentaire de la clause *ex fide bona* dans la plupart des formules des actions dites de bonne foi, où son rôle n'était pas de fonder l'*oportere*, lequel n'était que l'expression banale d'une prétention *iuris ciuilis*.

2. TITRE SECOND. LES 'IUDICIA IN QUIBUS ADDITUR EX FIDE BONA' : UN GROUPE D' ACTIONS INVARIABLEMENT RATTACHEES AU 'IUS CIUILE'

Le fondement exact d'une action de bonne foi connue de Quintus Mucius ne nous est donné par aucun texte. Ce silence des jurisconsultes classiques laisse nécessairement place à l'imagination, mais il conviendrait préliminairement de s'interroger sur l'intérêt-même de la question de leur fondement, et sur les raisons de ce silence. Est-ce que la réponse est tellement évidente pour eux qu'ils n'en parlent même pas? C'est possible, les évidences d'une époque n'étant pas nécessairement les nôtres, loin s'en faut. L'existence de ces actions est, semble-t-il, pour eux, une donnée établie de tout temps: « c'est ainsi ». Est-ce un silence prudent ou gêné car eux-mêmes ne sauraient répondre? Ils ne sont pas historiens du droit, l'exactitude historique n'est jamais un bien recherché pour lui-même, encore qu'ils ne cachent jamais les origines d'une action: le droit romain n'a jamais honte de son passé ou de ses origines. Est-ce que la question est dépourvue pour eux d'intérêt, en ce sens qu'elle n'apporterait aucune explication servant à justifier une solution ou à justifier leur place dans l'ensemble procédural que constitue à époque classique l'édit du préteur? C'est possible. Mentionner la *lex Aquilia* pour expliquer l'origine de l'*actio damni* n'est pas de l'érudition historique, elle constitue le fondement de l'action en synchronie même: les termes de cette *lex* commandent toute la discipline du dommage aux biens jusqu'à Justinien, alors que la discipline qui régit la vente consensuelle n'est que pure jurisprudence, et l'évolution considérable qu'elle a connue rend pour eux inutile toute spéculation sur l'origine de l'action.

Les raisons de ce silence peuvent être nombreuses, mais invitent de toute manière le romaniste à la modestie: si les Romains n'ont en aucun cas fourni de réponse, ce silence ne peut être reporté uniquement aux contingences de la transmission philologique.

Les très faibles renseignements que nous possédons pour l'époque médio-républicaine à propos des *iudicia bonae fidei*, nous permettent difficilement d'établir toute certitude absolue sur l'époque républicaine. Néanmoins, il nous semble que certains faits établis au regard de la jurisprudence classique ne sont que des constantes qui témoignent de l'état du droit antérieur, et que, derrière leur qualification en action civiles était doublement justifiée: Elle procèdent

du *ius* et du *ius ciuile*⁴⁵⁶. Ce sont des actions initialement étrangères au droit prétorien⁴⁵⁷ (chapitre premier), et ce sont des actions essentiellement secrétées dans le droit propre des citoyens romains (chapitre second)

Chapitre 1er: La qualification des actions de bonne foi en actions civiles: des actions étrangères au pouvoir du préteur

Chapitre second: La qualification doublement justifiée des actions de bonne foi en actions civiles: des *iura* secrétés dans le droit propre des citoyens romains

⁴⁵⁶ Il y a à ce titre un énorme paradoxe dans l'hypothèse que les actions de bonne foi seraient des actions prétoriennes créées par le préteur pérégrin : leur qualification à époque classique serait diamétralement opposée à leur nature originelle.

⁴⁵⁷ C'est à dessein que nous ne nous prononçons pas sur l'*actio fiduciae*. Le manque de sources dû à la disparition totale de l'institution dans le droit de Justinien, la reconstruction de sa formule par trop hypothétique, rendent difficile pour d'établir même une présomption sur la nature *a priori* civile ou prétorienne qu'elle aurait. Malgré la reconstruction de sa formule en formule *in factum* par LENEL, EP³, p.292 ss., la plupart des auteurs l'atraient vers les formules *in ius*. B. NOORDRAVEN, *Fiduzia*, p.338 N.BELLOCCI, *Tutela della Fiducia*, p.85, ou E. CARCATERRA, *Intorno ai iudicia bonae fidei*, p.30, en font d'ailleurs une formule *in ius*. Les étrangetés de ce type de reconstruction sont à bon droit soulignées par D.MANTOVANI, *Formule*, p.66, n.233. Il n'est pas à exclure, comme le pensait O.LENEL, EP¹, p. ss., et comme le pense A.WATSON, *Law of Obligations*, cit. p.172 ss. et ZSS 79, 1962, p.329, qu'il y ait eu une autre formule, *in ius* et *ex fide bona*. A notre avis, tout le monde considère comme gênant qu'il n'y ait qu'une formule *in factum*, et ce depuis Pernice; toutefois, quelque insatisfaisante que soit la reconstruction d'O. LENEL, c'est l'une des seules à se heurter à peu d'objections d'ordre formel.

2.1. Chapitre Premier. La qualification justifiée en action civiles : des *iura* étrangers au droit prétorien.

Pour savoir si les prudens au début de l'époque classique ont dénaturé le statut des actions de bonne foi en les « civilisant », subrepticement, nous ne possédons malheureusement aucun texte d'époque républicaine qui qualifie une action exprimée dans une formule « *ex fide bona* » d'*actio civilis*, ou d'*actio quae ipso iure competit*, comme nous en possédons pour l'époque impériale.

Cherchons donc préalablement ce qui peut représenter un critère pertinent pour qualifier une action en action civile ou en action prétorienne. Ou plutôt, cherchons ce qui pouvait paraître un critère pertinent pour les prudens eux-mêmes, et si ces critères auraient pu se vérifier dès l'époque républicaine. Éliminons-en de prime abord quelques-uns qui pourraient au mieux s'agréger à un faisceau d'indices mais qui nous semblent fallacieux ou équivoques, tels que la place des actions de bonne foi dans les commentaires au *ius civile* (1°) ou les particularités procédurales dans une action de bonne foi (2°), pour ne retenir que les plus pertinents (3°), tirés de l'écriture de la formule et du fondement de l'action.

1° Une des preuves pour établir le caractère civil ou prétorien d'une institution à l'époque républicaine est souvent cherchée dans la présence ou dans l'absence d'une institution dans les systèmes dits « civilistes », tels que ceux de Mucius ou de Sabinus⁴⁵⁸ : une institution aurait été civile à l'époque républicaine si et seulement si les systèmes civilistes lui réservaient un développement propre. Les systèmes plus anciens, comme ceux de Brutus, ou plus récents, comme ceux de Cassius ou de Plautius, ne sont absolument pas reconstituables, mais l'on possède des traces plus certaines de l'architecture du système de Mucius et encore davantage de celui de Sabinus. Toutefois, il nous semble que cet argument philologique et paléogénétique est à plus d'un titre un critère trompeur pour établir le caractère civil ou prétorien des actions de bonne foi. D'une part, les constats qu'on peut établir sont équivoques (a), mais c'est la pertinence même de ce critère qui est douteuse (b).

⁴⁵⁸ A. MAGDELAIN, *Actions civiles*, p.56-59.

(a) La reconstitution palingénétique du système de Mucius est fort difficile⁴⁵⁹. Pour localiser directement les passages dans ses *libri iuris ciuilis*, nous n'avons que de faibles témoignages concernant le livre II traitant des legs, le livre XIV traitant de la *societas*, le livre XVI traitant du vol. La principale source indirecte montrant la matière possiblement traitée par Mucius est l'oeuvre de Pomponius *ad Quintum Mucium*. Par rapport à la liste mucienne donnée par Cicéron (*tutelle, société, fiducie, mandat, emptio uenditio, locatio conductio*), force est de constater que l'on n'a pas trace d'un développement propre concernant la fiducie ou la *locatio conductio*. Les développements concernant la tutelle sont trop peu nombreux pour y voir une référence claire à l'*actio tutelae*; seul un passage de Pomponius, qui ne cite pas explicitement Mucius, mais qui semble prendre appui sur ce qu'aurait dit Mucius pour opérer une comparaison, manifesterait un développement propre pour l'action de tutelle⁴⁶⁰. Quant au mandat, Lenel propose d'en voir la trace dans une opinion de Celse⁴⁶¹ concernant l'action contraire du *fideiussor* contre le débiteur principal: à supposer que le terme *fideiussio* ne sont pas une interpolation pour *fidepromissio*, et comme la *fideiussio* ne semblait pas traitée pour elle-même dans le système de Mucius, il y aurait alors des chances que le *mandatum* ait reçu un traitement propre. Toutefois, si le texte original parlait de la *fidepromissio*, alors Mucius aurait tout à fait pu en parler incidemment dans son développement sur les *obligationes uerbis*. Par ailleurs, il n'est pas certain que Celse cite alors les *libri iuris ciuilis*.

Nous connaissons mieux le système de Sabinus grâce aux travaux de Lenel et à sa reconstitution de trois commentaires à son *ius ciuile*, celui de Pomponius, celui de Paul, celui d'Ulpian; les traces plus directes trouvées dans Aulu-Gelle ne donnent quant à elles que peu de renseignements. Il est certain qu'on ne trouve pas trace, là encore, d'un développement propre à la *locatio-conductio*. De même, on ne trouve pas trace d'un développement propre concernant le mandat, et les seuls passages qui en traitent proviennent de développements consacrés à d'autres institutions.

Toutefois, ces constats laissent une impression équivoque.

Savoir si une institution était traitée pour elle-même dans un système est difficile à établir philologiquement. Concernant le système de Mucius, nous possédons beaucoup trop peu d'éléments pour aboutir à des certitudes concernant l'absence d'une institution: à suivre la reconstitution palingénétique, de nombreuses institutions civiles sont manquantes, et à ce compte il faudrait même se demander s'il a réellement traité de la *condictio* ou des

⁴⁵⁹ Voir *Paling.* I, p.757.

⁴⁶⁰ Dig. 27.5.4

⁴⁶¹ Dig. 17.1.48. voir *Paling.* I, p.762.

obligationes uerbis. Ces faibles traces ne nous permettent donc pas d'établir l'absence de la fiducie, ou l'absence du mandat. Il est vrai que la *locatio-conductio* semble absente. Toutefois, les compilateurs, voire les juristes classiques eux-mêmes, ont pu omettre une doctrine dont les problématiques ne correspondaient plus à celles de leur temps pour ces institutions dont la discipline était vraisemblablement purement coutumière et changeait avec les époques: la fiducie, bien avant que Justinien ne la fasse officiellement disparaître, avait déjà dû prendre des contours tels que la doctrine mucienne à son propos n'offrait plus grand intérêt. La *locatio-conductio* comme le mandat ont pu recevoir leurs contours permanents après Mucius, et de façon générale, bon nombre d'institutions ont reçu leurs contours classiques chez les juristes de l'école Servienne: c'est particulièrement vrai de la *locatio conductio*⁴⁶². Aussi les arguments tirés de la reconstitution palingénétique du système de Mucius sont assez faibles.

Concernant le système de Sabinus, de plus d'un siècle postérieur, il permet sans doute d'inférer qu'effectivement, le système de Mucius ne traitait pas de la *locatio-conductio* ni peut-être même du mandat, mais au contraire il confirmerait un développement sur la fiducie, et, vu la disparition de l'institution sous Justinien, il n'y aurait rien d'étonnant à ce qu'on ne possède aucune trace de la pensée mucienne à son sujet. Sa place dans le système de Sabinus ne peut faire de doute⁴⁶³. Certes, c'est uniquement le commentaire de Pomponius qui nous permet de l'établir, et nous n'en possédons que trois extraits⁴⁶⁴. Toutefois, ce n'est en rien étonnant vu que la fiducie a disparu et que ces textes ont été maquillés par les compilateurs en textes traitant du gage, et donc sauvés *in extremis*. Il n'est pas possible par ailleurs que ce soit un développement incident rattachable à une autre institution: on ne voit pas pourquoi Pomponius aurait décidé *motu proprio* de traiter de la fiducie entre le développement sur l'*actio aquae pluviae arcendae* et le *postliminium*⁴⁶⁵; il faudrait croire à un développement incident sur la fiducie chez Sabinus, qui se serait transformé en titre propre dans le commentaire de Pomponius, mais c'est fort peu probable, car si Pomponius avait dû trouver un endroit où intercaler un pareil développement, cela aurait été plus vraisemblablement près du titre sur la mancipation.

Aussi ce critère nous met-il dans l'embarras: sur les 6 institutions présentes dans la liste de Mucius relatée par Cicéron, nous avons 4 institutions (tutelle, fiducie, société, *emptio-*

⁴⁶² Voir R.FIORI, *Locatio*, p.65 ss.

⁴⁶³ *Paling.*, II, p.1260.

⁴⁶⁴ *Paling.*, II, p.146-148, frag. 797-799.

⁴⁶⁵ *Paling.*, II, p.1260

uenditio) présentes dans les systèmes civilistes, et deux institutions (mandat, *locatio-conductio*) manquantes. Magdelain⁴⁶⁶ propose d'expliquer la présence de ces quatre institutions comme une attraction d'éléments prétoriens autour d'institutions civiles; toutefois, ce n'est là qu'une pétition de principe, puisqu'il faudrait alors soit démontrer qu'ils sont prétoriens, soit du moins montrer que le critère de l'absence d'un titre propre dans les systèmes civilistes est une preuve du caractère prétorien de l'action qui les protège. Essayer, par exemple, de montrer que les commentaires au *ius ciuile* traitent en soi de la tutelle, mais que l'action de tutelle aurait été prétorienne et seulement attirée par une matière civile relève d'une gageure, car nous avons tout aussi peu de textes traitant dans les commentaires à Sabinus de l'action légitime contre le tuteur, héritière d'une *legis actio*, l'*actio rationibus distrahendis*. Les systèmes civilistes, reconnaissons-le, offrent un point de vue beaucoup plus substantialiste que les commentaires à l'édit du préteur, et ne sont pas aussi tournés vers l'action, sauf lorsqu'il s'agit des délits. Dès lors, nos sources sont trop incertaines pour dire quelle place exacte ils réservaient à une action donnée.

(b) C'est d'ailleurs la pertinence de cette corrélation stricte entre civil/prétorien et présence/absence dans les systèmes civilistes qui peut être remise en cause. Il y a quelque paradoxe, de prime abord, à tirer de la place d'une institution dans un système doctrinal la preuve du statut juridique positif de l'action qui le protège. En soi, les choix opérés par Mucius ou Sabinus, ne sont pas nécessairement tributaires systématiquement de la division entre « *actiones quae iure ciuili competunt* » et « *actiones quae ex propria praetoris iurisdictione pendent* ». Elles peuvent tout autant être le produit de l'originalité d'un auteur, ou le produit d'un atavisme historique (les matières traitées par Sextus Aelius?), sans que cela dénote précisément le statut juridique d'une action. Etant donné, certes, le statut de la doctrine en droit romain, il est vrai que tendanciellement les grandes institutions du *ius ciuile* se retrouvent dans les systèmes civilistes, et que les grandes institutions prétoriennes en sont absentes: significativement le système de Sabinus connaît de très longs développements concernant le testament et les legs, mais n'étudie pas pour elles-mêmes les *bonorum possessiones* inventées par le préteur. Toutefois, ce qui a la valeur d'une tendance n'a pas nécessairement la valeur d'un principe rigide. Il existe des actions prétoriennes présentes dans les systèmes civilistes, comme des actions civiles « de droit strict » qui en sont absentes.

⁴⁶⁶ *Actions civiles*, p.59.

Les commentaires à Sabinus nous révèlent au moins deux types d'institutions honoraires traitées dans ce système: l'édit des édiles curules⁴⁶⁷, et les interdits, qui relèvent même, non pas de la *iurisdictio*, mais du pur *imperium* prétorien. A l'inverse, il existe des actions civiles qui ne reçoivent aucun développement propre dans le système de Sabinus. Il en va ainsi de l'*actio ad exhibendum*: seuls cinq textes, épars, dans le titre 10.4 proviennent de commentaires à Sabinus, ce qui tend à prouver qu'ils ont été collectés de développements incidents⁴⁶⁸. Aussi l'*actio ad exhibendum*, qui est tout aussi civile que d'autres, n'a-t-elle pas de développement propre, au même titre que l'*actio mandati*, ou les *actiones locati et conducti*. L'*actio incertae ex testamento* reçoit des traces si faibles que Lenel émet lui-même des doutes sur la possibilité d'un traitement à part entière de cette action⁴⁶⁹.

Il faut reconnaître que ce qui justifie dans un système « civiliste » le traitement d'une institution et de sa sanction par voie d'action, ce n'est pas tant le caractère civil de son action à l'époque où le commentaire a du être écrit, mais bien plutôt l'existence d'une institution reconnue dans les *actus legitimi* formalistes ou reconnue explicitement par la loi. Ainsi, peu importe le caractère civil ou honoraire d'une action pour justifier sa place dans un système civiliste: assurément, la *cautio damni infecti* relève du droit honoraire en ce qu'elle est fondée sur une stipulation prétorienne et donc sur l'*imperium* du préteur⁴⁷⁰, mais il se trouve qu'elle connaissait auparavant une sanction différente grâce à une *legis actio*⁴⁷¹. C'est pourquoi la *cautio damni infecti* reçoit de très longs développements dans les commentaires à Sabinus⁴⁷². De façon générale, les systèmes civilistes abordent le droit d'une manière moins axée sur la procédure: significativement, les développements propres sur l'*actio familiae erciscundae*, ou les développements sur l'*actio communi diuidundo* en sont largement absents, alors qu'il s'agit de deux actions parfaitement légitimes, et que l'hérédité et la communion sont en soi toutes deux largement traitées. Ainsi, que certaines institutions protégées par une action de bonne foi aient été envisagées pour elles-mêmes dans le système de Sabinus, et d'autres non, n'a rien d'étonnant, puisqu'il n'est pas question de considérer la nature civile ou prétorienne de l'action exprimée dans une formule; il s'agit simplement d'un atavisme de la culture jurisprudentielle. Autant l'absence de la *locatio conductio* dans les commentaires à Sabinus ne crée pas de présomption irréfragable sur sa nature prétorienne, autant la présence de l'*actio pro socio* et

⁴⁶⁷ Paling. II, p.1258

⁴⁶⁸ Dig. 10.4.4 (Pomp. 4 ad sab.), Dig. 10.4.6 (Paul. 14 ad Sab.), Dig. 10.4.14 (Pomp. 14 ad sab.) Dig. 10.4.15 (Pomp. 18 ad sab.), Dig. 10.4.16 (Paul. 10 ad sab.)

⁴⁶⁹ Paling. II, p.1257.

⁴⁷⁰ Sur la question de savoir si les stipulations prétoriennes relèvent de l'*imperium* ou de la *iurisdictio*, voir KASER-HACKL, RZ,

p.

⁴⁷¹ cf. Gaius, *Inst.*, IV,30.

de la *societas* consensuelle dans ces commentaires n'est pas non plus un argument en faveur de sa nature civile. Ce que démontre une pareille présence est au mieux une protection antérieure dans le cadre des *legis actiones*, ou bien une ancienneté de l'institution. Aussi ne pouvons-nous tenir compte de ce critère pour déterminer la nature civile ou prétorienne d'une action de bonne foi.

2° Les particularités processuelles des *iudicia bonae fidei* elles non plus ne constituent en rien une preuve en faveur ou en défaveur d'un statut prétorien de l'action; seuls, au mieux, les effets de la *litis contestatio* sont des critères plus pertinents, malheureusement difficiles à étudier pour l'époque républicaine.

On ne peut tirer d'arguments de la souplesse de la procédure offerte par les actions de bonne foi, et ses particularités processuelles ne sauraient constituer une preuve du caractère prétorien de l'action.

D'une part, comme nous tenterons de le prouver, ces effets se ramènent à une interprétation particulière de la clause *ex fide bona* qui n'a pas pour fonction de fonder l'action, mais de réglementer l'instance *apud iudicem*.

Deuxièmement, à bien considérer ces particularités, elles plaideraient plutôt en faveur d'un caractère civil des actions de bonne foi. En effet, l'inhérence des exceptions pourrait tout à fait représenter un fossile témoignant d'une époque où l'on ne faisait encore usage, ni des *exceptiones*, ni des *praescriptiones*: en bref, cela témoignerait d'une haute antiquité de ces actions. Notamment, la valeur extinctive *ipso iure* des pactes serait un point commun avec des actions délictuelles prévues par la législation décemvirale.

Il n'y a aucun argument, non plus, à tirer de la possibilité d'absolution en cas de *satisfactio inter moras litis*: en effet, cette possibilité existe dans toutes les actions réelles, et a sans doute vu le jour dans les actions civiles *in rem*. On peut considérer ce genre de particularité comme des innovations opérées par le préteur si on le souhaite, mais ces innovations touchent tous les champs de la procédure formulaire, aussi bien les formules « *quae ipso iure competunt* » que celles qui « *a praetore dantur* ». De façon générale, la clause arbitraire ou restitutoire, présente aussi bien dans des actions civiles *in rem* ou *in personam* que dans des actions prétoriennes (*in rem* comme *in personam*), constitue une particularité processuelle visant à conférer un large pouvoir au *iudex* (d'où le nom de clause arbitraire) et donc à

⁴⁷² Voir *Paling*, I, p.1280-1281 (Paul), II, p.128-129 (Pomponius), p.1171-1172 (Ulpian).

réglementer l'instance, sans qu'elle influe en rien sur la nature civile ou prétorienne de l'action. Il en va de même de la clause *ex fide bona*, nous semble-t-il, qui avait en revanche exclusivement trouvé son application dans le domaine des actions personnelles sanctionnant une obligation de *dare facere*.

Que les préteurs, appuyés des jurisconsultes, aient modernisé et rendu plus équitable la procédure ne fait aucun doute: mais il s'en faut de beaucoup pour considérer qu'une particularité processuelle créée par le préteur dans un souci d'équité rende l'action « prétorienne ». Ainsi, par exemple, l'action *ex stipulatu* proposée dans l'album ne peut être dite prétorienne au motif que le préteur a eu souci de la proposer déjà munie de la *praescriptio* « *cuius rei dies fuit* »⁴⁷³.

Ainsi, donc, l'équivalence fonctionnelle entre une exception de dol et la clause *ex fide bona* ne prouve en rien le caractère prétorien de l'action: le fait que cette clause dispense d'un moyen de défense prétorien pourrait plaider tout autant en sens inverse: le *ius honorarium* n'est pas intervenu pour corriger les *iniquitates* du *ius ciuile* en instituant un nouveau cas d'ouverture inconnu du *ius ciuile*. A supposer donc que le rôle de la clause *ex fide bona* ait été de rendre plus souple la procédure, cela n'aurait eu aucune répercussion sur le caractère civil ou prétorien du cas d'ouverture de l'action.

3° Il n'existe donc que deux critères généraux véritablement pertinents: l'écriture de la formule, et le fondement de l'action.

-L'écriture de la formule représente à un double titre la conscience juridique de la nature de l'action. En effet, c'est tout autant la jurisprudence qui identifie et classe les natures juridique selon les termes des formules, que le préteur qui, assisté des prudents, les confectionne afin qu'elles expriment au mieux la nature de la prétention sous-jacente.

-L'autre critère véritablement pertinent est celui du fondement de l'action, et il est de loin le plus pertinent: le *ius ciuile* procède directement ou indirectement de la loi, ou de ce qui tient lieu de loi, les actions prétoriennes procèdent en revanche de la juridiction propre du préteur. Mais il convient d'éviter la pétition de principe: l'existence ou l'inexistence d'une sanction par voie de *legis actio* n'est pas a priori une preuve du caractère originellement civil ou prétorien d'une action au sein de la procédure formulaire. Toutefois, si l'on admet qu'en principe, une action civile a toujours quelque rattachement à la loi, on peut examiner si à époque républicaine comme à époque classique les actions de bonne foi sont explicitement

⁴⁷³ EP³ §55.

considérées comme dépourvues de fondement légitime. Et, *a contrario*, il conviendra de se demander si elles sont positivement considérées comme des actions dont le fondement est la *iurisdictio* du préteur.

Dès lors, la qualification des actions de bonne foi ne peut se faire qu'au regard de leur fondement (section I) et au regard de leur formule (section II).

Section I: la qualification des actions de bonne foi au regard de leur source: manque de prévision législative et absence de fondement prétorien

Section II: la qualification des actions au regard de leur formule: formule *in ius* et *obligatio iuris civilis*

2.1.1. La qualification des actions de bonne foi d'après leur fondement : manque de prévision législative et absence de fondement prétorien. (Section 1)

Une action tire *a priori* sa nature de celle de la source qui la concède ou qui est supposée la concéder. La source d'une action est ce qui détermine le plus clairement sa nature.

Ainsi, la qualification d'une action en action civile ou prétorienne s'opère en principe du point de vue de son fondement. La plupart des actions qualifiées à époque classique de civiles trouvent un fondement, direct ou indirect, dans la loi. Inversement, les actions prétorienes trouvent un fondement dans la juridiction du préteur.

Toutefois l'idée de double légitimité des actions civiles d'après leur correspondance avec les *legis actiones* et avec une prévision législative peut être appréciée de diverses manières. Comme l'a justement fait remarquer Pugliese⁴⁷⁴, certaines actions ont peut-être connu la légitimité d'une procédure sans que le cas d'ouverture ait été précisément explicité par la loi⁴⁷⁵: ainsi, la *petitio hereditatis*, les actions confessoires et surtout les actions négatoires ne furent pas prévues comme telles par la loi des XII tables. Elles ne devinrent autonomes

⁴⁷⁴ S.D.H.I. 20 (1954) p. 373 ss.

⁴⁷⁵ Voir encore F. WIEACKER, ZSS 80, 1963, p.8.

comme des cas d'ouverture distincts de la *reiuindicatio* qu'avec le temps; et très précisément, leurs *uerba* furent différents de la *reiuindicatio* originaire, ce qui suppose qu'on avait autonomisé, par une voie purement interprétative et coutumière, des droits réels distincts du droit de propriété: l'on avait donc créé de nouvelles *legis actiones*, avec d'autres *uerba sollemnia*, sans nouvelle disposition législative et elles ne tiraient leur légitimité que de leur *modus agendi* qui était le *modus agendi* de droit commun, à savoir le *sacramentum*. De même, on a très vraisemblablement pu sanctionner le *mutuum* sans disposition législative particulière par la voie du *sacramentum* avant l'introduction de la *condictio* par les lois Silia et Calpurnia.

A l'inverse, certaines actions ont un cas d'ouverture reconnu par le *ius ciuile*, sans qu'on trouve trace d'une protection judiciaire dans le cadre d'un *modus agendi* oral. Ainsi, l'*actio ex testamento* incertaine pour le *legs per damnationem* incertain ou le *legs sinendi modo* doit être assez ancienne et n'a jamais été considérée comme une action prétorienne. Pourtant, l'on ne voit pas quel fut son *modus agendi* originaire, puisque l'on n'a pas trace d'une procédure autonome par voie de *iudicis arbitriue postulatio*, et l'on s'accorde généralement à considérer que cette action fit ses début sous la procédure formulaire⁴⁷⁶. D'aucuns⁴⁷⁷ ont un doute similaire sur l'*actio ex stipulatu*, même s'il est fort probable qu'elle ait déjà été prévue par la loi des douze tables et protégée par la *iudicis arbitriue postulatio*. Par ailleurs, d'autres actions comme l'*actio ad exhibendum* ne nous révèlent ni le fondement légitime de la prétention ni la procédure orale qui aurait été établie⁴⁷⁸. Donc, cette action a peut-être vu le jour sous la procédure formulaire, sans qu'on conteste sa nature civile originaire.

Une action est donc concédée à un citoyen soit par la loi, soit par le préteur. Ou plutôt, elle est supposée avoir été concédée par la loi et « *quod legis uicem obtinet* », tandis que les actions prétoriennes sont supposées tirer leur validité du pouvoir de juridiction du préteur.

Il est vrai qu'on ne connaît pas de fondement législatif pour les actions de bonne foi. Étaient-elles pourtant perçues comme des actions sans fondement civil? Inversement, étaient-elles perçues comme tirant leur fondement de la juridiction du préteur?

⁴⁷⁶ Voir M. KASER, *Altröm. Ius.*, p.300, A.MAGDELAIN, *Actions civiles*, p.17, V.ARANGIO-RUIZ, *Le formole*, p.

⁴⁷⁷ Voir Pugliese, notamment, mais encore...

⁴⁷⁸ Si l'on se range de surcroît à l'opinion de Lenel qui considérait que cette action visait un *incertum*, il aurait nécessairement fallu une loi pour prévoir la *iudicis arbitriue postulatio*, loi hypothétique dont nous ne possédons pas la moindre trace.

Nous verrons que, bien loin d'être perçues et caractérisées comme des actions sans fondement législatif (sous-section 1), elles ne montrent trace d'aucun fondement prétorien (sous-section 2):

Sous-section 1: le manque non-caractérisé de fondement législatif

Sous-section 2: l'absence certaine de fondement prétorien

2.1.1.1. *Le manque non-caractérisé de prévision législative (Sous-section 1)*

On ne trouve aucune prévision législative explicite pour une action de bonne foi. Il est vrai que c'est cet argument qui est le plus fréquemment invoqué pour montrer, par un raisonnement *a contrario*, qu'elles ne pouvaient être civiles⁴⁷⁹. L'argument est certes très faible en lui-même: l'absence de fondement dans la loi et l'absence de précédent dans une *legis actio* pour les actions de bonne foi pourrait tout autant représenter un démenti à la théorie qui veut que, de manière immuable, de la loi des XII tables en 451 jusqu'à l'époque classique, une action serait nécessairement étrangère au *ius civile* si elle n'avait pas à la fois reçu un *modus agendi* oral et vu son cas d'ouverture prévu explicitement par la loi. Toutefois, il est vrai que si les actions de bonne foi n'étaient même pas supposées fictivement avoir un fondement qui tient lieu de loi, et si on les caractérisait consciemment comme des actions dont la principale spécificité est de manquer de toute base légale, alors on aurait de sérieuses raisons de les considérer comme des actions prétorienne, où l'*oportere ex fide bona* n'exprimerait qu'un devoir moral protégé par la juridiction du préteur.

Etaient-elles pour autant considérées comme dénuées de tout fondement législatif?

Les jurisprudence de l'époque classique a ses raisons pour refuser de les qualifier d'*actiones legitimae*: c'est un trait commun à toutes les actions personnelles réipersécutoires (I). Quant à l'époque républicaine, elles ne furent pas pour autant considérées comme des *iudicia sine lege* (II),

I) L'époque classique: l'absence de référence à la loi, une propriété commune à toutes les actions personnelles réipersécutoires

II) L'époque républicaine: Des *iudicia sine lege*? *De off.* III §61 et 66

2.1.1.1.1. *L'époque classique : l'absence de référence à la loi, un trait commun à toutes les actions personnelles réipersécutoires (I)*

⁴⁷⁹ A.MAGDELAIN, *Actions civiles*, p.45 ss.

Les textes de la jurisprudence classique présentent un problème de pure qualification juridique. Certaines actions civiles, exprimées dans des formules, sont en effet appelées par ailleurs des actions légitimes, ce qui n'est significativement pas le cas des actions de bonne foi.

L'hypothèse subtile de Magdelain⁴⁸⁰ est que le changement terminologique d'*actio legitima/honoraria* vers *actio ciuilis/honoraria*, représenterait un véritable changement notionnel au cours de l'âge classique: alors que la première distinction était fondée sur la concurrence ou le précédent d'une *legis actio* orale qui trouve sa source dans la *lex*, la seconde se serait constituée sans référence à ce critère, à mesure que le souvenir de la procédure orale archaïque s'estompait après son abolition quasi-totale. Ce changement de perspective aurait conduit à ranger certaines actions, sans cas d'ouverture légitime et donc honoraires selon la première distinction, dans le nouveau groupe des actions civiles selon la seconde distinction. Cette transformation se serait donc faite à la faveur d'une « civilisation » des actions de bonne foi⁴⁸¹.

Cette hypothèse repose sur deux propositions:

-la qualification des actions en « *actiones legitimae* » ou *ex lege* serait le reflet de la distinction ancienne, fondée sur le précédent et la concurrence d'une *legis actio*, tandis que la distinction *actio ciuilis/honoraria* serait plus récente.

-la distinction *actio legitima/actio honoraria* représenterait une véritable *summa diuisio* au même titre que la distinction *actio ciuilis/actio honoraria*.

Or il nous semble que l'examen détaillé des textes jurisprudentiels invoqués par Magdelain⁴⁸² pour établir que la *summa diuisio* originale était celle entre *actiones legitimae* et *actiones honorariae* ne permet pas de conforter ces deux idées, et que la jurisprudence, à tort ou à raison, qualifie les actions de bonne foi d'actions civiles en se référant spécifiquement à un fondement étranger au pouvoir du préteur, et ce même si elle ne voit aucun lien entre ces formules et la procédure orale archaïque qui reste une référence théorique incontournable même après les *leges Iuliae*.

En effet, la qualification d'*actio legitima* n'offre en réalité aucune primauté historique sur celle d'*actio ciuilis* (A); employée à titre subsidiaire par les classiques, elle ne procède pas d'une *summa diuisio*, en ce qu'elle ne concerne jamais le champ des actions personnelles réipersécutoires(B): ces dernières, qu'elles soient de droit strict ou de bonne foi, sont

⁴⁸⁰ *Actions civiles*, p. 7, p.43.

⁴⁸¹ *op. cit.*, p.59-60

⁴⁸² *op. cit.*, p.p.7-15 *passim*.

significativement toujours et sans exception, des *actiones quae sua vi ac potestate constant*, sans calque d'une *legis actio*(C).

2.1.1.1.1.1. *Actio legitima et actio ciuilis : une distribution chronologique identique (A)*

Magdelain montre certes à bon droit que la jurisprudence classique est capable d'opposer des actions qualifiées de légitimes, et non simplement de civiles, aux actions prétorienne⁴⁸³. Mais prouver que la distinction existe est une chose, prouver à partir de cet usage lexical qu'elle représente la *summa diuisio* originaire en est une autre, et montrer que la division entre actions civiles et actions prétorienne n'est qu'une division dérivée encore une autre. S'il s'agissait d'un changement notionnel, il serait de prime abord quelque peu paradoxal(1), et il n'est pas conforté par l'examen des textes, lequel dément l'idée d'un changement lexical(2).

1) L'intérêt paradoxal d'un changement notionnel

Le paradoxe profond de la thèse de Magdelain est que le changement de distinction au cours de l'âge classique n'aurait eu d'autre conséquence que de faire changer de catégorie les actions de bonne foi. On ne connaît pas d'autre cas où une action, de prétorienne qu'elle était, serait devenue à cette occasion civile. Il est alors cavalier de supposer une erreur, un quiproquo sur le statut des actions de bonne foi chez les juristes impériaux. Car si le changement de distinction avait eu une conséquence aussi ciblée, à savoir de « déprétorianiser » une catégorie particulière de formules qui ont toutes entre elles une forte similarité, les actions de bonne foi, il est fort peu probable qu'il soit le produit d'un hasard ou d'une erreur: la transformation se serait faite de façon consciente, et aurait donc eu quelque intérêt, qui reste à trouver. On ne voit pourtant ni l'intérêt théorique⁴⁸⁴ (1°), ni l'intérêt pratique (2°) d'un changement de distinction.

1° Si le critère authentique à époque préclassique pour classer les formules en deux groupes distincts était la concurrence ou non d'une véritable *legis actio* orale, on ne voit pas l'intérêt

⁴⁸³ *Actions civiles*.p.12

purement dogmatique d'un changement de perspective à époque classique, d'autant plus que le souvenir des *legis actiones* est encore fort vivant dans la jurisprudence même après leur suppression quasi-totale par les *leges Iuliae*⁴⁸⁵.

Un juriste du II^{ème} siècle comme Pomponius les enseigne encore à ses élèves comme une *pars iuris* à part entière⁴⁸⁶, distincte de la *lex* proprement dite, et qui est théoriquement vivante en droit positif⁴⁸⁷; Gaius propose de même de distinguer les formules selon qu'elles sont ou non *ad legis actionem expressae*⁴⁸⁸; un extrait des fragments dits du Vatican, attribué à Paul, se fonde sur l'idée de *legis actio* pour mettre en doute la possibilité d'un terme suspensif pour une cession par *adiudicatio* ou par *in iure cessio*⁴⁸⁹; un extrait des *Tituli ex corpore Ulpiani* rappelle la nécessité d'un tuteur prétorien si le pupille ou la femme veulent agir soit par *legis actio* soit *legitimo iudicio*⁴⁹⁰. De la même façon tous les prudents savent ce qu'est une *legis actio*, et n'auraient eu aucune raison d'ordre purement théorique à changer la classification si le critère pertinent pour séparer les actions prétoriennes et les actions non-prétoriennes avait été le précédent ou la concurrence ancienne d'une *legis actio*.

Un glissement théorique inconscient au motif que les *legis actiones* auraient été dans l'ensemble abolies et que les formules de l'édit du préteur ne donneraient plus en elles-même la trace de cette ancienne distinction est d'autant moins probable que les prudents sont hantés dans leur réflexion par la tradition. Les commentaires à l'édit du préteur sont certes un genre de littérature juridique en vogue, mais les commentaires au *ius civile* des *ueteres*, qui se fondent largement pour choisir les thèmes à traiter sur le critère d'un précédent dans les *legis actiones*, suffiraient à assurer le maintien d'une ancienne distinction si elle avait valeur explicative et dogmatique. La distinction du civil et du prétorien ne peut être uniquement le

484

485 Voir la thèse d'Hadrien Chino sur l'autorité de la loi républicaine à époque impériale.

486 Dig. 1.2.2.6 Pomponius *l.S. Enchir. Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus prout vellet institueret certas solemnesque esse voluerunt: et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est legitimae actiones (...)* Il est possible (mais non certain) que la séquence « *id est...* » soit une interpolation, la *legis actio* n'étant qu'un vague souvenir déformé à l'époque de Justinien.487 Dig. 1.2.2.12 Pomponius *l.S. Enchir. Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit, aut sunt legis actiones, quae formam agendi continent(...)*.488 *Inst.* IV,10 et 33.489 *Fragmenta Vaticana* 49. (Paulus *lib. I Manualium*) *Ex certo tempore legari potest; sed an in iure cedi uel an adiudicari possit, uariatur; uideamus, ne non possit, quia nulla legis actio prodita est de futuro.*490 *Tit. ex corp. Ulp.* XI, 24-27. *Moribus tutor datur mulieri pupillove, qui cum tutore suo lege aut legitimo iudicio agere vult, (...) 27. Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus: si lege aut legitimo iudicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, (...)*

produit d'une volonté de nouvelle classification théorique, d'autant que les juristes n'aiment pas la nouveauté purement gratuite et dogmatique⁴⁹¹.

2° On ne voit pas non plus exactement l'intérêt pratique d'un changement de classification. Si les jurisconsultes romains sont assez conservateurs, ils n'auraient pas changé leur système de classification des actions sans une impérieuse raison pratique. Considérons en effet que toute nouvelle division, tout *distinguo* que posent les jurisconsultes classiques doit avoir un intérêt juridique concret et entraîner des conséquences. Classer et répartir les natures a un intérêt pour l'application de régimes distincts. Les *summae diuisiones* exposées par Gaius au début du livre IV comme *actio in rem/actio in personam*, ou comme « action pénale/action réipersécutoire/action mixte », ont de nombreuses répercussions, en matière de préclusion processuelle, de concours d'actions, de transmissibilité passive, d'extinction de l'action.

Aussi faudrait-il au moins montrer l'intérêt pour les jurisconsultes d'un changement de classification, intérêt, avons-nous vu, qui ne concernerait que les actions de bonne foi. Était-ce un changement qui consistait à conserver deux régimes distincts, mais à modifier les critères qui déterminaient leur champ d'application? Ce ne semble pas être le cas: ni la distinction *actio legitima/actio honoraria*, ni la distinction action civile/action prétorienne ne sont une *summa diuisio* aux yeux de Gaius, par exemple: il ne la présente pas comme telle au début du livre IV des *Institutes*. Or on pourrait s'attendre à cette *summa diuisio* si elle avait une véritable importance, emportait des conséquences et avait représenté une transformation radicale dans l'architecture du système formulaire⁴⁹².

Considérons par exemple un des rares cas où la distinction action civile/action prétorienne a explicitement un intérêt à époque classique. Au premier siècle, Cassius⁴⁹³ donne une

⁴⁹¹ Enfin, si l'on adopte la perspective d'un classement purement théorique, la question du statut civil ou prétorien des actions tombe dans l'anachronisme. En effet, si l'ancienne distinction, comme le soutenait Magdelain, est différente de la distinction classique civil/prétorien, alors ce sont les deux termes de la distinction qui ne se correspondent pas: aussi ne peut-on nier, d'un côté, le statut civil des actions de bonne foi en considérant comme purement classique la notion d'action civile, pour requalifier les actions de bonne foi comme prétoriennes: en effet, un changement de distinction suppose un changement dans la teneur des deux termes de la distinction: le sens du terme « prétorien » aurait lui aussi changé: si l'opposition à époque républicaine était restée *legis actio/actio per concepta uerba*, alors de toute manière les actions de bonne foi auraient été « honoraires » dans un autre sens du terme: non pas parce que le contenu de la prétention n'était pas « civil », mais parce que le *modus agendi* et l'expression de la prétention n'était pas le *modus agendi* archaïque. C'est un point de vue effectivement soutenable, consistant à dire que c'est toute la classification des actions qui fut bouleversée au début de l'époque classique, et que l'on ne classa plus de la même façon les actions: cf. A. MAGDELAIN, *De la royauté et du droit*, cit., p.170, qui dans le dernier état de sa théorie, à conclu à une ancienne division fondamentale entre *actiones ex lege* et *iudicia sine lege*.

⁴⁹² Le seul intérêt serait qu'en considérant que certaines formules *in personam* sont *in ius*, on pourrait assurer ipso iure la préclusion processuelle en se passant d'une exception. Mais très précisément, Gaius utilise alors l'opposition formule *in ius*/ formule *in factum*, et non l'opposition action civile/action prétorienne. En outre, comme nous le verrons, il y aurait quelque paradoxe à ce que les formules des actions civiles réelles aient nécessité pour cela des exceptions, alors que les *legis actiones in rem* assuraient ipso iure la préclusion processuelle.

⁴⁹³ Dig. 44.7.35pr. Paulus 1 ad ed. Praet. *In honorariis actionibus sic esse definiendum cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, haec etiam post annum darentur, ceterae intra annum. honorariae autem, quae post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt, ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli mali et interdicto unde vi et similibus. illae autem rei persecutionem*

importance à la nature d'action prétorienne pour connaître la prescription de l'action: au sein des actions prétorienes, il faut déterminer si elle est réipersécutoire ou non-réipersécutoire, en quel cas elle ne peut être donnée, en principe, *post annum*; à l'inverse, les actions civiles, qu'elles soient réipersécutoires ou pénales, ou mixtes, ne connaissent pas pareille prescription et sont perpétuellement disponibles. Il est à noter que, une fois cette règle établie, si les actions de bonne foi avaient été honoraires, il n'existerait pas d'intérêt à les requalifier en actions civiles pour les faire sortir du groupe des actions honoraires, puisqu'elles étaient réipersécutoires et donc pouvaient être de toute façon données « *post annum* ». Ainsi, une requalification des actions de bonne foi en actions non-prétorienes n'aurait produit en ce domaine aucun changement de taille.

Le seul intérêt serait en matière de consommation *ipso iure* de l'action personnelle. Toutefois, il est à noter dès maintenant que ce point paraît difficilement admissible dans la mesure où le critère n'est pas la qualité civile de l'action, mais la rédaction de l'*intentio in ius concepta*, qui peut tout à fait se rencontrer dans une action prétorienne, comme l'action *de peculio*. Gaius présente d'ailleurs la distinction entre *formulae in ius* et *formulae in factum* bien après la division générale des actions. D'ailleurs, les actions *in rem* de la procédure formulaire connaissant la préclusion processuelle *exceptionis ope* à l'inverse de leurs correspondants dans les *legis actiones*. Enfin, comme nous le verrons, nous n'avons pas de preuve que les actions de bonne foi aient connu à un quelconque moment de leur histoire une consommation nécessairement *exceptionis ope* au même titre que des formules *in factum*. Enfin, notons que le droit romain n'étant pas dogmatique, les juristes ne se seraient pas nécessairement sentis contraints de changer la nature de l'action au motif que son régime serait inattendu: il tolèrent tout à fait que l'*actio furti manifesti*, quoique prétorienne, soit pourtant délivrable *post annum*. Ils tolèrent tout autant de qualifier de prétorienne l'*actio de peculio* et de permettre sa consommation *ipso iure*.

Voir la trace d'un changement notionnel dans l'existence de deux termes *actio legitima/actio civilis* nous paraît de toute manière d'autant plus difficile que la concurrence de ces deux termes en jurisprudence ne manifeste en réalité aucune évolution lexicale.

continent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest, ut cum agimus cum bonorum possessore debitoris nostri, item publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur. sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur.

2) L'absence de glissement lexical d'*actio legitima* vers *actio ciuilis*

La distribution de ces deux expressions dans nos textes dément l'idée d'un glissement lexical. La primauté historique de l'expression *actio legitima* ou *ex lege* par rapport à *actio ciuilis/iuris ciuilis* n'est pas du tout attestée dans les textes, et elles semblent s'être très tôt voire depuis toujours concurrencées. L'ancienneté attribuée par Magdelain⁴⁹⁴ à l'expression *actio legitima* est douteuse (1°), tandis que l'emploi d'*actio ciuilis* semble fondé sur des bases anciennes (2°): aussi ces deux expressions sont-elles toujours en concurrence dans la jurisprudence classique (3°)

1° Il est à noter, comme l'a très justement relevé Pugliese⁴⁹⁵, que l'opinion de Servius citée par Ulpien⁴⁹⁶ ne cherche pas nécessairement à hypostasier une catégorie d'actions en employant l'expression *actio legitima*: en contexte, il peut fort bien tout simplement renvoyer à l'action « de la loi Aquilia », et il n'y a donc rien d'étonnant à y faire référence ainsi par raccourci et par souci de ne pas se répéter: l'adjectif a pour ainsi dire valeur anaphorique. Par ailleurs, le texte « *quia et legitima et honoraria actio deficit* » est peut-être un compte-rendu fidèle que fait Ulpien de la pensée de Servius, sans qu'il soit pour autant une citation exacte et complète de tout son raisonnement: il pouvait dans sa réponse avoir évoqué explicitement l'*actio legis Aquiliae*. L'expression *actio honoraria* éveille en effet des doutes: Servius aurait-il osé à cette époque appeler *actio* ce que le préteur lui-même n'appelait qu'un *iudicium* dans sa promesse édictale, et ce qu'on ne considérait pas encore, à strictement parler, comme du *ius*? La proposition causale *quia*, à l'indicatif, mettant parfaitement en parallèle une action prétorienne et une action étrangère à la *iurisdictio* du préteur, peut donc tout à fait être un compte rendu d'Ulpien avec son propre lexique, sans être une citation de Servius⁴⁹⁷.

Ce serait par ailleurs la seule opinion jurisprudentielle qui pourrait hypothétiquement employer l'expression *actio legitima* avant Ariston⁴⁹⁸.

2° Le raisonnement suivi par Magdelain suppose encore que l'expression d'action civile ne se soit quant à elle généralisée qu'au milieu de l'époque classique pour supplanter une ancienne

⁴⁹⁴ *Actions civiles*, p.9.

⁴⁹⁵ S.D.H.I. 20, 1954, p. 373.

⁴⁹⁶ Dig. 9.3.5.12 Ulpianus 23 ad ed.

⁴⁹⁷ De manière générale, l'argument (*Actions civiles*, p.9) consistant à dire qu'Ulpien emploie très souvent l'indicatif dans les subordinées du style indirect pour citer un auteur est une pétition de principe: rien ne nous dit qu'Ulpien, en ce cas, ne condense pas, dans son propre style et en l'assumant, un argument de l'auteur qu'il cite, en utilisant ses termes à lui.

⁴⁹⁸ Nous reviendrons plus loin sur l'expression *iudicium legitimum* employée par Cicéron, et qui désigne tout autre chose.

distinction entre actions légitimes et actions prétorienne. Toutefois, aussi bien l'expression que la notion d'action civile est plus ancienne.

Comme il le remarque lui-même⁴⁹⁹, il existe très vraisemblablement une expression équivalente dans le Sénatusconsulte Trebellien, « *actiones quae heredi iure civili competunt* », comme cela est attesté par la ressemblance entre deux textes de Gaius⁵⁰⁰ et de Paul⁵⁰¹: elle désigne les actions « civiles » que le préteur devra concéder à celui qui a été gratifié d'un fideicommiss d'hérédité, alors que c'est en principe l'héritier *iure civili* qui en est titulaire. Les jurisconsultes soulignent toujours avec insistance que le Sénatusconsulte Trebellien s'applique aussi aux actions honoraires; en réalité, si le sénatusconsulte ne parlait que des actions civiles, c'est que le préteur, dans le cas des actions honoraires, avait moins de difficultés à faire du gratifié le titulaire d'une action qui reposait uniquement sur sa propre juridiction: les actions prétorienne ne se transmettent pas, à proprement parler, à l'héritier, et c'est le préteur qui discrétionnairement imite au cas par cas le droit civil. Cette expression est d'ailleurs proche encore de l'expression « *actio quae ipso iure competit* », employée par Gaius en matière de transmissibilité passive ou active, par opposition à l'expression *actio quae a praetore datur*⁵⁰². Il n'y a pas à prêter à cette expression une quelconque lourdeur, comme le voudrait Magdelain⁵⁰³. Si elle emploie une relative au lieu d'un simple adjectif (*civilis*) ou d'un complément de nom (*iuris civilis*), c'est à dessein, puisqu'elle sert à qualifier l'action selon son titulaire en vertu du *ius civile*, et souligne que c'est en vertu du droit civil que l'action est transmise activement ou passivement à l'héritier, et non en vertu du pouvoir de juridiction du préteur. Bien au contraire, si un sénatusconsulte emploie en 56 cette expression, c'est sans doute qu'il reprend un terme courant de la langue jurisprudentielle, qui avait besoin de séparer deux types d'actions. Une seule posait des difficultés en matière de fidéicommiss, car on discutait le point de savoir si le préteur pouvait *motu proprio* changer le titulaire d'actions qui ne devaient rien à sa « *iurisdictio* »; et c'est le Sénat, fort de son *auctoritas*, qui invita le préteur à remédier aux inconvénients qu'occasionnait un fidéicommiss d'hérédité. Même si l'expression d'*actio civilis* est sans doute moins usitée, parce qu'elle en est le raccourci, une expression équivalente devait donc être fort employée chez les juristes de l'époque julio-claudienne, faisant référence non pas à la *lex*, mais au *ius civile*. Par cette

⁴⁹⁹ *Actions civiles*, p.8.

⁵⁰⁰ *Inst.* II, 253. *Sed posterioribus temporibus Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus senatus consultum factum est, quo cautum est, ut si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, actiones, quae iure civili heredi et in heredem competere, ei et in eum darentur, cui ex fideicommissis restituta esset hereditas (...)*

⁵⁰¹ Dig. 36.1.41pr. Paulus 20 ad ed. *Quamvis senatus de his actionibus transferendis loquatur, quae iure civili heredi et in heredem competunt, tamen honorariae actiones transeunt: nulla enim separatio est: immo et causa naturalium obligationum transit.*

⁵⁰² *Inst.* IV,111.

expression, les prudents se référaient à un sens technique du « *ius ciuile* », qui n'était pas inconnu des juristes républicains, et se référait à la loi, à son *interpretatio* et à ce qui tenait lieu de loi et se retrouvait dans la seule interprétation des anciens prudents; c'est dire qu'ils pouvaient sur le plan des actions et des formules, poser clairement une division *ius ciuile/edicta praetoris*.

Par ailleurs, l'expression d'*actio ciuilis/iuris ciuilis* elle-même est peut-être plus ancienne. En effet, Magdelain⁵⁰⁴ a rejeté toutes les occurrences d'« *actio ciuilis in factum* » ou d'« *actio ciuilis incerti* » hors de son champ d'investigation au motif que ces textes seraient interpolés. Mais pour qui ne doute pas de la classicité de l'*actio praescriptis uerbis*, voire de la *condictio incerti*, le réexamen de ces textes fait apparaître que l'expression est plus ancienne. D'après Papinien⁵⁰⁵, Labéon, le premier, semble avoir employé l'expression de *ciuilis actio in factum data*: l'action civile doit être donnée et adaptée au fait considéré lorsqu'on ne sait pas s'il s'agit d'une *conductio rei* ou d'une *locatio operis faciendi*. L'expression est sans doute moins utilisée que *actio iuris ciuilis*, ou que *actio quae alicui iure ciuili competit*; elle semble néanmoins connue de Labéon, et doit être suffisamment usitée pour que ce dernier construise une expression nouvelle et paradoxale: une action civile adaptée au cas⁵⁰⁶. Le paradoxe qu'est censée représenter cette tournure eu égard à la typicité contractuelle n'aurait eu aucun sens si l'expression *actio ciuilis* n'était pas déjà une expression admise et reconnue. Il est donc probable qu'elle soit plus ancienne que ne le pense Magdelain.

3°En bref, il n'existe qu'un seul texte attribuant PEUT-ETRE à un jurisconsulte d'époque républicaine l'emploi de l'expression « *actio legitima* », dans une subordonnée à l'indicatif. A l'inverse il existe un texte qui attribue SANS DOUTE, sous forme de proposition infinitive, à un juriste du début de l'époque impériale, l'emploi d'*actio ciuilis*, emploi au demeurant un peu paradoxal, ce qui suppose qu'elle soit précisément une expression suffisamment courante, ou qu'il y en ait une équivalente, comme *actio iuris ciuilis*. Par ailleurs, la *summa diuisio* présumée par un texte officiel du milieu du Ier siècle, le sénatusconsulte Trébellien, pour

⁵⁰³ *Loc.cit.*

⁵⁰⁴ *op.cit.*, p.6 n.2.

⁵⁰⁵ Dig. 19.5.1.1 *Papinianus 8 quaest. Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam labeo scribit.*

⁵⁰⁶ Il y a plus: dans ce texte, Labéon propose d'adapter l'action civile au cas considéré parce qu'on ne sait pas s'il s'agit d'une *locatio operis faciendi* ou d'une *conductio rei*. Cela suppose que Labéon considérait déjà à son époque l'*actio locati* et l'*actio conducti* comme des actions civiles. Aussi est-il impossible que, comme le soutenait Magdelain, on ait attendu la fin du Ier siècle ap. JC pour considérer les actions de bonne foi comme des actions civiles. S'il y a eu quelque nouveauté à qualifier une action de bonne foi en action

opposer de manière générale les actions qui sont fondés sur le pouvoir du préteur à celles qui ne doivent rien à sa *iurisdictio*, reposent sur l'opposition *ius ciuile/ iurisdictio praetoris*, et non sur *lex/praetor*.

Toutes les autres occurrences ne datent pas d'avant Ariston: l'on peut donc faire le même constat pour les deux expressions, à savoir qu'*actio legitima* comme *actio ciuilis* apparaissent presque toujours sous la plume de juristes du IIème et IIIème siècle. Aussi la stratification chronologique établie par Magdelain nous paraît-elle d'autant plus douteuse que, vu la place qu'occupe dans le Digeste la jurisprudence médio- et tardo-classique, il est presque nécessaire qu'une expression se trouve systématiquement plus employée sous la plume d'Ulpien que sous celle de Trébatius. Et l'absence d'une expression sous la plume d'un auteur dans le Digeste est loin d'être une preuve fiable pour montrer qu'il ne la connaît pas⁵⁰⁷. Enfin, notons que l'argument qui consiste à dire que l'expression *actio ciuilis* est inconnue des *Institutes* de Gaius et qu'il n'emploie que des équivalents peut se retourner: l'expression *actio legitima* elle-même n'y figure pas *stricto sensu* et reçoit seulement différentes expressions équivalentes. Sans doute les deux expressions sont-elles en réalité toutes deux courantes chez tous les prudents, mais le champ de leur emploi est tout de même différent.

2.1.1.1.2. La qualification d'*actio legitima* refusée à l'ensemble des actions personnelles réipersécutoires (B)

Puisque la préférence pour l'une ou l'autre de ces deux expressions ne peut s'expliquer par la chronologie, il reste à expliquer leur distribution en synchronie. Elles ne sont pas parfaitement synonymes. Il nous semble donc fort probable que, loin de considérer l'opposition du légitime et du prétorien comme la *summa diuisio* face à laquelle l'opposition du civil et du prétorien serait récente et artificielle selon Magdelain⁵⁰⁸, les juristes classiques avaient, concernant les actions personnelles, une tendance naturelle à parler d'*actio legitima/actio honoraria*, plutôt que d'*actio ciuilis/honoraria* dans certains cas. La division

civile, cette nouveauté ne peut donc être postérieure à Labéon. Le problème du statut civil ou prétorien des actions de bonne foi est dès lors uniquement et strictement à reporter à l'époque républicaine.

⁵⁰⁷ L'expression « *iudicium bonae fidei* », par exemple, n'est jamais employée dans les textes, pourtant nombreux, de Gaius, cités au Digeste, alors que les *Institutes* montrent bien qu'il la connaît et l'emploie. C'est dire qu'une étude statistique à partir de textes du Digeste pour dater l'apparition d'une expression est toujours risquée, d'autant plus risquée en ce cas qu'*actio legitima* est une expression beaucoup moins fréquente que *iudicium bonae fidei*, si bien que cette étude contrevient encore davantage à la loi des grands nombres.

actio legitima/actio honoraria n'a jamais été, à notre avis, une *summa diuisio* au même titre que la répartition *actio ciuilis/actio honoraria*.

L'expression *actio legitima* et ses équivalents sont avant tout employés à propos des actions délictuelles ou mixtes(1), et cette préférence lexicale pour une référence à la loi en pareil cas s'explique essentiellement par leur conception particulière du rapport entre le fait générateur et l'action pénale ou mixte considérée: ils s'y réfèrent parce que souvent, le fait générateur est un simple fait commis sans droit(2) qui ne peut expliquer à lui tout seul la sanction du délit, la *poena*(3).

1) Un emploi d'*actio legitima* destiné avant tout à qualifier les actions délictuelles

La distinction *actio legitima/honoraria* n'a pas la portée générale que Magdelain lui prête en jurisprudence⁵⁰⁹: si on considère attentivement ses emplois, elle présente un champ d'application moins large que la distinction *actio ciuilis/ honoraria*. Celle-ci est bien souvent employée pour diviser abstraitement et généralement l'ensemble des actions.

En revanche, l'expression *actio legitima* et ses équivalents faisant explicitement référence à la *lex* apparaissent presque toujours dans un seul domaine: celui des actions délictuelles ou bien des actions à litiscrescence, où l'*infittatio* entraîne une *poena*. Dès qu'on emploie « *actiones legitimae* » ou *ex lege*, pour désigner une catégorie d'actions sans se référer à une seule action précise, l'expression sert presque toujours à désigner un sous-groupe d'actions pénales ou mixtes (1°), hormis quelques exceptions, où l'on ne trouve en tout état de cause jamais d'action personnelle purement réipersécutoire (2°)

1° Si l'on reprend l'essentiel des textes mentionnés par Magdelain, l'emploi du tour *actio legitima/ actio ex lege* se réfère presque toujours à des actions pénales ou mixtes:

-Tout d'abord, le texte d'Ulpian citant Ariston⁵¹⁰ vise trois actions délictuelles, les actions *de pauperie*, *de pastu pecoris*, et l'*actio damni iniuria*, dans une situation qui est nécessairement

⁵⁰⁸ *op.cit.*, p.9-11

⁵⁰⁹ *Actions civiles*, .*cit.*, p.11 et *passim*.

⁵¹⁰ Dig. 19.5.14.3 *Ulpianus 41 ad sab. Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat eamque ego immisso pecore depascam: aristo scribit non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim: nam neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris (quia non in tuo pascitur) neque de pauperie neque de damni iniuriae agi posse: in factum itaque erit agendum.*

délictuelle, alors même qu'il semble aux dires de Pomponius⁵¹¹ employer la tournure *actio iuris ciuilis*, pour parler des actions en général qui ne doivent rien à la *iurisdictio praetoris*: ce contraste est d'autant plus marqué que les deux problèmes évoquées dans ces textes sont analogues, à savoir un doute sur l'existence d'une action adéquate au fait considéré, mais il emploie *actio legitima* lorsque la solution est nécessairement à rechercher dans les actions délictuelles, et *actio iuris ciuilis* lorsqu'il cherche une solution dans l'ensemble des actions, délictuelles ou répersécutoires.

-La citation supposée de Servius⁵¹², de même, oppose deux actions qui naissent *ex delicto*, l'*actio damni* de la *lex Aquilia* par opposition à l'action délictuelle promise par l'édit *ne quis in suggrunda*.

-Un texte de Paul dans la *Collatio* utilise à son tour l'opposition à propos de l'*actio iniuriarum*: « *aut legitima aut honoraria* »⁵¹³.

-Maecianus⁵¹⁴ oppose explicitement de façon générale les *actiones legitimae* aux *actiones honorariae* uniquement en se référant aux *actiones poenales* dont dispose l'héritier, affirmant qu'elles font en principe partie de l'assiette à laquelle s'applique la réserve de la loi Falcidia, dans la mesure où elles sont transmissibles activement.

-Tout aussi significativement, lorsqu'il présente la façon dont le préteur supplée au nombre restreint des *actiones quae legibus proditae sunt*⁵¹⁵, Pomponius illustre sa pensée à propos des insuffisances de la *lex Aquilia*. Un autre texte de lui⁵¹⁶, tiré de son commentaire à Sabinus oppose ainsi les actions en se référant à la *lex (modus actionum uel lege uel per praetorem introductus)*: il prend des allures de principe général dans la compilation, mais il concerne en réalité plus modestement l'*actio rerum amotarum* d'après la reconstitution palingénétique⁵¹⁷ et développe l'impossibilité d'éteindre préventivement les actions pour ne pas corrompre l'ordre public, qu'elles descendent de la *lex* ou du *préteur*, ce qui constitue un problème généralement

⁵¹¹ Dig. 19.5.16.1 Pomponius 22 *ad sab. Permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem: sevi nec pateris me fructus tollere. nullam iuris civilis actionem esse aristo ait: an in factum dari debeat, deliberari posse: sed erit de dolo.*

⁵¹² Dig. 9.3.5.12 Ulpianus 23 *ad ed.Dig.*

⁵¹³ Coll.2.5.5 *Iniuriarum actio aut legitima est aut honoraria. Legitima ex lege duodecim tabularum qui iniuriam alteri facit, quinque et viginti sestertiorum poenam subito. Quae lex generalis fuit: fuerunt et speciales, velut manu fustive si os fregit libero, CCC, si servo, CL poenam subito sestertiorum.*

⁵¹⁴ Dig. 35.2.32pr. *Maec. 9 fideic. Poenales actiones sive legitimae sive honorariae exceptis popularibus in bonis actoris non ideo minus computandae sunt, quia morte reorum intercidere possunt. e contrario autem eadem actiones nihil bonis rei defuncto eo detrahunt. sed ne in actoris quidem bonis defuncto eo iniuriarum actio poterit computari, quia et ipsa simul cum eo intercidit, ut usus fructus et id quod in dies menses annosve singulos alicui quoad vivat debeatur.*

⁵¹⁵ Dig. 19.5.11 Pomponius 39 *ad q. muc. Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex iusta ac necessaria sit, supplet praetor in eo quod legi deest: quod facit in lege aquilia reddendo actiones in factum accommodatas legi aquiliae, idque utilitas eius legis exigit.*

⁵¹⁶ Dig. 50.17.27 Pomponius 16 *ad sab. Nec ex praetorio nec ex sollemnium iure privatorum conventionem quicquam immutandum est, quamvis obligationum causae pactione possint immutari et ipso iure et per pacti conventi exceptionem: quia actionum modus vel lege vel per praetorem introductus privatorum pactionibus non infirmatur, nisi tunc, cum inchoatur actio, inter eos convenit.*

⁵¹⁷ *Paling. II*, p.123.

traité à propos des délits: on ne peut, avant que les conditions de l'action soient réunies, pactiser pour les éteindre, puisque cela corromprait la *publica coercitio*, et inciterait à commettre un délit en toute impunité selon Paul ⁵¹⁸. Cette règle prend tout son sens en matière délictuelle⁵¹⁹, et significativement, l'*actio rerum amotarum* naît du même délit que l'*actio furti*, dont elle est le succédané réipersécutoire et prétorien⁵²⁰. C'est dire que Pomponius songe avant tout aux délits lorsqu'il développe cette opposition *lege/per praetorem introductus*.

-Quant à Gaius, il manifeste la même tendance lexicale, même s'il n'emploie jamais l'expression même *actio legitima*. Il utilise dès le livre III l'opposition *ex legibus/ex edicto praetoris*, mais uniquement en matière de délits⁵²¹; jamais au contraire il ne fait référence à une opposition *lex/édit* du préteur lorsqu'il parle des modes d'engagement volontaires. Au livre IV, son allusion à la nécessité d'une fiction de citoyenneté pour des actions *legibus constitutae*⁵²² est précisément illustrée par l'*actio furti* et par l'action de la *lex Aquilia*. De même, il oppose la *lex* à l'édit du préteur pour diviser selon leur fondement les actions noxales⁵²³. Lorsqu'il développe encore l'idée purement procédurale de *iudicium legitimum*, pour souligner qu'elle ne coïncide nullement avec celle de *iudicium ex lege*, il cite pour illustrer cette catégorie, trois actions (de la loi Furia, de la loi Ollinia, de la loi Aquilia)⁵²⁴, et les seules de cette liste dont nous connaissons le contenu (Lex Furia et lex Aquilia⁵²⁵) ont

⁵¹⁸ cf. encore Dig. 23.4.5 Paulus 7 ad sab. *Illud convenire non potest, ne de moribus agatur vel plus vel minus exigatur, ne publica coercitio privata pactione tollatur. Ac ne illa quidem pacta servanda sunt, ne ob res donatas vel amotas ageretur, quia altero pacto ad furandum mulieres invitatur, altero ius civile impugatur.*

⁵¹⁹ En effet, cette phrase ne peut se vérifier qu'en matière délictuelle, et Pomponius lui-même sait parfaitement qu'on peut au contraire modifier préventivement l'*actionum modus* dans les contrats, en limitant le standard de responsabilité, ou le montant de la réclamation: c'est d'ailleurs ce qu'il rappelle lui-même dans le texte précité (50.17.27), qui semble, dans la subordonnée concessive (*quam uis...obligationum causae possint immutari*), prendre *obligatio* dans le sens ancien qu'il avait en tant que nom d'action: un mode d'engagement volontaire *ultra citroque*.

⁵²⁰ cf. Dig. 25.2.1 Paulus 7 ad sab. *Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam quae uxor fuit, quia non placuit cum ea furti agere posse(...)*

⁵²¹ Voir Inst., III, §§ 189-192 (*furtum*); §§ 223-224 (*iniuria*); §219 (*damnum iniuria*: opposition *actio ex lege/actio utilis* qui est « donnée », s-e par le préteur)

⁵²² Institutes IV,37

⁵²³ Inst. III,76. *Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris: legibus, uelut furti lege XII tabularum, damni iniuriae lege Aquilia; edicto praetoris, uelut iniuriarum et ui bonorum raptorum.*

⁵²⁴ Inst. IV,109. *Ceterum potest ex lege quidem esse iudicium, sed legitimum non esse; et contra ex lege non esse, sed legitimum esse. nam si uerbi gratia ex lege Aquilia uel Ollinia uel Furia in prouinciis agatur, imperio continebitur iudicium; idemque iuris est, et si Romae apud recuperatores agamus uel apud unum iudicem interueniente peregrini persona; et ex diuerso si ex ea causa, ex qua nobis edicto praetoris datur actio, Romae sub uno iudice inter omnes ciues Romanos accipiatur iudicium, legitimum est.*

⁵²⁵ On ne sait absolument rien de cette *lex Ollinia*, aussi ne permet-elle ni d'infirmer ni de confirmer notre propos. Nous soumettons au lecteur une hypothèse cependant, concernant sa teneur, s'il adhère à notre démonstration. En effet, si une qualification de l'action en référence explicite à la *lex* (*legitimus/ex lege*) ne s'observe presque jamais en dehors des actions pénales ou mixtes; si par ailleurs, tout comme pour la *lex Furia*, *testamentaria* ou *de sponsu*, il y a de fortes chances que la *lex Aquilia* ait instauré une *manus iniectio* (pour provoquer une litiscrescence en cas d'*infinitatio*); alors la troisième loi mentionnée ici, la *lex Ollinia*, fait sans doute partie de ces lois qu'évoque Gaius sans les citer toutes(IV, 22-24: *complures ex multis causis*), instaurant une *manus iniectio*. Et dans la mesure où il existe des actions civiles à litiscrescence dont nous ne connaissons pas le fondement légal exact, il est à parier que l'une d'entre elles soit fondée sur la *lex Ollinia*.

justement une teneur délictuelle⁵²⁶. Le même paragraphe dans le « Gaius d'Autun »⁵²⁷, attirant lui aussi l'attention sur la différence notionnelle entre les deux distinctions, *actio legitima/praetoria* et *iudicium legitimum/imperio continens*, oppose de la même manière deux actions délictuelles, l'*actio legis Aquiliae* et l'*actio ui bonorum raptorum*.

-Il est à noter *a contrario*, face à toutes ces occurrences, que, lorsque l'on se réfère spécifiquement à la catégorie des actions pénales ou mixtes, l'emploi de *ciuilis* plutôt que de *legitimus* ou *ex lege* pour qualifier ces actions se fait beaucoup plus rare, et nous n'avons trouvé que trois textes dans le Digeste⁵²⁸.

2° Seuls trois textes jurisprudentiels présentent une division *actio legitima/actio honoraria* appliquée à la procédure formulaire hors des actions pénales et des actions à litiscrescence, sans qu'aucun d'entre eux ne concerne jamais une action visant un *dari (feri) oportere*.

-L'un, de Pomponius⁵²⁹, concerne l'*actio aquae pluviae arcendae*, contre l'usufruitier du fonds voisin. Cependant, même si elle ne vise pas une *poena*, il est à noter que l'*actio aquae pluviae arcendae* semble avoir une nature malgré tout délictuelle, puisqu'elle est délivrable *noxaliter*⁵³⁰: elle ne démentirait donc aucunement cette tendance jurisprudentielle à réserver l'expression *actio legitima* aux actions à coloration délictuelle. En outre, elle est précisément employée au singulier et ne désigne pas une catégorie générale d'actions: et rien de plus naturel que de dire d'une action prévue et réglementée par la Loi des Douze Tables qu'elle est *legitima*: d'ailleurs, en la qualifiant de *legitima*, Pomponius veut non pas souligner qu'elle

⁵²⁶ L'*actio legis furiae* considérée par Gaius vise très vraisemblablement une *poena*: s'il s'agit de la loi *furia testamentaria*, elle instaure d'après les *Tituli ex corpore Ulpiani* la peine du quadruple; la *lex furia de sponsu* qui concédait elle aussi une *manus iniectio pro iudicato* (Inst. IV,23-24), prévoyait au moins une *poena* par *litiscrescence* sur le modèle de la *manus iniectio iudicati*. En tous les cas, quelle que soit l'action visée par Gaius, elles concernaient toutes deux des faits qualifiables de délictuels, autrement on ne comprendrait pas le choix législatif de la *manus iniectio*.

⁵²⁷ IV,102-104. 102. *Alioquin potest legitima esse actio et tamen imperiale esse iudicium ; potest etiam praetoria esse actio et tamen legitimum esse iudicium*. 103. *Putat ex lege Aquilia actio legitima est, iudicium si non intra primum urbis Romae miliarium agatur, non erit legitimum iudicium ; si non inter omnes cives Romanos agatur, sed inter peregrinos, imperiale est iudicium ; si non unus detur iudex, sed et plures, non erit legitimum, sed imperiale*. 104. *Et e contrario vi bonorum raptorum actio praetoria est ; sed si apud unum iudicem civem Romanum et in urbe vel intra primum urbis Romae miliarium Romanus civis agat contra cives Romanos litigatores, erit legitimum iudicium*.

⁵²⁸ Ainsi, Ulpien divise une fois l'ensemble des actions pénales entre civiles et prétoriennes plutôt qu'entre légitimes et prétoriennes, pour parler de l'abandon noxal (Dig. 47.1.1.2, 41 *ad Sab.*); et par ailleurs il emploie le tour *iure ciuili* pour qualifier un *agere cum fure* (Dig. 47.5.1.3., 38 *ad ed.*): toutefois il peut avoir en vue l'ensemble des actions civiles dirigées contre le voleur, comme la *condictio furtiva*, qui n'est pas *poenalis*, ou la revendication, et à ce compte un seul texte utiliserait *actio ciuilis* pour se référer uniquement à des actions pénales. Les autres textes employant *actio ciuilis* ne visent jamais exclusivement les actions délictuelles, même s'ils en donnent l'apparence: le texte de Julien par exemple, en Dig. 9.4.39, tiré du livre 9 de ses *Digesta*, vise par l'expression *actio iuris ciuilis* ainsi l'*actio ad exhibendum*, et non l'*actio furti* à délivrer *noxaliter*.

⁵²⁹ Dig. 39.3.22.2 Pomponius 10 *ex var. Lect.* *Sed et si fructuarius opus fecerit, per quod aqua pluvia alicui noceat, erit quidem actio legitima cum domino proprietatis: an vero etiam utilis in fructuarium actio aquae pluviae arcendae danda sit, quaesitum est: et magis est ut detur.*

⁵³⁰ Dig. 39.3.6.7 Ulpianus 53 *ad ed.* *Celsus scribit, si quid ipse feci, quo tibi aqua pluvia noceat, mea impensa tollere me cogendum, si quid alius qui ad me non pertinet, sufficere, ut patiar te tollere. sed si servus meus fecerit, aut is cui heres sum hoc fecit, servum quidem noxae dedere debeo: quod autem is cui heres sum fecit, perinde est, atque si ipse fecissem.* L'abandon noxal n'est pas une solution originale d'Ulpien: c'est simplement une précision *a contrario* faite par Ulpien de la pensée de Celse, qui concernait le cas complexe *alius qui ad me non pertinet*.

descend de la *lex*, mais que c'est le texte de la loi des Douze tables qui fait du propriétaire le seul défendeur dans cette action, et la refuse implicitement contre l'usufruitier contre lequel il faudra donner une action utile.

-Un autre texte, de Paul, qualifie ainsi les actions confessoires et négatoires de servitudes⁵³¹. Le champ des actions réelles semble donc être lui encore, parfois, divisé selon l'opposition *legitimum/praetorium*.

-Un texte de Gaius⁵³² semble utiliser l'expression *ex lege descendere* sans viser spécifiquement les actions pénales, à propos de la prescription de l'action. Toutefois, il ne paraît pas avoir en vue les actions personnelles purement répersécutoires, dans la mesure où ces actions sont de toute manière et en principe délivrées *perpetuo* par le préteur⁵³³. La distinction entre le prétorien et le non-prétorien n'a aucun rôle en ce cas. Par ailleurs, ce texte ne représenterait nullement une division essentielle et originelle des actions selon leur légitimité à époque républicaine, dans la mesure où il place dans la même catégorie les actions *ex lege* et celles *ex senatusconsulto*, qui peuvent établir aussi des actions prétoriennes.

Mais a contrario, les actions personnelles purement répersécutoires au simple, visant un *dare* ou un *dare facere* ne sont de toute manière jamais dites *legitimae* ou *ex lege*. Jamais une action *ex stipulatu* ou *ex testamento* n'est qualifiée de *legitima*. De même l'action personnelle *ad exhibendum* n'est jamais elle non plus qualifiée de *legitima*, mais toujours de *ciuilis*. Très significativement, l'action la plus courante et la plus banalisée du droit romain, la *condictio certi* formulaire, qui est l'action répersécutoire par excellence, n'est nulle part appelée « *actio legitima* », ou *ex lege*⁵³⁴ alors même que deux *leges rogatae*, la *lex Silia* et la *lex Calpurnia*, avaient instauré un *modus agendi* oral, et donc deux *legis actiones* pour la réclamation d'une *certa credita pecunia/res*. De manière générale, jamais une action qui vise un simple *dare oportere* ou un *dare facere oportere* n'est qualifiée d'*actio legitima*, ou reportée expressément à la *lex*.

⁵³¹ Dig. 39.1.19 *Paulus libro quaest. Sciendum est denegata exsecutione operis novi nihilo minus integras legitimas actiones manere, sicut in his quoque causis manent, in quibus ab initio operis novi denuntiationem praetor denegat.* Il parle très vraisemblablement, au vu de 39.1.14 et de 43.21.3.8, des actions confessoires et négatoires

⁵³² IV,110: *Quo loco admonendi sumus eas quidem actiones, quae ex lege senatusue consultis proficiscuntur, perpetuo solere praetorem accommodare, eas uero, quae ex propria ipsius iurisdictione pendent, plerumque intra annum dare.*

⁵³³ Ce texte est d'ailleurs sans doute une réponse ou un commentaire implicite à la présentation que fait Cassius du problème de l'extinction de l'action et qui nous est livrée par Paul en Dig. 44.7.35pr. (1 ad ed.). C'est, nous semble-t-il, à ces opinions de Cassius que Gaius, en bon sabinien, se réfère implicitement en IV.110 et IV.111. D'ailleurs, il reconnaît implicitement que la règle qu'il vise concerne au premier chef les actions pénales, puisque la concessive à la fin du §110 à propos de l'action prétorienne *furti manifesti* n'a de sens qu'envisagée au sein des actions pénales: Gaius sait très bien que les actions personnelles répersécutoires prétoriennes sont en principe perpétuelles comme les actions civiles.

⁵³⁴ Bien entendu, la *condictio ex lege* impériale en Dig. 13.2 désigne tout autre chose: l'obligation de *dare* peut naître de différentes causes (*ex iniusta causa, ex causa furtiua, ex lege, etc.*)

Ainsi la distribution de *ciuilis* et de *legitimus* est-elle la suivante pour qualifier les actions qui ne relèvent pas de la *propria praetoris iurisdictio* :

-les actions pénales sont presque toujours qualifiées de *legitimae/ex lege* plutôt que de *ciuiles*.

-les actions *in rem* sont presque toujours qualifiées de *ciuiles*⁵³⁵, une seule fois de *legitimae*.

-les actions personnelles répersécutoires sont toujours qualifiées de *ciuiles* et jamais qualifiées de *legitimae*, et ce qu'elles soient « de droit strict » ou « de bonne foi ».

-le terme générique qui se réfère indifféremment aux actions non-honoraires est *ciuilis/iuris ciuilis*, et jamais *legitimus/ex lege*: c'est significativement celui qui est utilisé dans le sénatusconsulte Trébellien pour viser l'ensemble des actions transmissibles, activement ou passivement, à l'héritier.

Et il nous semble que ces tendances d'ordre lexical s'expliquent facilement si l'on considère la cause, et plus encore si l'on considère l'objet de la prétention.

2) La référence à la loi préférée en regard du fait générateur

Cette préférence lexicale s'explique facilement par la situation qui génère l'action: ce qui apparaît comme un pur fait commis *iniuria*, sans droit, ne peut à soi tout seul, engendrer du *ius*, à l'inverse d'actes juridiques comme une stipulation qui paraît d'elle-même produire du *ius*: l'action qui en naît trouvera sa cause formelle, non dans le fait délictueux, mais dans la norme générale qui la garantit (1°), et la distribution des deux adjectifs, *ciuilis/legitima* est à ce titre à comparer à sa distribution en matière successorale(2°).

1° En effet, un délit n'est pas un acte juridique comme une mancipation, un testament, une stipulation, producteurs de *ius*, qualifiables même de source, parce qu'elles produisent une situation juridique, et auxquels on peut reporter formellement la naissance de l'action. C'est un fait, qui n'était sans doute pas aux yeux des Romains la cause déterminante créant du *ius*, parce que les anciens considéraient qu'un fait, commis *iniuria*, ne produisait pas de lui-même une situation juridique et une action au même titre qu'un acte juridique. Concrètement il n'ouvrait pas droit à une prétention par lui-même, et ils considéraient que ce qui créait de

⁵³⁵ Dig. 5.5.1 Ulpianus 15 *ad ed.*; Dig. 6.2.1.1 Ulpianus 16 *ad ed.*; Dig. 8.5.6.1 Ulpianus 17 *ad ed.*; Dig. 5.5.2 Gaius 6 *ad ed. Provinc.*; Dig. 5.6.2 Paulus 20 *ad ed.*

manière déterminante l'action, c'était soit la *lex*, soit à défaut l'édit du préteur, d'où la nécessité plus forte de rappeler que l'action naît spécifiquement *ex lege*. Voilà pourquoi Gaius peut dire de l'*actio damni* « *Damni iniuriae actio constituitur per legem Aquiliam* »⁵³⁶. En employant le présent passif à trois reprises⁵³⁷, et non le parfait, et en se référant au texte de la loi comme à un complément de moyen, il souligne que ce n'est pas seulement d'un point de vue historique qu'on peut reporter la naissance des différentes *actiones damni* à la loi Aquilia: c'est, synchroniquement, toute action effectivement intentée qui se constitue (*constituitur*) par l'effet de la *lex Aquilia* et y trouve sa cause déterminante⁵³⁸ aux yeux des prudents.

A l'inverse, dans le cas d'une action contractuelle née d'une stipulation, la cause efficiente de l'action sera selon eux la stipulation, quand bien même la stipulation et l'action qui la sanctionne tirent en dernière instance leur validité de la loi. La stipulation, ou le testament, sont des actes qui produisent par eux-même une situation juridique, et significativement les rhéteurs d'époque républicaine peuvent les classer dans les sources du droit parallèlement aux normes générales que sont les lois, les sénatusconsultes, les traités⁵³⁹. Sans doute ne raisonne-t-on pas ainsi aujourd'hui mais leur conception, à l'origine, plutôt élastique, des sources du droit provient de leur conception différente du *ius*: le *ius*, ce n'est pas un complexe de normes juridiques, c'est tout ce qui produit un effet sanctionné par le droit. Il suffira donc de dire abstraitement que la cause génératrice de l'action est reconnue et régie entièrement par le *ius civile*, ou que l'action *iure civili competit*.

Aussi ont-ils considéré que la cause productrice d'une action pénale ou mixte, c'est foncièrement la loi et non le fait dommageable, car ce qui est fait *iniuria* ne peut être considéré en lui-même et à soi tout seul comme producteur d'un *ius*; s'ils aperçoivent en revanche un acte juridique, un *negotium* reconnu par le *ius civile*, ils reporteront l'action à cet acte, et emploieront nécessairement le terme *civilis* ou *iure civili*, d'autant que souvent ces *negotia* doivent bien moins à la loi qu'à la jurisprudence comme *proprium ius civile*. Cette dernière en revanche ne constitue pas de nouveaux délits: la constitution d'un délit auquel on attache une sanction relève uniquement de la loi ou du préteur, alors que les *negotia* peuvent être reconnus par le *ius civile*. Jamais l'on ne nous parle d'une *sponsio* ou d'une *stipulatio legitima*, ou valable *iure legitimo*, même le *testamentum* est dit *iure factum*, non *legitimum*. A

⁵³⁶ *Inst.*, III, 210

⁵³⁷ *Inst.*, III, 210., 215 (*hoc capite actio constituitur*) 217 (*actio hoc capite legis constituitur*)

⁵³⁸ Sans doute la jurisprudence post-classique peut-elle dire que l'action délictuelle naît *ex facto*, par opposition à une action qui naît *ex contractu*, et par opposition encore à une action qui naît *in factum*. Cette vision est toutefois celle des *tituli ex corpore Ulpiani*. En revanche elle est intéressante en ce qu'elle est *tripartite*: elle distingue les actions *ex facto/ex contractu/in factum*. Puisque les actions *in factum* sont le produit par excellence de la *iurisdictio praetoris*, c'est dire a contrario qu'elle considère au sein des actions civiles deux types d'actions qui ne naissent pas selon le même processus.

l'inverse, un délit n'est presque jamais qualifié de *ciuilis*, jamais il n'est dit *iure ciuili constitutum*.

Ainsi, la jurisprudence peut dire *agere ex lege Aquilia* exactement comme on dit *agere ex stipulatu* ou *ex testamento*. En revanche, elle dit *agere damni* ou *agere furti* et non *agere ex damno* ou *ex furto* comme on dit *agere ex sponsione* ou *ex testamento*⁵⁴⁰. Cela seul suffirait à expliquer pourquoi dans un cas, une action qui ne doit idéalement rien au prêteur est qualifiable d'*actio legitima*, et pourquoi dans l'autre cas on emploie l'expression commune *actio iuris ciuilis*.

2° Cette distribution de *ciuilis/ iuris ciuilis*, (terme générique, et utilisé nécessairement en présence d'un acte producteur de *ius*) et de *legitimus* (terme spécifique, et utilisé uniquement en l'absence d'un acte juridique producteur de *ius*) à propos des actions est à comparer avec sa distribution en matière de successions: ils opposent celles qui procèdent de la loi, parce qu'il n'y a pas de testament, à celles qui procèdent du testament⁵⁴¹, même s'ils savent très bien que la validité juridique des testaments repose elle aussi sur une norme législative et donc sur le *ius legitimum*⁵⁴². Ainsi, au livre II des *Institutes* de Gaius, significativement, l'héritier *ab intestat* est toujours supposé l'être *iure legitimo*⁵⁴³, tandis que l'héritier institué par testament est toujours qualifié d'héritier *iure ciuili*; on notera tout particulièrement ces parallélismes au livre III, entre les paragraphes 36 et 37⁵⁴⁴, à propos de la *bonorum possessio sine re*. Le

⁵³⁹ Cicéron, *Part. Or.* §130.

⁵⁴⁰ Il est à noter que l'expression *agere ex testamento* ne s'emploie qu'à propos de l'action personnelle du légataire. jamais à propos de la pétition d'hérédité, qui est une action réelle.

⁵⁴¹ cf. par exemple Dig. 17.2.3.2 Paulus 32 *ad ed. De illo quaeritur, si ita sit coita societas, ut, si qua iusta hereditas alterutri obvenerit, communis sit, quae sit iusta hereditas, utrum quae iure legitimo obvenit an etiam ea quae testamento? et probabilius est ad legitimam hereditatem tantum hoc pertinere.*

⁵⁴² Ainsi, le nombre des témoins dans le testament *per aes et libram* est appelé par Gaius *numerus legitimus*, par exemple. En IV,34, il rapporte de même le fait général de succéder pour les héritiers au *ius legitimum* par opposition au *ius praetorium*, qui fonde la succession des *bonorum possessores*. Toutefois, dans ce texte, il a peut-être en tête la « succession prétorienne » *ab intestat*: en effet, ce que Gaius présente au livre III, § 25-32 comme les correctifs prétoriens par excellence, ce sont les tempéraments prétoriens aux règles de la succession *ab intestat*, et c'est uniquement cette catégorie de *bonorum possessores* qui ne peuvent prétendre à la succession *ab intestat* qu'il englobe sous le syntagme *eos omnes qui legitimo iure deficiuntur* (les émancipés, les enfants naturalisés romains en même temps que leurs parents qui n'ont pas de plein droit sur eux la *potestas*, les cognats, etc.).

⁵⁴³ II,35. *Nam si is, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas(...)*; II,36: *(...) quae proxime diximus de eo, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas(...)*; II,119 *(...) et si nemo sit, ad quem ab intestato iure legitimo pertineat hereditas(...)*; II,149 *(...) nec ullum ius aduersus eos habent cognati, qui legitimo iure deficiuntur(...)*; II,149a. *Aliquando tamen, sicut supra quoque notauimus, etiam legitimis quoque heredibus potiores scripti habentur (...)*; II 167. *At is, qui sine cretione heres institutus sit aut qui ab intestato legitimo iure ad hereditatem uocatur (...)*; Les sentences de Paul par exemple (IV,8,24) confirment cette tendance, opposant l'*heres scriptus* à l'*heres legitimus*. On notera d'ailleurs un emploi encore plus spécifique de *heres legitimus* dans les *Sententiae Pauli* (IV,8,21-22), qui désigne ainsi, au sein des héritiers *ab intestat*, ceux qui ne sont pas des *heredes sui*, c'est-à-dire les *agnati* et (théoriquement) les *gentiles*.

⁵⁴⁴ *Inst.* III,36-37: 36. *Nam si uerbi gratia iure facto testamento heres institutus creuerit hereditatem, sed bonorum possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit, contentus eo, quod iure ciuili heres sit, (...)/ 37. Idem iuris est, si intestato aliquo mortuo suus heres noluerit petere bonorum possessionem, contentus legitimo iure (...).*

paragraphe 149 du livre II⁵⁴⁵ est encore plus éclairant sur les choix lexicaux entre *ciuilis* et *legitimus*: l'héritier ab intestat l'est *iure legitimo*, l'héritier institué par testament l'est *iure ciuili*, et enfin le terme *ius ciuile* s'applique de façon générique à l'ensemble des héritiers au sens propre, *scripti* ou *ab intestat*, par opposition aux *bonorum possessores*.

Une pareille opposition lexicale, entre *legitimus* terme spécifique, et *iuris ciuilis* terme générique, se retrouve d'ailleurs en matière de tutelle: les tuteurs qui ne sont ni donnés par testament ni choisis par le préteur, sont supposés l'être par le seul effet de la loi⁵⁴⁶ et s'appellent donc spécifiquement des tuteurs légitimes⁵⁴⁷, mais la qualité de tuteur en général, qu'elle procède du testament, du choix du préteur, ou directement de la loi, est reportée, par exemple par Servius, de façon générique au *ius ciuile*⁵⁴⁸.

Et nous pensons qu'il en va de même en matière d'actions. L'absence d'acte juridique producteur de *ius* les incite à désigner la loi comme la source d'une action à coloration délictuelle, tandis que la qualification *ius ciuile* est plus générique, et sera la seule à être utilisée en présence d'un acte juridique auquel reporter l'action.

Cela peut encore expliquer pourquoi les actions réelles sont elles aussi reportées spécifiquement, quoique beaucoup plus rarement, à la *lex*: un droit réel, même constitué par un acte juridique, est opposable *erga omnes* et ne peut pour ce faire se réclamer simplement de l'acte juridique qui lui a donné naissance entre deux personnes ou émanant d'un particulier: il prend sa source dans une norme plus prestigieuse, la *lex*; lorsqu'il s'agit de droits réels complexes, comme les servitudes, qui souvent engagent d'autres personnes que celles qui les auront constituées, le rappel de la loi comme fondement de l'action paraît là encore nécessaire.

⁵⁴⁵ III, 149. *Nam si quis heres iure ciuili institutus sit uel ex primo uel ex posteriore testamento uel ab intestato iure legitimo heres sit, is potest ab iis hereditatem auocare; si uero nemo sit alius iure ciuili heres, ipsi retinere hereditatem possunt, nec ullum ius aduersus eos habent cognati, qui legitimo iure deficiuntur.*

⁵⁴⁶ I, 155. *Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII tabularum agnati sunt tutores, qui uocantur legitimi.(...); II,122. *Loquimur autem de his scilicet feminis, quae non in legitima parentum aut patronorum tutela sunt(...)**

⁵⁴⁷ Et ce, peu importe qu'il s'agisse d'une interprétation constructive des effets de la loi, comme en matière de tutelle patronale: les patrons sont les tuteurs légitimes de leurs affranchis du fait de l'interprétation de la loi qui en fait des héritiers légitimes de leur clients, et par analogie avec le statut légal des *agnati*, qui sont à la fois héritiers et tuteurs légitimes c'est-à-dire en cas de succession ab intestat (cf. *Inst*, I, 165). Peu importent encore les mécanismes juridiques utilisés à dessein pour aboutir à cette situation légale de tutelle: par voie de conséquence, ceux qui ont émancipé des personnes libres sont eux aussi des tuteurs dits légitimes (I,166), parce que les mécanismes de *coemptio* ou de *mancipatio-manussio* ont pour seule fin de placer quelqu'un dans la situation d'un affranchi, afin que, par l'effet de la règle précédente, soit constituée une tutelle, dite légitime parce qu'elle ne doit rien au testament. Ils sont donc dits légitimes non pas parce que l'acte libral qui conduit à en faire des tuteurs est légitime, mais parce que cet acte avait pour vocation de les placer dans une situation légale de patrons, qui se voyaient par le seul effet de la loi attribuer la tutelle sur les affranchis par analogie avec leur vocation successorale « légitime ».

⁵⁴⁸ Dig. 26.1.1pr. *Paulus 38 ad ed. Tutela est, ut servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permessa.* Voir encore par exemple Dig. 27.3.1.19 *Ulpianus 36 ad ed. Rationibus distrahendis actione non solum hi tenentur tutores, qui legitimi fuerunt, sed omnes, qui iure tutores sunt et gerunt tutelam.*

On peut ainsi comprendre pourquoi Théophile, après avoir cité différentes actions civiles⁵⁴⁹, peut dire d'elles *ex legitimis et civilibus causis descendunt*. Non pas que les causes civiles qui ne seraient pas légitimes seraient d'une nature foncièrement différente et connaîtraient une véritable déficience législative, englobant ainsi un groupe d'actions qui auraient été initialement prétoriennes; simplement, une action comme l'action de la *lex Aquilia* est dite avoir une cause légitime, tandis qu'une action qui naît d'un *mutuum* ou d'une stipulation, sera dite naître d'une cause reconnue par le *ius civile*, et non uniquement de la loi qui n'a jamais constitué explicitement le *mutuum* comme une cause de l'action.

Cette préférence lexicale très forte pour *legitimus* s'explique encore plus aisément si l'on considère l'objet de la prétention dans une action pénale.

3) La référence à la loi préférée en raison de la sanction: la *poena*.

Cette tendance à qualifier les actions pénales non-prétoriennes de « légitimes », plutôt que de civiles, s'explique encore et avant tout par l'objet de ces actions et la nature de la prétention: quand bien même la cause de l'action est liée à un acte juridique (mancipation, testament, *sponsio*), elles visent, en tout ou en partie, une *poena* qui est déterminée directement par la *lex* ou le préteur, et il serait absurde de dire que le fait délictuel ou l'acte juridique (mancipation ou testament), en lui-même et abstraitement considérés détermine la *poena* qui est souvent, soit forfaitaire, soit un *multiple* de la valeur du dommage(1°), et qui de surcroît entre en concours cumulatif avec la prétention à la *res ipsa*(2°).

1° Ces multiplications ou ces amendes forfaitaires trouvent leur cause efficiente dans la norme générale qui pose l'action, non dans le fait délictuel considéré en lui-même ou dans l'acte juridique; les multiplications diverses dans les *actiones furti* sont nécessairement ressenties comme arbitraires par rapport au délit considéré en lui-même: le délit en lui-même pourrait certes fonder le principe d'une réparation, mais il ne saurait déterminer matériellement le montant ou le contenu de la *poena*. De même, l'*infinitatio* ne donne pas en elle-même la raison d'une multiplication par deux, et la litiscrescence est à reporter à la norme générale qui détermine la multiplication. Par opposition, la réclamation de la *res ipsa* en vertu

⁵⁴⁹ Inst. IV, 6, 3. *Sed istae quidem actiones, quarum mentionem habuimus, et si quae sunt similes, ex legitimis et civilibus causis descendunt.*

d'une stipulation ou d'un *mutuum* correspond formellement à ce qui est prévu dans la stipulation ou à ce qui a été donné à titre de *mutuum*: on peut donc dire que l'objet de la prétention est entièrement défini dans son contenu par la *stipulatio* ou par le *mutuum* dans les actions personnelles répersécutoires. Sans doute pour les actions pénales avaient-ils donc davantage besoin de rappeler l'acte normatif général qui faisait qu'un fait produirait une action, comme le délit considéré en lui-même ne pouvait valablement être donné comme la cause efficiente du montant de l'amende forfaitaire, de la multiplication de la *poena* ou de la litiscrescence en cas d'*infittatio*: il faut donc nécessairement rappeler le texte normatif (loi ou édit) qui définit la *poena*⁵⁵⁰.

Voilà pourquoi Gaius, dès le livre III, utilise autant à propos des délits, le balancement *lex/prætor*, pour opposer les différentes *poenae* attachées à un *furtum*⁵⁵¹ ou à l'*iniuria*⁵⁵². C'est la nature de la réclamation (*poena*), qui réclame tout particulièrement un rappel de la norme qui définit la *poena*, forfaitairement, par multiplication, par doublement attaché à l'*infittatio*. A l'inverse, jamais il ne parle au livre III ni de la loi, ni du préteur, à propos des *negotia*.

2° La *poena* en outre venait se surajouter à la réclamation de la *res ipsa*: celle-ci pouvait éventuellement se justifier du fait délictuel en lui-même en tant qu'il pourrait fonder l'obligation de réparer, mais la *poena* est une réparation punitive, une amende privée, qui vient s'ajouter à cette réparation et mérite pour cela toujours d'être justifiée par une autre cause que le fait délictuel ou le dommage considéré en lui-même: la norme générale qui instaure la *poena* sans préjudice d'une réclamation de la *res ipsa*.

D'où, par exemple, l'opposition faite par Ulpien⁵⁵³, pour expliquer leur concours cumulatif, entre la *poena legitima* de l'*actio furti*, qualifiée parfois d'action légitime, et la réclamation de la *res ipsa* en cas de *furtum* par la *condictio*, laquelle n'est précisément jamais qualifiée

⁵⁵⁰ A ce titre, le seul texte qui qualifie des actions réelles de *legitimae* pourrait s'expliquer par un souvenir de la procédure archaïque: en effet, dans la mesure où toute *rei vindicatio* était intentée par la voie du *sacramentum in rem*, à l'origine ces actions étaient assorties d'une *poena*, certes au profit du Trésor, mais définie très précisément par la loi: il est significatif que Gaius en *Inst.* IV,13-14 développe très longuement ce sujet à propos du *sacramentum in rem*. Aussi est-ce pour cette raison qu'en commentant Sabinus Paul peut se permettre d'appeler encore les actions négatoires et confessoires d'actions « *legitimae* ».

⁵⁵¹ *Inst.*, III,189. *Poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat(...)*sed postea improbata est asperitas poenae, et tam ex serui persona quam ex liberi quadrupli actio **praetoris edicto** constituta est. (...) III,190. *Nec manifesti furti poena per legem XII tabularum dupli inrogatur, eamque etiam praetor conseruat.* 191. *Concepti et oblati poena ex lege XII tabularum tripli est, eaque similiter a praetore seruat.* 192. *Prohibiti actio quadrupli est ex edicto praetoris introducta. lex autem eo nomine nullam poenam constituit (...)*

⁵⁵² *Inst.*, III, 223. *Poena autem iniuriarum ex lege XII tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os uero fractum uero conlisum trecentorum assium poena erat, si libero os fractum erat; at si seruo, CL; propter ceteras uero iniurias XXV assium poena erat constituta. (...) 224. Sed nunc alio iure utimur. permittitur enim nobis a praetore ipsis iniuriam aestimare (...)*

⁵⁵³ Dig. 13.1.7.1 Ulpianus 42 ad sab. *Furti actio poenam petit legitimam, condictio rem ipsam. Ea res facit, ut neque furti actio per conductionem neque condictio per furti actionem consumatur.*

d'action légitime. Ce qui fonde la possibilité d'un cumul est que l'*actio furti* vise une *poena legitima* indépendamment de la poursuite de la *res ipsa* qui trouve sa cause dans le délit, et la restitution de la chose n'enlève rien au droit que la loi institue.

Significativement, on ne parle jamais de *rem legitimam persequi*, ni a contrario de *poena ciuilis* ou de *poena ciuili iure constituta*. La réclamation de la *res ipsa* trouve sa validité générale et sa mesure dans le *negotium* reconnu et réglementé *iure ciuili*, là où la *poena* trouve sa raison d'être spécifique dans un texte de loi ou dans un édit du magistrat qui l'institue indépendamment de toute autre voie de réparation.

Cette dernière opposition, entre *poena legitima* et *res ipsa*, qui touche à l'objet et à la nature de la prétention, est d'ailleurs à notre avis à mettre en rapport avec une remarque de Gaius au début du livre IV des *Institutes*.

2.1.1.1.3. *L'ensemble des actions civiles personnelles réipersécutoires nécessairement rangé dans les actiones quae sua ui ac potestate constant (Gaius, IV,10-33) (C)*

Après avoir opposé les actions *in rem* aux actions *in personam*, les actions réipersécutoires aux actions pénales et aux actions mixtes, Gaius établit une troisième division, entre les actions *quae ad legis actionem exprimuntur* et celles *quae sua ui ac potestate ualent*⁵⁵⁴. C'est d'ailleurs à cette occasion, pour nous la rendre plus intelligible, qu'il procède à son fameux excursus sur les *legis actiones*.

Les §10-33⁵⁵⁵ sont un des extraits les plus mystérieux et en même temps des plus fascinants de Gaius, qui présente une division des actions qu'on ne retrouve nulle part ailleurs dans les textes classiques qui nous ont été transmis. Aussi la nature, la portée, l'importance et l'origine de cette distinction sont-elles difficiles à saisir, d'autant que le manuscrit de Vérone est particulièrement mutilé à cet endroit du texte. Loin de nous le projet, donc, d'en percer tout le mystère⁵⁵⁶. Mais il concerne indirectement les actions de bonne foi, dans la mesure où Gaius

⁵⁵⁴ *Inst. IV.10. Quaedam praeterea sunt actiones, quae ad legis actionem exprimuntur, quaedam sua ui ac potestate constant. quod ut manifestum fiat, opus est, ut prius de legis actionibus loquamur.*

⁵⁵⁵ *Inst. IV;33. Nulla autem formula ad conditionis fictionem exprimitur. siue enim pecuniam siue rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus nec ullam adiungimus conditionis fictionem; itaque simul intellegimus eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus, sua ui ac potestate ualere. eiusdem naturae sunt actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestororum et aliae innumerabiles.*

⁵⁵⁶ Voir, pour toute la littérature sur ce texte, B.ALBANESE, « Sulle formule che *ad legis actionem exprimuntur* », in *A l'Europe du troisième millénaire : mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi : à l'occasion du dixième anniversaire de la fondation de l'Académie*, II, 2004, p.319, et M. TALAMANCA, *Riordinamento*, p.102 ss.

clôt son développement en évoquant, parmi d'autres actions personnelles réipersécutoires, les actions de fiducie, de commodat et de gestion d'affaires, pour les classer dans la catégorie des *actiones quae sua vi ac potestate constant*.

Le critère de cette distinction, la présence dans la formule d'une fiction de *legis actio* pour exprimer le contenu de la prétention du demandeur (1) amène Gaius au §33 à rejeter hors du champ des *actiones ad legis actionem expressae* l'ensemble des actions personnelles réipersécutoires(2): cette exclusion est à mettre pensons-nous en rapport avec le refus systématique de les qualifier d'actions légitimes, qu'elles soient de droit strict ou de bonne foi(3).

1)Le critère de la distinction: la présence ou non d'une fiction de *legis actio*

Il est certes malaisé de se représenter concrètement ce que signifie le premier terme de cette distinction qui fait référence à une fiction de *legis actio* (1°), alors que le second ne se comprend que négativement et *a contrario* (2°)

1°On déduit seulement des §32-33 et du début du §34 que les actions « *ad legis actionem expressae* » se trouvaient exprimées dans des formules contenant une « fiction » de *legis actio*⁵⁵⁷, fiction que Gaius prend soin de bien distinguer de celles des actions fictives qu'il évoquera par la suite⁵⁵⁸. On ne sait pas quelles formules possédaient de pareilles fictions, ni si elles représentaient une part conséquente des formules présentes dans l'édit, ni quelles variétés de fictions il y avait, quelles *legis actiones* pouvaient être ainsi feintes: on sait seulement d'après le §33 qu'il n'y avait jamais aucune fiction de *condictio* orale. Cette incertitude conduit à des divergences d'interprétations extrêmes⁵⁵⁹. Pour notre part, un seul point nous intéresse. Cette fiction qui fait intervenir la notion de *legis actio* ne concerne pas *stricto sensu* le fondement de l'action mais la façon dont est formulé et défini le contenu de la prétention déduite en justice.

⁵⁵⁷ On notera une nuance lexicale, Gaius étant toujours très précis dans sa formulation. L'action, comme droit, est *ad legis actionem expressa* (§10) tandis que la formule, comme expression et exercice de ce droit, est *ad legis actionis fictionem expressa* (§33).

⁵⁵⁸ *Inst.* IV, 34. *Habemus adhuc alterius generis fisiones in quibusdam formulis(...)*. Il donnera les exemples célèbres de la fiction d'hérédité, de la fiction d'usucapio de l'action publicienne, la fiction de citoyenneté, la fiction de *rescissa kapitis deminutio*.

⁵⁵⁹ Voir notamment A.MAGDELAIN, "Gaius IV 10 et 33: naissance de la procédure formulaire", *TR*, LIX, 1991, pp.239-257, M.TALAMANCA, *loc.cit.*, E.BIANCHI, « Le *actiones quae ad legis actionem exprimuntur* in Gaio. Una nuova ipotesi di lavoro » p. , P.A.GIFFARD, *Etudes de droit romain*, 1972, p.64

Le §32 nous permet dans une certaine mesure de nous représenter à quoi est susceptible de ressembler une fiction de *legis actio* dans la formule d'une *actio ad legis actionem expressa*⁵⁶⁰. La *lex censoria* accordait anciennement une *pignoris capio* au publicain contre le contribuable qui ne paierait pas son *uectigal*⁵⁶¹ : très vraisemblablement elle imposait aussi à ce dernier un paiement bien supérieur à celui de la dette fiscale initiale pour libérer la chose que le publicain avait ainsi prise en gage par *legis actio*. De ce fait, à époque classique, lorsque le publicain agit *per concepta uerba* contre le contribuable, la formule quantifie la prétention non pas à partir de la dette du contribuable, mais fait référence à la somme qu'il aurait eu à payer, si un gage avait été constitué par *pignoris capio*, pour libérer ce gage: *quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is, a quo captum erat, luere deberet*. Voilà en quoi pouvait consister une fiction de *legis actio*. L'objet de la prétention du publicain était ainsi défini non expressément par rapport au montant de la dette du contribuable, mais comme ce qu'il aurait eu à payer si le publicain avait pratiqué une *legis actio*; la loi censoriale imposait très vraisemblablement au contribuable de payer une somme bien supérieure à la dette initiale pour libérer le bien saisi par *pignoris capio*: aussi la formule, en y faisant référence, définissait-elle indirectement une *poena*. Cette fiction de *legis actio* était donc sans doute une manière détournée de définir une litiscrescence ou une condamnation soit au multiple soit à la dette augmentée d'une fraction. Pour faire une analogie, on sait par exemple par Cicéron que l'action en paiement du vectigal offerte par l'édit provincial de Verrès entraînait une condamnation du contribuable au quadruple⁵⁶².

On ne sait pas exactement la forme que prenait cette fiction dans la formule; dans quelle mesure les autres fictions de *legis actio* reposaient sur le même procédé⁵⁶³ ou avaient la même

⁵⁶⁰ Inst., IV,32. *Contra in ea forma, quae publicano proponitur, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is, a quo captum erat, luere deberet, tantam pecuniam condemnetur.*

⁵⁶¹ Inst., IV 28. (...) *item lege censoria data est pignoris capio publicanis uectigalium publicorum populi Romani aduersus eos, qui aliqua lege uectigalia deberent.* Cf. encore Cicéron, Verr. II,3,11.27: *Cum omnibus in aliis uectigalibus, Asiae Macedoniae Hispaniae Galliae Africae Sardiniae, ipsius Italiae quae uectigalia sunt—cum in his, inquam, rebus omnibus publicanus petitor ac pignerator, non ereptor neque possessor soleat esse (...)*

⁵⁶² Verr. II,3, §34 *Nam qui in decumanos octupli iudicium se daturum edixit, idem habuit in edicto se in aratorem in quadruplum daturum.*

⁵⁶³ Était-elle formulée sous la forme d'une proposition conditionnelle comme dans les actions fictives, ou par d'autres termes analysables en fictions (des syntagmes prépositionnels en *pro*, par exemple)? le §32 ne nous en dit rien, puisqu'il peut être un simple commentaire explicatif de Gaius. Toutefois, la fiction doit pouvoir être facilement identifiable et concrète, comme le prouve a contrario Gaius lorsqu'il dit au §33 « *nec adiungimus ullam fictionem conditionis* » à propos de la formule de la *condictio certi*. Il s'agit bien d'une fiction identifiable dans la formule, et nous ne pouvons à ce titre suivre l'hypothèse de MAGDELAIN, "Gaius IV 10 et 33: naissance de la procédure formulaire", *TR*, LIX, 1991, pp.239-257, qui veut voir des « fictions » dans le fait même de reprendre les termes d'une *legis actio*. Mais reprendre le lexique de la *legis actio* dans une formule correspondante fut certes un procédé naturel, ce n'est cependant certainement pas une fiction de *legis actio* au sens où l'entend Gaius: la meilleure preuve en est précisément qu'il n'identifie aucune fiction de *legis actio* derrière le *dare oportere* de la *condictio certi* formulaire, et qu'il la juge valoir *sua ui ac potestate*. Les fictions, à notre avis, d'après l'exemple du §32 et d'après la négative du §33, doivent faire référence à un *modus agendi* oral.

fonction⁵⁶⁴; si elles feignaient d'autres *legis actiones* que la *pignoris capio*⁵⁶⁵; quelles autres actions étaient considérées comme *ad legis actionem expressae*⁵⁶⁶, ni même leur nombre ou leur importance relative par rapport au reste des formules de l'édit. On ne sait pas non plus si l'époque classique avant Gaius a connu des évolutions, ni à quelle époque elles sont apparues⁵⁶⁷. Pourtant, force est de reconnaître⁵⁶⁷ que la distinction est importante aux yeux de Gaius: il n'est pas historien, et pourtant il prend soin, pour nous la faire comprendre, d'expliquer toute la procédure orale archaïque abolie officiellement depuis plus d'un siècle et demi, et tombée en désuétude bien auparavant⁵⁶⁸.

⁵⁶⁴ Le manuscrit de Vérone étant particulièrement déficient à cet endroit du texte, on ne sait pas si l'exemple de l'action du publicain était en contraste ou en ressemblance avec des exemples que Gaius citait probablement dans les paragraphes précédents: tout dépend de la lecture qu'on donne au premier mot du §32, *item* ou *contra* (voir Mantovani, *Le formule*). Pour notre part, nous penchons pour l'interprétation en *item*, telle que la propose Mantovani, à l'inverse de celle suivie par exemple par Magdelain. En outre, à supposer que l'on veuille lire *contra*, le contraste avec le précédent paragraphe pourrait s'expliquer si ce dernier offrait un exemple d'action sans fiction de *legis actio*, pour présenter concrètement la différence de rédaction entre les deux types de formules. Il nous paraît en tous les cas bien hasardeux scientifiquement de ne pas tenir compte de l'exemple de l'action du publicain du §32 en prétendant qu'il constituerait une anomalie: en l'occurrence, c'est le seul exemple d'*actio ad legis actionem expressa* certain que nous possédions, il serait donc aventureux de spéculer à partir de ce que nous ne connaissons pas en ignorant ce que nous connaissons de manière certaine.

⁵⁶⁵ Hormis l'inexistence certaine d'une fiction de *condictio* d'après IV,33, on ne sait rien des fictions qui se seraient référées à un autre *modus agendi*. L'on ne sait rien sur l'existence d'une fiction de *sacramentum* ou de *iudicis arbitriue postulatio*. Concernant cette dernière, M.TALAMANCA, *Riordinamento*, p.131 ss., à la suite d'autres auteurs, est prêt à reconnaître dans les *demonstrationes* des actions *familiae erciscundae* et *communi diuidendo* des « fictions » de *iudicis arbitriue postulatio* (*quod...arbitrum postulauerunt*), mais en considérant qu'elles sont d'une tout autre espèce et qu'il s'agirait éventuellement d'un regroupement artificiel opéré par Gaius, regroupement d'ailleurs non avéré. En revanche, au vu de la fin du §33 il est exclu qu'une action qui naîtrait d'une stipulation, même incertaine, possède une quelconque fiction de *iudicis arbitriue postulatio* (voir M.TALAMANCA, *op.cit.*p.135). Quant au *sacramentum*, puisqu'on ne voit pas de pareilles fictions dans les formules *in rem*, il faudrait songer à des *actiones in personam*, mais nous n'en avons pas de témoignage.

En revanche, on peut très vraisemblablement songer à certaines actions qui auparavant étaient intentées par *manus iniectio*. Ce fait est d'autant plus probable que la *manus iniectio* est souvent, comme la *pignoris capio*, une procédure d'exécution détournée afin de servir fictivement de liaison du contentieux: sa fiction correspondrait d'autant mieux au procédé décrit au § 32 concernant la fiction de *pignoris capio*. L'on possède à notre avis un mince indice de pareilles fictions: d'après IV,24 l'action de la *lex furia testamentaria* est exprimée à époque classique dans une *forma* (terme employé sans doute au sens de *formula* comme en IV,32, et par opposition à *in ipsa legis actione* au début du §24) qui présente une bizarrerie relevée par Gaius au regard de la *manus iniectio pura* qu'avait instituée cette loi: cette formule contient tout de même, nous dit-il, l'expression *pro iudicato*. On ne voit pas où ce syntagme pourrait être placé dans la formule, ni même comment on aurait pu la rattacher (à mauvais escient selon Gaius) à une des *partes formularum* canoniques; on peut *a contrario* songer à une expression fictive « *si manum inieisset pro iudicato* ». Certaines formules, ainsi, étaient peut-être délivrées en mentionnant, non pas la *res ipsa*, mais la somme qu'il y aurait eu à payer pour être libéré si l'on avait subi une *manus iniectio* (*pura* ou non).

⁵⁶⁶ D.MANTOVANI, *Formule*, p.64, n.217, par exemple, propose très subtilement à titre d'hypothèse alternative dans la reconstruction de la formule de l'*actio damni iniuria*, une fiction de *manus iniectio*, d'autant qu'un *quanta pecunia...tanta pecunia* s'y retrouve très vraisemblablement comme dans la formule du publicain. On pourrait encore songer à la formule de l'*actio depensi*. Rudorff voulait en voir une dans l'*actio iudicati* « civile », mais la rédaction qu'il propose, avec *intentio incerta*, est à bon droit critiquée par Lenel (EP³, §198) qui la juge invraisemblable. Il n'est nullement exclu que les nombreuses actions par *manus iniectio* aient pu donner lieu à des fictions dans les formules qui les remplaçaient. Par ailleurs, certaines formules que Lenel désespérait de reconstituer étaient peut-être justement dotées d'une fiction de *legis actio*, dans la mesure où les compilateurs ont mis à l'écart les textes commentant de pareils fossiles de la procédure formulaire.

⁵⁶⁷ On ne sait pas si l'adverbe « *olim* » du § 32 est un propos de Gaius ou une reprise textuelle des termes de la formule, en quel cas la fiction consisterait à dire « si autrefois on avait procédé à une *pignoris capio* »; on pourrait en déduire alors et *a contrario* que la formule *ad legis actionem expressa* du publicain n'était apparue qu'après l'abolition de la *pignoris capio* (lex Aebutia? Leges Iuliae?), sans quoi le *olim* ne s'expliquerait pas. Toutefois, s'il n'est qu'une précision de Gaius parce qu'à son époque cette *legis actio* est depuis longtemps abolie, on ne peut en tirer aucune conclusion. Ce type de formule est peut-être très ancien.

⁵⁶⁸ Nous rejeterons tout particulièrement deux positions extrêmes concernant l'importance de cette division: celle de Talamanca, qui en fait une division apparue seulement dans la jurisprudence classique, purement artificielle et sans importance, sinon pédagogique, que Gaius rappelle à seule fin de pouvoir faire un excursus érudit, et selon laquelle le groupe des *actiones ad legis actionem expressae* n'est de toute manière constitué que de quelques actions sans importance; celle de Magdelain, qui, à l'inverse, lui donne une portée immense et en fait le reflet de ce qu'il considère être la *summa diuisio* originaires des formules à époque républicaine, en négligeant souverainement l'exemple de l'action du publicain. Talamanca a sans doute raison de dire qu'elle est de peu d'importance à l'époque de Gaius, et que le groupe des actions avec fiction de *legis actio* est sans doute résiduel, mais il est possible qu'elle ait eu une importance (toute relative) au début de l'époque de la procédure formulaire, et qu'avec le temps, le groupe des *actiones ad legis actionem expressae*

Si l'on admet toutefois que l'exemple du §32 est suffisamment représentatif de toute la catégorie des *actiones ad legis actionem expressae*, on constate qu'à l'époque de Gaius, la fiction de *legis actio* ne sert pas à combler un prérequis substantiel manquant pour que l'action civile soit disponible, à l'inverse de la fiction d'*usucapio* dans l'action publicienne, ou de la fiction d'hérédité dans l'action du *bonorum emptor*. Elle ne sert pas à fonder l'action, mais elle permet de définir indirectement le montant et le contenu de la prétention. Et, comme on le voit, à propos de la formule du publicain, c'est sans doute une manière alternative et indirecte, par exemple, d'exprimer une prétention à une *poena*, en plus de la dette fiscale: on se réfère ainsi indirectement à la *poena* sans doute définie dans la *lex censoria* qui accordait au publicain la *pignoris capio*. A ce titre, il nous paraît dès à présent vraisemblable que le champ de prédilection des fictions de *legis actio* fut le champ des actions à prétention partiellement ou totalement pénale⁵⁶⁹.

2° A l'inverse, les autres actions sont dites *sua vi ac potestate constare*.

Cette expression a essentiellement une portée négative, dans la mesure où elle fait référence au terme non-marqué de la distinction et signifie avant tout que les autres actions ne font pas référence à une *legis actio*. On comprendra donc automatiquement ce que sont ces actions par contraste avec le premier terme de la distinction, dont le contenu peut être limitativement énuméré. C'est là un procédé pédagogique courant chez Gaius, fonctionnant sur le principe du tiers exclu. Ainsi, lorsqu'il présente la distinction *sui iuris/alieni iuris*, il annonce qu'en comprenant ce que sont les *alieni iuris*, on comprendra *a contrario* ce que sont les *sui iuris*⁵⁷⁰; lorsqu'il présente la division des personnes *sui iuris* selon leur capacité ou leur incapacité à

se serait rétréci. Il est tout à fait possible, à notre avis, que le groupe des *actiones ad legis actionem expressae* ait contenu, avant la suppression des *legis actiones* sous Auguste, l'ensemble des actions pénales et mixtes instaurées par la loi et donnant lieu à une *legis actio*. Nous pouvons expliquer ce procédé de rédaction des formules d'une manière très prosaïque: comme l'a souligné maintes fois Gaius depuis le §10, l'inconvénient principal des *legis actiones* est que la moindre erreur dans leur énoncé conduisait à faire échouer l'action: les exprimer par écrit, en utilisant la fiction d'une *legis actio* plutôt que de contraindre le demandeur à pratiquer ce *modus agendi* oral permettait d'éviter ce risque.

⁵⁶⁹ Il est possible que les actions divisoires (*familiae erciscundae, finium regundorum, communi diuidendo*) soient aussi considérées comme des *actiones ad legis actionem expressae*: dans la mesure où un juge aura le pouvoir exorbitant d'attribuer des parts et donc de constituer par sa seule sentence des droits réels, ce pouvoir était auparavant reporté au strict respect de la procédure légitime: toutefois, pour éviter les inconvénients d'une erreur dans le prononcé des paroles solennelles, il y aurait une fiction implicite dans la *demonstratio* « *quod ...iudicem sibi dari postulauerunt* »: la fiction consiste dans le fait d'imputer aux parties la soumission à un *modus agendi* oral dans la phase *in iure* (*iudicem postulare*), et ce afin que le juge puisse constituer des parts comme s'il avait eu lieu. Les paroles solennelles de la *legis actio* devaient être bien plus complexes que pour l'*actio ex stipulatu*: Gaius ne nous les reproduit même pas, Antonius dans *De Oratore*, en fait implicitement l'élément d'érudition juridique par excellence. Notons toutefois que la *iudicis arbitriue postulatio* est le *modus agendi* qui reçoit le traitement le plus court dans la présentation que fait Gaius de la procédure orale archaïque, encore plus court que la *condictio*, dont il n'existe précisément pas de fiction, alors que ce sont essentiellement le *sacramentum*, la *manus iniectio* et la *pignoris capio* qui reçoivent de très longs développements.

⁵⁷⁰ *Inst.* 1,50. *Videamus nunc de iis (personis), quae alieno iuri subiectae sint: Nam si cognoverimus, quae istae personae sint, simul intellegemus, quae sui iuris sint.(...)*

exercer leurs droits, il précise encore qu'en comprenant qui sont ceux qui sont incapables d'exercer seuls leurs droits, sous tutelle ou curatelle, on comprendra *a contrario* ce qu'est la pleine capacité⁵⁷¹. Ainsi, pour Gaius, de même qu'on peut comprendre *a contrario* ce qu'est une personne *sui iuris* après avoir compris qui sont les *alieni iuris*, de la même manière on saisit automatiquement ce qu'est une action *quae sua ui ac potestate ualet* par opposition aux *actiones ad legis actionem expressae*. A ce titre, elle représente le terme non marqué de l'opposition, et aux yeux de Gaius, le droit commun.

Positivement, Gaius entend dire par cette expression que les formules se comprennent par leur signification intrinsèque⁵⁷², sans référence à une *legis actio*. Par opposition à la formule du publicain, sans doute, l'expression de la nature et du montant de la prétention ne fait pas le détour d'une fiction de *legis actio* (« condamne-le à autant que ce qu'il aurait à payer pour dégrever son bien si celui-ci avait fait l'objet d'une *pignoris capio* »); les termes de la formule suffisent à comprendre la prétention et ce qui sera réclamé du *iudex*, et se comprend sans référence allusive au droit pratiqué dans une *legis actio*. Et c'est à cette catégorie, d'après Gaius, qu'appartiennent toutes les actions personnelles réipersécutoires.

2.L'impossibilité générale d'une action personnelle réipersécutoire *ad legis actionem expressa*

Le §33 nous donne une certitude: nous devons comprendre que « *eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus, sua ui ac potestate ualere* ». Il vise par ce propos l'ensemble des actions personnelles réipersécutoires (1°) qui excluent par essence toute *fictio* de *legis actio* parce que précisément dans ces prétentions le demandeur ne vise jamais que la *res ipsa* (2°).

1° Par l'expression « *eas formulas quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus* », Gaius entend toutes les actions personnelles purement réipersécutoires.

En effet, le §33 commence par exclure qu'il y ait dans une quelconque formule une fiction de *condictio*, au sens d'un *modus agendi* oral instauré par les lois Silia et Calpurnia. Et s'il devait

⁵⁷¹ Inst., I,142 (...) *Videamus igitur, quae in tutela, quae in curatione sint: Ita enim intellegemus ceteras personas, quae neutro iure tenentur.*

⁵⁷² Là encore, il faut noter les nuances du vocabulaire de Gaius, qui sait distinguer l'action, comme droit, de la formule, expression de ce droit: de même que l'*actio*, avons-nous vu, est *ad legis actionem expressa* tandis que la formule est *ad fictionem legis actionis expressa*, de même l'action *sua ui ac potestate constat*, tandis que la formule *sua ui ac potestate ualet, ualere* ayant trait à la sémantique de la formule.

y en avoir, c'eût été, évidemment, au vu de la nature des prétentions visées par ces deux lois, dans les formules d'actions personnelles réipersécutoires.

Gaius donne donc significativement comme premier exemple une prétention portant sur une somme ou sur une chose certaine: en effet, les *condictiones certi* formulaires (*certae creditae pecuniae/rei*) seraient, si c'était le cas, les plus susceptibles de posséder une fiction de *condictio*, dans la mesure où les prétentions qu'elles expriment sont les mêmes que celles prévues par les loi Silia et Calpurnia, or elles n'en ont pas. Son propos, à cette occasion, rejoint celui qu'il avait déjà formulé à propos de la *condictio* orale, à savoir que le terme de *condictio* est improprement utilisé en procédure formulaire pour désigner les actions personnelles réipersécutoires⁵⁷³. Ainsi, non plus qu'on ne procède, à époque classique, à une *condictio/denuntiatio* orale (citation orale à comparaître faite à son débiteur), non plus on n'insère de fiction de *condictio* orale dans les formules de l'*actio certae creditae pecuniae/rei*. En effet l'objet de la prétention est formulé comme la *res ipsa* (*eam ipsam intendimus dari nobis oportere*), et non comme « ce que devrait payer le débiteur s'il y avait eu *condictio* ».

Dans la phrase suivante, Gaius évoque enfin génériquement les actions *quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus*. Par cette expression,, il se réfère à toute action personnelle (*oportere*) réipersécutoire (*rem aut pecuniam aliquam dare*): l'expression exclut a priori des prétentions à une *poena* (par exemple un *damnum decidi oportere*, ou encore la réclamation du publicain contre le contribuable visée par le §32) et les revendications (*ius esse* ou *ex iure Quiritium esse*); en revanche, par contraste avec la phrase précédente, en visant simplement une *pecunia aut res aliqua*, non plus nécessairement *certa*, elle se réfère à toute action personnelle réipersécutoire, qu'elle soit certaine ou incertaine, le terme *dare* étant le générique pour *dare facere*⁵⁷⁴.

C'est ce que confirme la suite du texte: les actions de fiducie, de commodat et de gestion d'affaires sont de même nature, tout comme tant d'autres, et valent donc *sua ui ac potestate*: dans cette liste figurent deux formules au moins à *intentio incerta*. Il n'évoque pas ces trois actions au motif qu'il s'agirait de trois actions de bonne foi, mais parce qu'il veut illustrer son propos de la phrase précédente, qui visait aussi implicitement un *dare facere*. En effet, quoi

⁵⁷³ Inst. IV,17-18. *condicere autem denuntiare est prisca lingua. 18 Itaque haec quidem actio proprie condictio uocabatur. nam actor aduersario denuntiabat, ut ad iudicem capiendum die XXX. adesset; nunc uero non proprie conductionem dicimus actionem in personam esse, qua intendimus dari nobis oportere. nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.*

⁵⁷⁴ Il est difficile de dire si par cette expression il entend englober aussi certaines actions qui ne sont pas purement réipersécutoires, comme l'action contre l'héritier pour un legs *per damnationem* certain, qui entraîne la peine du double en cas d'*infinitatio*: elle possède, d'après II,204, une *intentio* en *dare oportere*: mais elle est purement réipersécutoire au simple en cas de confession, à l'inverse d'une action comme l'*actio damni*, qui même au simple, n'est pas purement réipersécutoire du fait de la peine du *quantum plurimum*, et qui suit le régime des actions pénales (noxalité, concours cumulatif contre les coauteurs, intransmissibilité passive).

de plus inadapté pour viser spécifiquement leur caractère d'actions de bonne foi que d'évoquer ces trois formules disséminées dans l'édit, alors qu'il serait tellement plus simple d'évoquer par métonymie trois actions du titre XIX où ne figurent que des *iudicia bonae fidei*, par exemple l'*actio empti*, l'*actio locati*, l'*actio pro socio*, ou trois actions infamantes de l'édit *qui nisi pro certis personis*, comme l'*actio tutelae*, l'*actio mandati*, l'*actio pro socio*? Sans doute est-ce par association d'idées qu'il évoque d'abord l'action de commodat, figurant au titre XVII *de rebus creditis* tout comme les *condictiones certi* précédemment évoquées, et qu'à sa suite il évoque deux autres actions de bonne foi⁵⁷⁵ : en accord avec les propos précédents elles illustrent parfaitement le groupe des actions personnelles purement réipersécutoires⁵⁷⁶. Ce sont donc essentiellement ces actions-là que Gaius entend viser en IV,33.

2° On doit comprendre automatiquement (*itaque simul intellegimus*) d'après Gaius que toutes ces actions valent *sua ui ac potestate* et ne peuvent en aucun cas comporter de fiction de *legis actio*.

Sans doute l'intérêt de Gaius au §33 est-il de souligner un paradoxe, qui rejoint son propos du §24 : paradoxalement, les actions qu'on appelle en procédure formulaire des *condictiones* (actions personnelles purement réipersécutoires) n'ont pas de fiction de *condictio*. Mais déduire automatiquement (*simul intellegimus*), de l'absence de fiction de *condictio* dans la formule de l'*actio certae creditae pecuniae/rei*, le fait qu'aucune formule d'action personnelle réipersécutoire n'a jamais de fiction de *legis actio* et vaut *sua ui ac potestate*, pourrait apparaître quelque peu paralogistique. Car de cette absence de fiction de *condictio* dans l'*actio certae creditae pecuniae*, comment pouvons-nous inférer logiquement et

⁵⁷⁵ Le choix de citer l'action de fiducie à titre d'exemple s'explique encore mieux dans cette association d'idées s'il a en vue la *fiducia cum creditore*, laquelle a partie liée aux *res creditae* du titre XVII. Quant à l'*actio negotiorum gestorum*, nous noterons que c'est significativement la première action civile personnelle réipersécutoire dans l'ordre de l'album du préteur (*EP*, I, VIII, §35). De manière générale, il a pris comme exemple particulier des actions disséminées dans l'album pour montrer que son raisonnement ne vaut pas uniquement pour les actions du titre XVII.

⁵⁷⁶ Il est par ailleurs difficile de savoir si Gaius a en tête les formules *in ius* ou *in factum*. Dans la mesure où ces trois actions de bonne foi sont les seules, avec l'*actio depositi*, à être concurrencées par une formule *in factum*, il serait étonnant qu'il ait précisément choisi de citer ces trois actions pour viser les *iudicia* avec *intentio in ius ex fide bona*; il aurait été beaucoup plus simple, en effet, de viser par exemple les *actiones empti, locati, pro socio*, dans la mesure où elle n'ont pas de doublons *in factum*, donc son choix inviterait à penser qu'il vise leurs formules *in factum*. En revanche, dans la mesure où il parle de la *condictio*, et vise auparavant les actions où il est question d'un (*dari*) *oportere*, et que son propos se concentre implicitement au début du livre sur les actions qu'on appelle civiles, il est fort probable qu'il songe aux formules *in ius*, à supposer qu'il ait existé une formule *in ius* pour l'*actio fiduciae*. A notre avis, l'explication la plus simple est qu'il ne vise pas spécifiquement les formules *in ius* ou *in factum*. Il veut simplement prolonger et illustrer son propos, et montrer que ce qu'il a dit de l'*actio certae creditae pecuniae* vaut pour toutes les actions personnelles réipersécutoires, sans avoir en vue la différence entre *formules in ius* et *formules in factum*, qu'il n'a pas encore, au demeurant, expliquée et qu'il n'expliquera qu'aux §§45-46 : lorsqu'on réclame la *res ipsa*, il est par nature exclu que la prétention soit formulée par le détour d'une fiction de *legis actio*. Car lorsqu'il dit *eiusdem naturae sunt*, il vise leur nature d'actions *quae sua ui ac potestate ualent*, corrélée au fait qu'elles sont personnelles et réipersécutoires, et non la présence exacte d'un *dari oportere*, qui ne se trouve au demeurant ni dans les formules des actions de commodat et de gestion d'affaire (*dari fieri*), ni dans celle de la fiducie, si l'on suit la reconstruction de Lenel de la 3^{ème} édition, qui considère qu'il n'existait qu'une formule *in factum*.

automatiquement (*simul intellegimus*) que les autres formules des actions personnelles réipersécutoires ne possèdent jamais de fiction d'une autre *legis actio*?⁵⁷⁷

Il faut se reporter à la deuxième phrase du paragraphe 33: *eam ipsam dari oportere intendimus nec ullam adiungimus condictionis fictionem*. Pour que son raisonnement soit opérant, il faut considérer que c'est la nature de la prétention, la *res ipsa*, et non l'absence de fiction de *condictio*, qui nous permet d'inférer automatiquement qu'une action personnelle réipersécutoire exclut par nature toute forme de fiction de *legis actio*. Gaius présuppose un lien logique entre le fait de réclamer la *res ipsa* et l'absence de fiction de *legis actio*. « *Eam ipsam* » désigne la *res* même/ la *res* seule. C'est la réclamation de la *res ipsa*, qui rend nécessairement impensable toute fiction de *legis actio*. Puisqu'on formule, de manière définie ou indéfinie dans l'*intentio*, la *res* que quelqu'un nous doit, par un *dare (facere) oportere* ou ses équivalents, afin que le juge condamne précisément à la valeur de cette *res ipsa*, et non à davantage ni à une *poena*, il n'y aurait aucun sens selon Gaius à formuler superfétatoirement une fiction de *legis actio*, à l'inverse de l'action du publicain, où, très précisément, la fiction de *pignoris capio* sert à quantifier un montant qui est supérieur à la dette fiscale initiale (la *res ipsa*), et qui est exprimé comme la somme « qu'il aurait à payer pour libérer un bien s'il avait fait l'objet d'une *pignoris capio* ».

Sans doute ne faut-il pas en conclure *a contrario* que seules les actions personnelles purement réipersécutoires vaudraient *sua ui ac potestate*, sans fiction de *legis actio*. Très vraisemblablement les actions réelles, nécessairement réipersécutoires, valent-elles *sua ui ac potestate*, dans la mesure où l'on ne trouve aucune trace de fiction de *legis actio*⁵⁷⁸ dans leur formule, et qu'elles portent elles-aussi sur la *res ipsa*. Sans doute de nombreuses actions pénales ou mixtes valent-elles encore *sua ui ac potestate*⁵⁷⁹. Mais, à l'inverse, les actions *ad legis actionem expressae* font nécessairement partie, pour la plupart d'entre elles, des actions

⁵⁷⁷ Une explication possible de cette inférence logique serait de dire que les seules fictions de *legis actio* qui existent seraient des fictions de *pignoris capio*, comme celle de l'action du publicain, et qu'il n'y aurait de toute manière jamais, dans les formules, de fictions de *sacramentum*, de *iudicis arbitriue postulatio*, de *manus iniectio*, et que Gaius venait d'énumérer limitativement les cas où il y avait fiction de *pignoris capio*: ainsi, en montrant qu'il n'y avait jamais de fiction de *condictio*, on pouvait en inférer, pour les actions réipersécutoires, qu'elles valaient nécessairement *sua ui ac potestate*. Telle est la thèse de E.BIANCHI, *op.cit.*. Mais nous ne pensons pas qu'il ait pu faire un si long excursus historique sur les *legis actiones*, en détaillant autant la procédure du *sacramentum* ou de la *manus iniectio*, s'il n'y avait que des fictions de *pignoris capio*. On ne voit pas, d'ailleurs, comment la catégorie pourrait s'appeler « *ad legis actionem expressa* », si elle ne comportait que des fictions de *pignoris capio*, dont on doutait même qu'il s'agisse d'une véritable *legis actio* (cf. *Inst.*, IV, 29).

⁵⁷⁸ Sans doute faudrait-il mettre à part le cas des actions adjudicatoires, si l'on considère, comme le font de nombreux auteurs, que leur *demonstratio* « *quod...iudicem postulauerunt* » constitue une fiction de *iudicis arbitriue postulatio*, mais ces actions sont qualifiables d'actions réelles en ce qu'elles servent à constituer des droits réels par adjudication, et non à les faire reconnaître comme dans une *uindicatio*. La fiction (implicite) de *iudicis postulatio* conditionne un *quantum*. Le juge investi par formule doit déterminer un *quantum* qu'aurait déterminé un juge donné après *iudicis arbitriue postulatio*.

⁵⁷⁹ C'est, par exemple, nécessairement le cas des actions pénales prétoriennes qui établissent des amendes fixes, comme l'action du patron contre l'affranchi qui l'a cité en justice *contra edictum* : la réclamation est formulée explicitement sans le détour d'une *legis actio*. De même, l'*actio iniuriarum* dont la formule quantifie la *condemnatio in aequum bonum* vaut *sua ui ac potestate*.

pénales ou mixtes. Ce point nous semble confirmé d'ailleurs par la démarche typologique de Gaius au début du livre IV. Les *summae diuisiones* présentées fonctionnent comme des subdivisions qui ne sont pertinentes que pour un des deux termes de l'opposition précédente: il présente d'abord l'opposition *actiones in rem/ actiones in personam*, puis la subdivision « actions réipersécutoires/ uniquement pénales/ à la fois réipersécutoires et pénales »: il est notable que cette deuxième subdivision n'a de sens qu'au sein des actions *in personam*, premier terme de la première division, puisque les *actiones in rem* sont toutes, par essence, réipersécutoires. De la même façon, la troisième subdivision *ad legis actionem expressa/ sua ui ac potestate*, ne concerne pas, pensons-nous, l'ensemble des catégories de la subdivision précédente. Ce n'est qu'au sein des actions pénales ou mixtes, c'est à dire des actions qui ne sont pas purement réipersécutoires, que la division en *actiones quae ad legis actionem exprimuntur/actiones quae sua ui ac potestate ualent* prend son sens et sa pertinence, puisque les actions personnelles réipersécutoires valent nécessairement toutes, aux dires de Gaius, *sua ui ac potestate*.

Ce détail, nous semble-t-il, est à rapprocher du fait qu'aucune action personnelle réipersécutoire, portant uniquement sur la *res ipsa*, n'est jamais qualifiée, avons-nous vu, par les juriconsultes classiques, de *legitima*.

3)Le refus de qualifier les actions personnelles réipersécutoires d'« *actiones legitimae* » et leur nature « *sua ui ac potestate* ».

A l'inverse de l'ensemble des actions pénales ou mixtes, qui semblent à la fois être quasiment les seules susceptibles d'être *ad legis actionem expressae* et représenter le champ privilégié de la qualification en *actiones legitimae* (1°), les actions personnelles réipersécutoires, qui valent *sua ui ac potestate* et ne sont jamais qualifiées de *legitimae*, ne semblent pas, aux yeux des prudents, recevoir leur légitimité d'un précédent dans la procédure archaïque(2°), et ce peu importe qu'elles soient de droit strict ou de bonne foi (3°)

1°La spécification entre *actiones quae sua ui ac potestae ualent* et *actiones quae ad legis actionem exprimuntur* n'a de sens qu'au sein des actions qui portent sur autre chose que la réclamation de la *res ipsa*. La question de savoir si une action est *ad legis actionem expressa*

ne peut donc guère se poser que pour les actions qui ont une coloration partiellement ou totalement pénale⁵⁸⁰.

Or nous avons vu que c'est quasi-exclusivement à leur propos que les juriconsultes emploient le terme *actiones legitimae*.

Même si le lien n'est fait nulle part, il nous semble donc que la notion d'*actio ad legis actionem expressa* et la qualification d'*actio legitima* ont partie liée, même si ce lien n'apparaît plus dans les textes de la compilation⁵⁸¹.

La notion d'*actio legitima* et d'*actio ad legis actionem expressa* ne se correspondent certes pas; une action peut être qualifiée de *legitima* sans être *ad legis actionem expressa*, mais seule une action qualifiable de *legitima* est susceptible d'être *ad legis actionem expressa*, tandis qu'une action réipersécutoire, qui n'est jamais qualifiée de *legitima*, va toujours et nécessairement « *sua ui ac potestate ualere* ».

Les formules d'actions qualifiées de légitimes ont presque toutes une coloration partiellement ou totalement pénale, et ont toutes un précédent dans une *legis actio*. Le *modus actionum*, la mesure de la prétention, est directement à chercher dans la *lex*. Mais l'expression de ce *modus* semble-t-il n'est pas toujours la même. Certaines, quoiqu'implicitement calquées sur les paroles d'une *legis actio*, font l'économie d'une référence explicite à un *modus agendi*, tandis que certaines font explicitement référence à un *modus agendi* archaïque pour déterminer l'objet de la prétention.

2°A l'inverse, l'exemple de la *condictio* formulaire nous montre que, peu importe, pour les classiques, qu'une action personnelle réipersécutoire manifeste la trace d'un précédent dans une *legis actio* pour être qualifiée d'*actio iuris ciuilis*: elle est appelée improprement *condictio* (§17b), elle vaut *sua ui ac potestate* en ce qu'elle ne possède pas de fiction de *condictio* orale (*denuntiatio*) (§33) et elle n'est qualifiée nulle part de légitime. Sur le plan procédural, le fondement de l'*actio certae creditae pecuniae* n'est reporté ni aux *leges Silia et Calpurnia*, ni à la *condictio* orale qu'elles instituent: c'est au point que Gaius ne voit même l'intérêt de ces deux lois. Et ce raisonnement vaut, au vu du §33, pour n'importe quelle action personnelle réipersécutoire, jamais qualifiée de légitime, et nécessairement *sua ui ac potestate ualens*. L'*actio ex stipulatu* est elle aussi civile, n'est nulle part qualifiée de légitime

⁵⁸⁰ Si l'on excepte le cas des actions divisaires, ou le juge aura à constituer des droits réels en opérant un partage comme si les parties avaient procédé oralement à la *iudicis postulatio*.

⁵⁸¹ Ce lien entre la notion d'*actio ad legis actionem expressa* et les actions qualifiées de *legitimae*, est peut-être encore vivante dans la pensée de Pomponius lorsqu'il présente les sources du droit (Dig. 1.2.2.12) et notamment les *legis actiones, id est legitimae*

ou *ex lege*, vaut nécessairement *sua ui ac potestate*, bien qu'on trouve vraisemblablement une sanction de la stipulation incertaine dans l'*arbitri postulatio* orale. On pourrait encore en dire autant de l'*actio ad exhibendum*. Elle ne manifeste pas la trace d'une *legis actio*, n'est pas qualifiée de légitime, peu importe qu'il ait existé un précédent pour ce genre de réclamation dans un *modus agendi* archaïque. Ainsi, nous ne possédons pas la moindre trace d'une correspondance explicite entre ces *legis actiones* et leurs équivalents dans la procédure formulaire.

3°A ce titre, il en va de même des actions de bonne foi. En tant qu'actions personnelles réipersécutoires, elles ne peuvent que *sua ui ac potestate ualere*; elles ne sont non plus jamais qualifiées d'actions légitimes ou *ex lege*, bien que « *iure ciuili competunt* ». Il n'y a pas plus de raison de leur prêter une nature civile de second rang que pour la *condictio certi* formulaire. Les preuves, à ce titre, qu'on voudrait avancer concernant le défaut de légitimité dans les actions de bonne foi pour conclure à leur fondement prétorien conduiraient nécessairement à prêter ce même défaut de légitimité aux actions personnelles réipersécutoires de droit strict, action *ex testamento* incertaine, *condictio*, *actio ex stipulatu*, *actio ad exhibendum*.

On peut *a contrario* leur prêter le même degré de légitimité, aux yeux de la jurisprudence classique, qu'à l'*actio certae creditae pecuniae*, avec laquelle elles partagent ces deux traits frappants: pas de qualification en action légitime, impossibilité d'une quelconque fiction de *legis actio*. Le fondement civil de la prétention qu'elle exprime n'est pas reporté par la jurisprudence classique au précédent archaïque d'une *legis actio*, sans préjudice de son éventuelle existence. Il est difficile de dire si cet état du droit est ancien, mais le §33 manifeste une chose: l'action personnelle réipersécutoire, qu'elle soit de droit strict ou de bonne foi, est totalement dissociée de ses éventuels précédents⁵⁸² dans les *legis actiones*⁵⁸³.

actiones. Ce contemporain de Gaius présente peut-être les *legis actiones* en ce que leurs fictions sont présentes encore dans certaines formules; mais il est bien entendu possible qu'il en parle aussi à cause des procès centumviraux (*Inst.*, IV.31).

⁵⁸² A contrario, tout comme pour les actions civiles personnelles réipersécutoires de droit strict, rien ne permet de prouver qu'aucune action de bonne foi n'a eu de précédent dans une *legis actio*, puisqu'en tant qu'actions personnelles réipersécutoires, elles sont de toute manière déconnectées des cas d'ouverture légitimes archaïques. Sans les *Institutes* de Gaius, nous ne saurions même pas que la lex avait encadré à basse époque les réclamations de *certa credita pecunia*, ou de stipulation. Dans la mesure où certaines d'entre elles sont traitées dans les commentaires au *ius ciuile*, cela pourrait manifester pour certaines d'entre elles un précédent théorique dans une *legis actio*: néanmoins, leur caractère civil n'est pas conditionné par ce précédent. Par exemple l'*actio pro socio*, l'*actio empti* sont déjà traitées par Quintus Mucius dans ses commentaires; *a contrario*, l'*actio mandati* ou l'*actio locati* n'auraient aucun précédent oral.

⁵⁸³ Nous ne pouvons en conclure, bien entendu, à la suite de M.KASER, "Die Lex Aebutia", in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, 1953, p.25, que cette situation refléterait la portée restreinte selon sa théorie, de la *lex Aebutia*, qui se serait contentée d'abolir la *legis actio per conditionem*, ou de dispenser les parties d'une *denuntiatio*, ce qui aurait conduit à dispenser la formule d'une *fictio de condictio*. En effet, le raisonnement serait inopérant, puisque la *pignoris capio* a bien été abolie par les *leges Iuliae*, et qu'une

Nous pouvons donc en conclure que les actions de bonne foi n'ont pas souffert d'un défaut de légitimité du fait d'un manque de précédent dans une *legis actio*, dans la mesure où, pour les classiques, c'est l'ensemble des actions personnelles purement répersécutoires qui reçoit une légitimité propre du fait que les causes furent reconnues par le *proprium ius ciuile*. Ce fondement leur suffit, et le rattachement à la *lex* peut donc être bien plus ténu, bien plus indirect. Pour peu que l'expression de l'action (la formule) soit reconnue comme légitime ou légale, elles ont aux yeux des prudents tous les traits d'une action qui ne doit rien à la *propria praetoris iurisdictio*.

Toutefois, dans la mesure où le principe établi par M.Kaser et A.Magdelain reste vrai, à savoir qu'une action n'est civile dans la procédure formulaire qu'à raison d'un fondement légitime, il reste à voir a contrario si, pour l'époque républicaine, elles ont pu être caractérisées expressément comme des actions dépourvus de tout lien avec la loi.

2.1.1.1.2. *L'époque républicaine: des iudicia sine lege? (De Officiis III, 61, et III,66.) (II)*

Un long passage du *De Officiis* a été depuis longtemps considéré comme la preuve ultime que les actions de bonne foi étaient prétorienne à l'époque républicaine et que les institutions qu'elles protégeaient ne recevaient pas de fondement dans le *ius ciuile*; ces deux textes, rapprochés l'un de l'autre, montreraient qu'il allait de soi pour Cicéron qu'elles avaient comme seul fondement leur inscription par le préteur dans l'Album. Cette théorie fut largement défendue autant par W.Kunkel, que par M.Kaser puis M.Talamanca, mais encore davantage par A.Magdelain⁵⁸⁴.

Nonobstant la théorie dominante qui voit dans ces deux textes la preuve du caractère illégitime des actions de bonne foi et de leur exclusion du *ius ciuile* (A), ils se résument en fait à considérer que la répression du dol pouvait à certaines conditions se passer d'intervention législative (B)

formule en garde pourtant la trace après son abolition. En revanche, il est possible d'en déduire à notre avis que la procédure formulaire a eu moins de difficultés à s'imposer *praeter legem* en matière d'actions personnelles répersécutoires, comme nous le verrons au chapitre 2 de ce titre.

2.1.1.1.2.1. Une interprétation courante: l'illégitimité prétendue des actions de bonne foi et leur exclusion du *ius ciuile* (A)

Ce long texte manifesterait en deux temps le fondement non civil des actions de bonne foi. En *Off.*, III,61, Cicéron manifesterait une opposition entre les actions fondées sur la loi et les actions qui ne sont pas fondées sur la loi, en l'espèce les actions de bonne foi (1); en III,66, il montrerait en conséquence que la discipline des actions de bonne foi était étrangère au *ius ciuile* (2).

1. La prétendue opposition entre actions de bonne foi et actions légitimes en *De off.* III,61

[61] *Quod si Aquiliana definitio vera est, ex omni vita simulatio dissimulatioque tollenda est. Ita nec ut emat melius nec ut vendat quicquam simulabit aut dissimulabit vir bonus. Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adolescentium lege Plaetoria et sine lege iudiciis in quibus additur ex fide bona.*

Pour montrer que le dol est toujours contre la morale naturelle, Cicéron évoque dans ce passage la répression du dol avant l'introduction des *formulae de dolo* par Aquilius Gallus (d'où l'emploi du plus que parfait *uindicatus erat*), relativisant ainsi leur portée révolutionnaire et montrant qu'elles s'inscrivaient dans une certaine continuité. Le dol avait déjà été réprimé, pris en compte, « révendiqué »: d'une part par les lois, et Cicéron aurait ainsi songé à l'*actio rationibus distrahendis* et aux voies de droit fondées sur la *lex Plaetoria* (1°); d'autre part, par des « *iudicia sine lege* », par des formules dénuées de tout fondement législatif, mais assorties de la clause *ex fide bona* (2°).

1° Le premier terme de l'opposition est une illustration de l'appréhension législative du dol: « *ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adolescentium lege Plaetoria* ».

On sait que la *lex Plaetoria* date de l'époque de Plaute qui l'évoque dans ses comédies⁵⁸⁵. Elle a pour fonction de réprimer plus sévèrement et plus largement le dol commis à l'encontre

⁵⁸⁴ *Actions civiles*, p.44. *De la Royauté et du droit*, p.163-165.

⁵⁸⁵ *Rudens*, 5,3,25

des moins de vingt-cinq ans pour les amener à s'obliger, (la « *circumscriptio* » des moins de vingt-cinq ans).

On connaît, de manière certaine, deux voies de droit qui reposent sur elle. L'une semble être une *exceptio* qui tire sa substance de cette loi, appelée couramment en doctrine « *exceptio legis Plaetoriae* », car cette *lex, minus quam perfecta*, ne conduisait pas de plein droit à la nullité des actes juridiques qui n'en respectaient pas les dispositions; l'autre est une action populaire intentée contre la partie dolosive, un *iudicium publicum*⁵⁸⁶. Par ailleurs, on ne sait pas exactement si cette loi a institué une action de droit privé, mais elle justifiait, sans doute déjà à époque tardo-républicaine, l'intervention du préteur qui pouvait ordonner une *in integrum restitutio* en faveur des moins de 25 ans. Quoi qu'il en soit, il viserait selon Magdelain la voie d'action, concédée et réglementée par la loi.

Parallèlement, Cicéron évoquerait, à travers le mot « *tutela* », l'*actio rationibus distrahendis*, précisément concédée par la loi des Douze tables. La mention des « *duodecim tabulae* » coïnciderait parfaitement avec ce qu'on sait par ailleurs de cette action⁵⁸⁷: l'identification, quoiqu'allusive, serait en accord avec la fonction de l'action. C'est une action au double, dont on ne connaît malheureusement ni la formule à époque classique, ni le *modus agendi* exact à l'époque archaïque, mais il s'agissait d'une *legis actio*, très vraisemblablement le *sacramentum*, comme pour l'*actio furti*. Elle a pour fonction semble-t-il de punir le *tutor* qui a volé ou détourné des fonds du patrimoine de son pupille.

Quoiqu'il en soit, le propos de Cicéron serait de montrer, dans le premier terme de l'opposition, que la loi a concédé des procédures légitimes, soit par voie d'action populaire, soit par voie de *legis actio*, destinées à réprimer le dol. A cette catégorie s'opposeraient des actions sans base législative.

2° Au premier terme de l'opposition, « *legibus* », viendrait s'opposer « *sine lege iudiciis* », où *sine lege* serait un complément du nom à tournure prépositionnelle⁵⁸⁸. Ces *iudicia* auraient comme caractéristique de n'avoir aucune base législative, ni pour leur *modus agendi*, ni pour la prétention substantielle qui les anime. Aussi Cicéron voudrait-il opposer, concernant la

⁵⁸⁶ Cicéron, De Nat. D., 3,74. « *iudicium publicum rei privatae lege Plaetoria* »

⁵⁸⁷ Dig. 26.7.55.1 (Tryphon. 14 disp.) *Sed si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus, an ea actione, quae proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur (...)*

⁵⁸⁸ Cette construction de la phrase est partagée par de nombreux romanistes: en premier lieu, W.KUNKEL, *Fest.Koschaker* II, p.7, A.MAGDELAIN, *Actions civiles*, p.44, et TR, 59, 1991, pp.255 ss., *De la Royauté*, p.163-65, G.BROGGINI, *Iudex arbiterve*, p.214, M.KASER, *RZ*, p., M.TALAMANCA, « *La buona fede* », p., et *Riordinamento*, p.187, J. PARICIO, « *Genesi e natura* », p.3, mais encore même F.WIEACKER, *ZSS* 80, 1963, p.38-40, et *RRG* I, p.451 et 458, plus circonspect pourtant au sujet de l'origine prétorienne des actions de bonne foi. Plus récemment encore, c'est la construction retenue par B.BISCOTTI, *Dal pacere*, p.300. Pour d'autres auteurs, voir M. VARVARO, *Restituzione della dote*, cit. p.133, n.339.

répression du dol avant les formules Aquiliennes, les concessions d'actions par voie législative aux concessions d'actions par voie non-législative.

On identifie sans peine les formules dont il parle: il s'agit de nos formules, « *in quibus additur ex fide bona* ». Parce qu'elles n'auraient pas de fondement juridique civil comme les premières, Cicéron rappellerait ainsi leur inspiration morale, « *ex fide bona* ». Mais, nonobstant leur inspiration morale, leur véritablement fondement juridique serait la *iurisdictio* du préteur.

Leur exclusion du *ius legitimum* les conduirait nécessairement à être rejetées hors du « *ius ciuile* ».

2.L'opposition prétendue entre le civil et le prétorien en *De off.* III,67.

[67] *Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor. Quod si recte iudicavit, non recte frumentarius ille, non recte aedium pestilentium venditor tacuit. Sed huiusmodi reticentiae iure civili comprehendendi non possunt; quae autem possunt diligenter tenentur. M. Marius Gratidianus, propinquus noster, C. Sergio Oratae vendiderat aedes eas, quas ab eodem ipse paucis ante annis emerat. Eae serviebant, sed hoc in mancipio Marius non dixerat; adducta res in iudicium est.*

Ce texte a été récemment utilisé par M.Talamanca⁵⁸⁹ pour conforter l'hypothèse que les actions de bonne foi sont dénuées de tout fondement législatif ou civil.

Cicéron venait de relater un procès dont le *iudex* était le père de Caton d'Utique⁵⁹⁰, procès intenté par la formule de l'*actio empti*: le vendeur devait indemniser l'acheteur pour avoir sciemment caché les vices de la chose vendue. Plus loin, il relate un autre procès où le demandeur-acheteur, cette fois, prétend qu'il y a eu silence dolosif, sans préciser exactement l'action concernée. Au centre de ce texte se trouvent quelques considérations sur la difficulté à appréhender juridiquement toutes les formes du dol. Un certain type de silence dolosif pourrait donc être appréhendé au nom de la morale, mais non au nom du *ius ciuile*.

⁵⁸⁹ *La buona fede nei giuristi romani*, in *op.cit.*, p.139-148.

⁵⁹⁰ *De Off.*, III[66] *Ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque Ti. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscripsit insulam [vendidit], emit P. Calpurnius Lanarius. Huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. Itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscripsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit QUICQUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater (ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus)is igitur iudex ita pronuntiavit, cum in vendundo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere.*

L'opposition entre *bonne foi* et *ius ciuile* (1°) serait alors illustrée selon Talamanca⁵⁹¹ par une opposition entre l'*actio empti* et l'*actio auctoritatis* ou de *modo agri*(2°).

1°Cicéron commence par rappeler que c'est au nom de la « *fides bona* » que Caton a statué que le vendeur devait faire savoir à l'acheteur tout les vices de la *merx* dont il avait connaissance. Cicéron en tire une extrapolation concernant deux cas qu'il avait déjà évoqués: le vendeur d'immeubles insalubres aurait donc dû lui aussi faire savoir à l'acheteur tous les vices de la chose, son silence étant contraire à la bonne foi; le marchand de blé, arrivé dans une île qui connaissait une pénurie, aurait dû faire savoir aux acheteurs que d'autres marchands de blés n'étaient pas loin et allaient arriver au port, plutôt que de vendre son blé à un prix très élevé, et là encore son silence était contraire à la bonne foi.

Cette extrapolation de Cicéron, d'après Talamanca⁵⁹², serait faite au nom de la bonne foi; une action de bonne foi permettrait donc de sanctionner de pareils comportements.

Mais voilà que l'Arpinate se fait une cont objection: « *sed huiusmodi reticentiae iure ciuili comprehendendi non possunt* ». Le *ius ciuile* ne saurait appréhender ce type de silence dolosif. En effet, le formalisme qui caractériserait le *ius ciuile* archaïque s'opposerait à ce que l'on sonde ainsi les comportements et les intentions.

A contrario, puisque la bonne foi le pourrait, tandis que le *ius ciuile* ne le pourrait, cela excluerait du *ius ciuile* les actions où l'on statue au nom de la *bonne foi*. Des actions sans fondement légitime et exclues du *ius ciuile* seraient nécessairement prétoriennes. C'est ce qu'illustrerait encore l'évocation, dans un premier cas, de l'*actio empti*, suivi de l'évocation de l'*actio auctoritatis*.

2°Cicéron rebrousserait à nouveau chemin dans son raisonnement: certes, le *ius ciuile* ne peut appréhender ce genre de silence dolosif, alors que les actions de bonne foi le pourraient, à preuve le procès entre Claudius Centumalus et P. Calpurnius Lanarius jugée par Caton père. Mais tous les genres de réticence dolosive qu'il peut appréhender, le *ius ciuile* le fait diligemment: « *quae autem possunt, diligenter tenentur* ».

Il illustre son propos en racontant un cas récent⁵⁹³. Marius Gratidianus avait, il y a quelques années, acheté un édifice à Sergius Orata, lequel édifice était grevé de servitudes. Il se trouve

⁵⁹¹ *Bona fides*, p.144-148.

⁵⁹² *Loc. cit.*

⁵⁹³ III,66: *M. Marius Gratidianus, propinquus noster, C. Sergio Oratae vendiderat aedes eas, quas ab eodem ipse paucis ante annis emerat. Eae serviebant, sed hoc in mancipio Marius non dixerat; adducta res in iudicium est. Oratam Crassus, Gratidianum defendebat Antonius. Ius Crassus urgebat, "quod vitii venditor non dixisset sciens, id oportere praestari", aequitatem Antonius,*

que quelques années plus tard, Gratidianus revendit ce fonds à Sergius Orata, l'ancien propriétaire, en omettant de déclarer les servitudes, puisque Sergius Orata, ancien propriétaire, ne les ignorait pas. Ce dernier, rusé, intenta un procès, motif pris de ce que le vendeur devait déclarer tous les vices de la chose qu'il vendait.

L'action intentée illustrerait quant à elle le *ius ciuile*. Il s'agirait, d'après Talamanca⁵⁹⁴, d'une *actio auctoritatis* ou d'une *actio de modo agri*: en effet, ces actions naissent typiquement d'un acte du *ius ciuile* comme la *mancipatio*. La matière des servitudes est de surcroît un de leurs objets de prédilection, par une extension jurisprudentielle de leur champ d'application originaire. Enfin, Crassus, dans le *De Oratore*⁵⁹⁵, évoque ce même procès parmi différentes affaires mettant en jeu des situations typiquement prises en compte par le *ius ciuile* archaïque, comme les pétitions d'hérédité, le *postliminium*, les substitutions pupillaires, la succession *gentilice*, l'*actio auctoritatis*, le *ius stillicidiorum*. Cette action serait bien entendu celle garantie et définie par la loi des douze tables, pour sanctionner au double l'*infitiator* qui refuserait d'indemniser le *mancipio accipiens*.

Ainsi se dessinerait en filigrane une opposition entre l'*actio auctoritatis* ou l'*actio de modo agri*, fondées sur la loi, partie intégrante du *ius ciuile*, et l'*actio empti*, évoquée au §64, action dépourvue de base législative et étrangère au *ius ciuile*.

Il serait donc démontré, par ce double contraste, que les actions de bonne foi, en plus de manquer de fondement législatif, resteraient totalement exclues du *ius ciuile*: elles n'auraient donc pu que reposer sur le pouvoir de juridiction du préteur; en d'autres termes, elles auraient été des actions prétorienne à l'époque de Cicéron. Toutefois, il nous semble que ces textes, ainsi compris, sont en fait surinterprétés, et que le propos de Cicéron est plus modeste.

2.1.1.1.2.2. *Le propos de Cicéron: la repression du dolus in contrahendo sans prévision législative explicite (B)*

"quoniam id vitium ignotum Sergio non fuisset, qui illas aedes vendidisset, nihil fuisse necesse dici nec eum esse deceptum, qui id, quod emerat, quo iure esset, teneret". Quorsus haec? Ut illud intellegas, non placuisse maioribus nostris astutos.

⁵⁹⁴ Bona fides, p.145-146

⁵⁹⁵ De Or. I,178. Quid? Nuper, cum ego C. Sergi Oratae contra hunc nostrum Antonium iudicio privato causam defenderem, nonne omnis nostra in iure versata defensio est? Cum enim M. Marius Gratidianus aedis Oratae vendidisset neque servire quandam earum aedium partem in mancipi lege dixisset, defendebamus, quicquid fuisset incommodi in mancipio, id si venditor scisset neque declarasset, praestare debere.

Ces textes n'ont pas une valeur aussi absolue, car elles ne reposent pas parfaitement sur des distinctions techniques: en réalité, le texte en III,61 ne fait qu'opposer la protection législative au travail jurisprudentiel d'appréhension du dol (1), tandis que le texte en III,67 ne fait qu'opposer la conception philosophique du dol à celle qu'en a le droit positif en présupposant même l'appartenance de l'*actio empti* au *ius civile* (2).

1.III,61: l'opposition entre lettre de la loi et travail jurisprudentiel.

Une chose est certaine: Cicéron présente la façon dont le droit appréhendait le dol avant l'intervention d'Aquilius Gallus par l'introduction de ses *formulae de dolo*: tel est le sens du plus-que-parfait *vindicatus erat* au début du §61, par rapport au §60.

Bien loin d'opposer actions légitimes et actions non légitimes, ce texte insiste simplement sur la possibilité antérieure d'appréhender juridiquement le *dolus* sans intervention législative (1°), par opposition à des garanties législatives explicites (2°).

1°L'expression même de « *iudicium sine lege* » serait assez étonnante⁵⁹⁶. Elle n'est assurément pas classique: on connaît l'expression *iudicium ex lege*, et Gaius peut dire par exemple que *iudicium ex lege non esse*⁵⁹⁷, mais il ne dit pas *iudicium esse sine lege*. En outre, les syntagmes prépositionnels en *sine*+ablatif sont rarement des compléments de substantif, ce qui éveille donc des doutes quant à la construction « *iudicium sine lege* ».

Par ailleurs, s'il avait voulu opposer la protection législative à la protection prétorienne, il n'y avait rien de plus simple à faire: *et legibus...et edicto praetoris*. S'il avait voulu en outre opposer les actions légitimes aux actions non légitimes, il était à tout le moins plus simple de dire *et legitimis iudiciis (actionibus) et sine lege iudiciis*.

Certes il serait possible, dira-t-on, de désigner métonymiquement l'action légitime par sa source, mais:

-la loi, techniquement, n'est pas l'action de la loi. Si l'on considère l'énumération des *partes iuris* de Pomponius, ou bien la division des *Tripertita* par Sextus Aelius, on voit bien que les juristes Romains ne confondent pas la loi et l'action accommodée sur les termes de la loi.

⁵⁹⁶ Les doutes sur la construction souvent retenue sont énoncés par différents auteurs, notamment, L.LOMBARDI, *Dalla Fides* p.187, mais auparavant par G.PUGLIESE, *S.D.H.I.* 20, 1954, p.373, ou encore par M.VARVARO, *Restituzione della dote*, p.134.

⁵⁹⁷ *Inst.IV.109.*

-il est étonnant de voir une pareille asymétrie: pour le premier terme, il désignerait métonymiquement l'action par sa source, et dans le second cas par son expression processuelle (*iudicium*, la formule).

Si l'on considère maintenant l'économie générale du parallélisme que veut faire Cicéron, on se rendra bien compte que les termes principaux de l'opposition sont *legibus* vs. *sine lege*, et que chacun de ces termes est illustré. Le premier l'est par la référence à la *tutela* et à la *circumscriptio* prises en compte par la loi; le second, « *sine lege* », est illustré par les *iudicia in quibus additur ex fide bona*. Mais l'opposition-coordination principale, *legibus/ sine lege* est le complément de manière de la proposition « *dolus iste erat uindicatus* ». C'est l'appréhension du dol qui s'opère sur le fondement d'une loi, ou sans l'appui d'une loi. Dès lors, le texte, dans sa deuxième partie, nous dit simplement que, par les *iudicia in quibus additur ex fide bona*, le dol était réprimé sans fondement législatif explicite. Au mieux, cela nous informe de deux choses:

-la clause *ex fide bona*, sur l'appui de laquelle le dol était sanctionné, d'ailleurs autant par voie d'action que par voie d'exception, n'est pas la transcription d'une norme législative. On s'en serait douté sans Cicéron. Mais il s'en faut de beaucoup que l'action elle-même soit prétorienne au motif qu'un de ses termes ne serait pas la retranscription de la loi.

-dans les actions de bonne foi, c'est le travail jurisprudentiel, sans aucune intervention législative, qui a permis une appréhension très extensive du dol, grâce à une interprétation toujours plus constructive de la clause *ex fide bona*. On voit d'ailleurs cette opposition entre *lex* et *iurisconsulti* illustrée au §65⁵⁹⁸, à propos du silence dolosif, qui est ensuite illustrée par un cas d'*actio empti* au §66.

Cela est très loin d'exclure les actions de bonne foi du *ius civile*, et il n'est en rien surprenant que la jurisprudence invente ainsi des règles pour discipliner une matière civile, même si ces règles n'ont pas d'appui législatif. Ainsi, la règle qui veut que le promettant soit libéré de son obligation si le stipulant a par lui-même rendu impossible la prestation, n'a jamais elle non plus reçu de prévision législative, mais cela n'a jamais fait douter du caractère civil des actions qui naissent de la stipulation, car l'appréciation de la responsabilité et de l'inexécution contractuelle est typiquement une chasse gardée de la doctrine. Aussi l'absence de fondement législatif pour la répréhension du dol à travers les actions de bonne foi n'a-t-elle rien à voir avec leur caractère civil ou prétorien: c'est la jurisprudence qui l'a inventée en se fondant sur

⁵⁹⁸ III, §65: *Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poena subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quidquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere.*

les termes de la formule, et l'invention était plus audacieuse qu'il n'y paraît au premier abord. Dans le cas des actions de bonne foi, il nous semble que le travail des jurisconsultes que vise spécifiquement Cicéron dans ce texte a été avant tout d'appréhender, selon lui, non pas n'importe quel dol, mais le *dolus in contrahendo*, comme nous le montre une analyse plus exacte du premier terme de l'opposition.

2° Cicéron voulait-il vraiment opposer, comme on le pense généralement, l'*actio rationibus distrahendis* aux actions de bonne foi? En réalité, il ne nous semble pas qu'il veuille parler de l'*actio rationibus distrahendis*.

Il nous paraît bon de partir du contexte dans lequel Cicéron parle du dol. Cicéron ne parle pas de n'importe quel dol lorsqu'il dit « *iste dolus malus* ». Il songe spécifiquement au *dolus in contrahendo*, et à l'attitude dolosive au moment de la formation du contrat:

-dans les paragraphes précédents, il a parlé à plusieurs reprises de dols *in contrahendo*, et surtout de silences dolosifs, survenus à l'occasion de ventes. Il parlait du marchand de blé qui omettait de signaler, dans une île qui connaissait la disette, que d'autres marchands arriveraient sous peu⁵⁹⁹; il parlait du vendeur qui avait omis de mentionner les défauts matériels de sa maison⁶⁰⁰. Il évoquait la fameuse manipulation dolosive du banquier Syracusain Pythius à l'encontre de Canius⁶⁰¹: Pythius avait demandé à des pêcheurs de venir faire semblant de pêcher devant la villa qu'il comptait vendre à Canius, afin que ce dernier crût que les bords étaient particulièrement piscicoles.

-dans la phrase précédant notre texte, il venait de recentrer son propos sur les mensonges du vendeur ou de l'acheteur: *Ita nec ut emat melius nec ut vendat quicquam simulabit aut dissimulabit vir bonus*⁶⁰².

-dans la suite du texte, le *dolus in contrahendo* reste, semble-t-il, le fil directeur du propos de Cicéron: dans le même paragraphe, voilà quelle sera sa conclusion: « *Tollendum est igitur ex rebus contrahendis omne mendacium* »⁶⁰³. Il en tire même des préceptes particuliers quant à l'attitude à adopter de la part d'un *bonus uir* au moment de la formation du contrat. Il signale

⁵⁹⁹ III,50.(...) *Si exempli gratia vir bonus Alexandria Rhodum magnum frumenti numerum advexerit in Rhodiorum inopia et fame summaque annonae caritate, si idem sciat complures mercatores Alexandria solvisse navesque in cursu frumento onustas petentes Rhodum viderit, dicturusne sit id Rhodiis an silentio suum quam plurimo venditurus?(...)*

⁶⁰⁰ III,54 *Vendat aedes vir bonus, propter aliqua vitia, quae ipse norit, ceteri ignorent, pestilentes sint et habeantur salubres, ignoretur in omnibus cubiculis apparere serpentes, sint male materiatae et ruinosae, sed hoc praeter dominum nemo sciat; quaero, si haec emptoribus venditor non dixerit aedesque vendiderit pluris multo. quam se venditurum putarit, num id iniuste aut improbe fecerit?*

⁶⁰¹ III,58-60

⁶⁰² III,61

⁶⁰³ III,61

même encore l'attitude non dolosive *in contrahendo* de Quintus Mucius⁶⁰⁴, qui, alors qu'il était acheteur, prévenait le vendeur d'une erreur sur son estimation de la valeur du bien vendu. Il continue encore en relatant les problèmes liés au silence dolosif dans la formation des contrats de vente d'immeubles, en citant la fameuse affaire entre Calpurnius et Claudius Centumalus, qui concerne un silence dolosif typique *in contrahendo*⁶⁰⁵.

-Il est intéressant de noter que la mention de la *tutela* figure à côté de celle de la *lex Plaetoria*: cette dernière a significativement pour but de réprimer ce qui apparaît généralement comme un *dolus in contrahendo* à l'encontre des moins de 25 ans: cette loi a pour fonction de protéger les moins de 25 ans contre leur propre inexpérience dont pourrait profiter un co-contractant astucieux au moment de la négociation et de la formation du contrat.

Aussi peut-on avoir désormais un doute. L'*actio rationibus distrahendis* sanctionne une institution absolument non-contractuelle, où l'on réprime un dol d'exécution, et essentiellement un *furtum*, un détournement de fonds. L'immoralité des actes réprimés par cette action va tellement de soi que Cicéron n'irait même pas l'envisager pour sa casuistique philosophico-juridique délicate qu'il a entamée à propos du débat entre Antipater et Diogène sur le silence dolosif, concernant les attitudes plus ou moins admissibles de la part d'un co-contractant: il veut montrer que certaines attitudes, quoique souvent perçues cyniquement comme non foncièrement répréhensibles, ont tout de même été réprimées par le droit romain, dont il vante ici la dimension « morale ». Or la sanction des détournements frauduleux du tuteur ne prouverait rien à ce propos; à ce titre, il pourrait tout autant citer l'*actio furti nec manifesti*. Comment cette action, qui ne peut en aucun cas viser un *dolus in contrahendo*, pourrait-elle donc s'accorder avec la ligne directrice de tout ce passage?

Il y a plus: Cicéron aurait une manière assez incongrue d'évoquer l'*actio rationibus distrahendis*: il ne fait que dire « *tutela* ». Non seulement il ne nous dit pas le mot « *actio* » ou « *iudicium* »; non seulement il ne nous précise pas qu'il s'agit de la tutelle des impubères, à laquelle seule s'applique l'*actio rationibus distrahendis*; mais en soi, dire simplement « *tutela* » pour dire « fraude ou dol du tuteur » serait plus qu'étrange.

Prenons alors le problème de façon inverse pour comprendre ce qu'il vise. Dans la répression du *dolus in contrahendo* avant l'introduction des *formulae de dolo*, la *lex Plaetoria* et le concept de *circumscriptio adulescentium* sont venus protéger un certain type d'« incapables »,

⁶⁰⁴ III,62 Quintus quidem Scaevola, Publi filius, cum postulasset, ut sibi fundus, cuius emptor erat, semel indicaretur idque venditor ita fecisset, dixit se pluris aestumare; addidit centum milia. Nemo est, qui hoc viri boni fuisse neget (...)

⁶⁰⁵ III,65-66

à savoir les moins de vingt-cinq ans, plus susceptibles d'être bernés par l'autre partie contractante. Prenons alors « *tutela* » dans son sens éminent et le plus immédiat: il désigne la fonction de celui qui va devoir apposer son *auctoritas* sur certains actes passés par des personnes incapables, à peine de nullité. On comprendra facilement que, si l'on prend un point de vue philosophique comme celui de Cicéron, cette *tutela* représente une protection contre le *dolus in contrahendo* dont pourraient être très facilement victimes les impubères et (selon Cicéron) les femmes, lorsqu'ils passent des contrats ou font des *negotia*. Dès lors, ce que vise Cicéron, c'est cette forme de protection qu'a légitimée la loi des XII tables, sans penser spécifiquement à une voie d'action spécifique, à savoir la nullité des actes passés sans l'*auctoritas* du tuteur; de même, lorsqu'il pense à la *lex Plaetoria*, il ne songe pas plus à l'action qu'à l'exception qui reposent sur cette *lex*.

On comprendra facilement, alors, l'asymétrie entre les deux formes de protection du dol existant avant l'introduction des *formulae de dolo*. Dans l'une, Cicéron vise abstraitement les *leges*, qui instituent des formes protectrices contre le *dolus in contrahendo* (nullité *ipso iure* des actes passés sans l'*auctoritas* du tuteur, *exceptio legis plaetoriae*), pour des catégories de personnes restreintes, et qui peuvent trouver une traduction processuelle dans de nombreuses actions ; dans l'autre, il vise cette appréhension spécifique du *dolus in contrahendo* qu'ont réussi à opérer les jurisconsultes sur la base des termes de certaines formules, cette fois dans le champ de certaines actions uniquement: c'est à partir d'une interprétation constructive de la clause *ex fide bona* qu'ils ont appréhendé le *dolus in contrahendo*⁶⁰⁶, aussi bien celui du défendeur (voie d'action) que celui du demandeur (inhérence de l'exception de dol).

Cicéron est donc bien loin de songer à une distinction entre *legis actiones* instituées par la loi et actions sans loi instituées par le pur pouvoir de juridiction du préteur. Aussi ce texte ne se réfère-t-il nullement à l'absence de fondement législatif comme à une caractéristique essentielle des *iudicia in quibus additur ex fide bona*. Et le texte de III,67 ne prouve pas davantage l'exclusion des actions de bonne foi du *ius ciuile*.

⁶⁰⁶ L'interprétation n'était pas évidente: la formule pose comme un fait établi (« *quod uendidit* ») la formation du contrat, et dans l'intentio « *quidquid dari fieri oportet ex fide bona*, la clause *ex fide bona* porte en principe sur l'exécution du contrat, non sur sa formation! Il y avait une certaine gageure, donc, à sanctionner le *dolus in contrahendo*, antérieur à la perfection du contrat, à partir d'une pareille *intentio*, mais les jurisconsultes ont tout de même interprété ainsi la clause.

2.III,66: la répression restreinte du dol par le droit positif et la nature civile de l'*actio empti*

L'interprétation de III,61 pour montrer la nature prétorienne des actions de bonne foi ne trouve aucun appui en III,66. Bien loin de montrer une quelconque opposition entre *fides bona* et *ius ciuile* (a), ce texte tend plutôt à montrer, indirectement, l'appartenance de l'*actio empti* à la discipline civiliste (b).

a) l'absence d'opposition prétendue entre *fides bona* et *ius ciuile*.

D'après Cicéron au § 67, si l'on considère comme juste le jugement de Caton qui se réclamait de la *fides bona* pour punir le silence dolosif de Centumalus qui avait omis de dire que les augures lui demandaient la destruction du haut de son *insula* qu'il avait mise en vente, alors certaines situations dolosives étaient elles aussi répréhensibles, mais ces situations ne pouvaient justement être prises en compte par le *ius ciuile*, aux dires de l'Arpinate. On en conclurait a contrario à l'exclusion des actions de bonne foi de la discipline civiliste: ces actions ne reposeraient que sur le pouvoir du préteur, et seraient les seules à pouvoir sanctionner certains types de silences dolosifs, à la différence du *ius ciuile*, qui serait illustré plus loin par un exemple d'*actio auctoritatis* ou *de modo agri*. Toutefois, pour établir une pareille interprétation, il faudrait d'une part que dans ce texte « *ius ciuile* » ait le sens technique qui l'oppose aux *edicta magistratorum*, au « *ius* » *honorarium* (1°), et d'autre part que les cas de silence dolosifs non appréhensibles selon Cicéron par le « *ius ciuile* » soient effectivement sanctionnables par une action de bonne foi (2°). Or ces deux prérequis manquent manifestement. En outre, la prétendue illustration du « *ius ciuile* » se révèle être, si on considère bien le cas, non pas une *actio auctoritatis*, mais bien, là encore, une *actio empti* (3°)

1°. Dans l'entourage de ce texte, Cicéron emploie à maintes reprises le terme « *ius ciuile* » dans le sens de « *droit positif* », pour comparer le contenu effectif des normes juridiques aux principes moraux tirés de l'éthique et de la philosophie. Ainsi, le §71 montre qu'il inclut l'édit des édiles curules sur la vente des esclaves dans ce qu'il nomme *ius ciuile*⁶⁰⁷, et il le reprécise

⁶⁰⁷ *Nec vero in praediis solum ius civile ductum a natura malitiam fraudemque vindicat, sed etiam in mancipiorum venditione venditoris fraus omnis excluditur. Qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis, praestat edicto aedilium.*

au §91⁶⁰⁸, en évoquant l'action redhibitoire. De même, lorsqu'il continue au §68 le propos entamé au paragraphe §67, on comprend facilement qu'il est attaché à l'opposition entre le droit positif et la morale des philosophes⁶⁰⁹. Ce qu'il veut démontrer, c'est que le dol envisagé par les philosophes et par les moralistes ne correspond pas à son appréhension par le droit positif, et dans ce texte, « *leges* » n'a bien sûr pas le sens technique de norme législative, mais exprime métonymiquement tout le droit positif. On ne voit pas pourquoi il emploierait, uniquement et de manière isolée dans le paragraphe 67, « *ius ciuile* » dans son sens technique, par opposition à la *propria iurisdictio* du préteur. Cicéron emploie ailleurs à plusieurs reprises *ius ciuile*, pour l'opposer, comme droit non écrit, à la loi⁶¹⁰, ou à la *lex naturae*, au *ius gentium*⁶¹¹, mais jamais pour l'opposer au droit prétorien.

Ainsi, le début du §67 n'oppose pas la sanction du dol sur le fondement de la *fides bona* à la sanction du dol par le « *ius ciuile* » au sens technique du terme.

2°D'autre part, lorsqu'il évoque au début du §67, certaines réticences dolosives non appréhensibles « *iure ciuili* », il ne veut pas dire par là qu'elles sont appréhendées effectivement *a contrario* par les actions de bonne foi, de quoi on pourrait déduire le fondement « non-civil » des actions de bonne foi. Lorsqu'il évoque la sentence de Caton sur la sanction du silence dolosif du vendeur concernant les vices de la chose vendue, cela le conduit à une extrapolation morale: si Caton a jugé correctement en se référant à la *fides bona*, alors logiquement, selon Cicéron, le vendeur d'édifices insalubres aurait dû faire savoir leur mauvais état, le marchand de blé aurait du faire savoir aux rhodiens manquant de blé que d'autres navires chargés de blé allaient arriver. Cette considération est totalement extrajuridique, et le cas du marchand de blé est fort significatif: jamais une action de bonne foi à époque classique n'a permis à un acheteur de sanctionner le silence d'un vendeur au motif qu'il n'aurait pas informé l'acheteur de la présence prochaine de concurrents.

Si l'on suit bien le sens du texte, d'ailleurs, on peut donner au verbe *comprehendi* sa pleine valeur: « saisir dans son ensemble »: Cicéron ne fait que nous dire que l'ensemble des *reticentiae* moralement blâmables ne peut être saisi par le droit positif (*ius ciuile*). En outre, si l'on suit la leçon du texte de Toebler, il est écrit « *huiusmodi reticentiae iure ciuili omnes comprehendi non possunt* »: le « *ius ciuile* » (droit positif) ne peut appréhender tous les

⁶⁰⁸ *In mancipio vendendo dicendane vitia, non ea, quae nisi dixeris, redhibeatur mancipium iure civili, sed haec, mendacem esse, aleatorem, furacem, ebriosum. Alteri dicenda videntur, alteri non videntur.*

⁶⁰⁹ *Sed aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias; leges, quatenus manu tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intellegentia.*

⁶¹⁰ Par exemple en III,65

silences dolosifs de ce type. Cela correspond parfaitement à la discipline de l'*actio empti*: certains silences dolosifs seront sanctionnés, mais non tous, et sans doute à l'époque de Cicéron la portée de la clause *ex fide bona* est encore moindre qu'à l'époque d'Ulpien. Ces exemples de silences dolosifs se situent en fait dans la droite ligne des comportements honnêtes mais non imposés juridiquement, dont l'Arpinate avait déjà fait état au §62⁶¹²: un acheteur n'est certainement pas obligé de faire savoir au vendeur, au titre de l'*actio empti*, que le prix qu'il propose est trop bas et qu'il s'est trompé dans l'évaluation de la chose vendue; cela est simplement le fait d'un *bonus uir*. C'est sans doute conforme à la *fides bona* mais ne peut en aucune manière faire l'objet d'un *oportere*. En bref, ce que montre au mieux Cicéron, c'est une implication morale doublée d'une contradiction juridique: si Caton a correctement jugé le silence de Claudius Centumalus, il est étonnant qu'on ne puisse condamner encore le marchand de blé profitant de la disette à Rhodes et omettant d'informer les Rhodiens de l'arrivée prochaine des concurrents. En montrant que la philosophie et le droit appréhendent de façon très différente le silence dolosif, Cicéron montre en filigrane qu'ils appréhendent tout aussi différemment le concept de *fides bona/bona fides*: il veut montrer que ces deux conceptions ne sont pas opposées, tout en ayant conscience qu'elles sont différentes. Tel est son propos: ces deux plans « normatifs » se distinguent nécessairement. Le droit est, comme il le dira plus loin, inspiré par des considérations de morale naturelle (*ius ciuile a natura ductum*), sans leur donner à toutes une sanction effective.

3° L'interprétation, selon laquelle le §67 illustrerait la nature prétorienne des actions de bonne foi et leur exclusion du « *ius ciuile* », conduisait à voir a contrario dans le second procès relaté par Cicéron, montrant les *reticentiae quae (iure ciuili comprehendi) possunt*, celui entre Marius Gratidianus et Sergius Orata, une illustration du « *ius ciuile* »: « (*reticentiae) quae (iure ciuili) comprehendi possunt, diligenter tenentur* ». En conséquence, il s'agirait selon Talamanca d'une vieille action archaïque de la loi des XII tables, l'*actio de modo agri* (ou l'*actio auctoritatis*), que le rusé Orata intentait contre Gratidianus, motif pris de ce que ce dernier n'aurait pas déclaré des servitudes, alors même qu'Orata, ancien

⁶¹¹ Par exemple en III,69.

⁶¹² *Quintus quidem Scaevola, Publi filius, cum postulasset, ut sibi fundus, cuius emptor erat, semel indicaretur idque venditor ita fecisset, dixit se pluris aestumare; addidit centum milia. Nemo est, qui hoc viri boni fuisse neget(...)*

propriétaire, les connaissait. Toutefois, cette seconde action a toutes les chances d'être encore une *actio empti*⁶¹³.

Le procès entre Gratidianus et Orata ne peut être, *a priori*, une *actio de modo agri* ou une *actio auctoritatis*. Il est vrai que la mancipation sans doute opérée par Marius Gratidianus ouvre droit à cette action archaïque de la loi des XII tables⁶¹⁴, et que la matière des déclarations de servitudes faisait typiquement l'objet de ces actions. Toutefois:

-à notre avis, les conditions pour que naisse une action de la mancipation, une *actio auctoritatis* ou (plutôt) *de modo agri*, n'étaient absolument pas réunies, et l'on avait rien à espérer d'une pareille voie de droit. On sait, par Dig. 18.1.59⁶¹⁵ et 21.2.75⁶¹⁶ que le vendeur n'est pas *ex auctoritate* ou *de modo agri obligatus* du simple fait qu'il n'aurait pas mentionné des servitudes, mais au contraire parce qu'il aurait garanti explicitement l'absence de servitudes, et que c'était la position de Quintus Mucius⁶¹⁷. Aussi l'*actio auctoritatis* ou *de modo agri* pour réclamer réparation du fait de servitudes cachées prenait appui sur les *nuncupationes* répétées par l'acheteur pendant l'acte *per aes et libram*: elle ne pouvait se fonder sur le silence du vendeur; or à nul moment Cicéron ne nous parle de la déclaration « *ut optumus maxumus* »⁶¹⁸. D'ailleurs, cette action ne dépendait pas du caractère dolosif des affirmations: elle se fondait uniquement sur le fait que ce qui avait été énoncé par *nuncupatio* ne correspondait pas à la réalité de la chose mancipée; il en était aussi ainsi à propos de l'*actio de modo agri*. A ce titre, elle créait une sorte de responsabilité totalement objective en matière de vices cachés comme en matière d'éviction, sans faire intervenir la *scientia* du vendeur. Dès lors, l'argumentation de Crassus, « *quod uitii uenditor non dixisset sciens, id praestari oportere* », ne correspond pas à ce qu'on attend dans une *actio auctoritatis* ou *de modo agri* pour deux raisons: d'une part, en principe, on devrait se référer aux *nuncupationes*

⁶¹³ Voir, en ce sens, R.CARDILLI, *L'obbligazione di prestare*, cit. p.165-166, A.WATSON, *Law of obligations*, p.79-80, V.ARANGIO-RUIZ, *Compravendita*, p.,

⁶¹⁴ Même s'il y a une mancipation puis remancipation, une *actio fiduciae* est néanmoins peu probable. Voir N.BELLOCCI, *La struttura della fiducia nell'epoca repubblicana. I. Le nuncupationes*, 1979 p.100-101.

⁶¹⁵ Dig. 18.1.59 Celsus 8 Dig. *Cum venderes fundum, non dixisti " ita ut optimus maximusque": verum est, quod quinto Mucio placebat, non liberum, sed qualis esset, fundum praestari oportere. idem et in urbanis praediis dicendum est.*

⁶¹⁶ Dig. 21.2.75 Venonius 16 stipul. *Quod ad servitutes praediorum attinet, si tacite secutae sunt et vindicentur ab alio, quintus mucius et sabinus existimant venditorem ob evictionem teneri non posse: nec enim evictionis nomine quemquam teneri in eo iure, quod tacite soleat accedere: nisi ut optimus maximusque esset traditus fuerit fundus: tunc enim liberum ab omni servitute praestandum. si vero emptor petat viam vel actum, venditorem teneri non posse, nisi nominatim dixerit accessurum iter vel actum: tunc enim teneri eum, qui ita dixerit. et vera est quinti mucii sententia, ut qui optimum maximumque fundum tradidit, liberum praestet, non etiam deberi alias servitutes, nisi hoc specialiter ab eo accessum sit.* Ce texte, comme le montre parfaitement 21.1.76 (*amissam auctoritatem, id est actionem pro evictione*) du même Venonius, traitait originellement de l'*actio auctoritatis*.

⁶¹⁷ Et nous ne pensons pas qu'il ait innové en quoi que ce soit; si les auteurs classiques se réfèrent à lui pour cette règle, ce n'est sans doute pas parce qu'il en a la paternité ou qu'il est original, c'est simplement qu'ils pratiquent sans doute très peu l'*actio auctoritatis*, et se réfèrent à des auteurs pour qui elle représentait encore une réalité juridique quotidienne.

⁶¹⁸ Le récit du procès dans le *De Or.* confirme qu'il s'agissait d'un pur silence I, 178. *Quid? Nuper, cum ego C. Sergi Oratae contra hunc nostrum Antonium iudicio privato causam defenderem, nonne omnis nostra in iure versata defensio est? Cum enim M.*

du *mancipio accipiens*, et non aux paroles du *mancipio dans*; d'autre part, il fait intervenir la *scientia* du vendeur, alors que sa *scientia* n'intervient pas et que seules les paroles « *ut optumus maxumus* » pouvaient alors lier le vendeur, et jamais Crassus ne mentionne une déclaration formelle de Gratidianus garantissant que le fonds était « *ut optumus maxumus* ». D'ailleurs, au §61 (*atque iste dolus malus....et legibus erat uindicatus, ut..., et sine lege, iudiciis in quibus additur ex fide bona...*), lorsque Cicéron nous parle de la sanction du dol avant l'introduction des formules d'Aquilius Gallus, et alors même qu'il est question de *dolus in contrahendo* dans la vente, jamais il ne mentionne l'*actio auctoritatis*, qui aurait été autrement bienvenue si elle avait servi à sanctionner un pur silence dolosif⁶¹⁹.

-le vendeur était en revanche sujet à une *actio empti* pour silence dolosif quant aux servitudes grevant le fonds vendu: c'était déjà la position des *ueteres*, des *iuris auctores* selon Modestin⁶²⁰ qui, par cette expression, se réfère sans doute aux juristes républicains. Sans doute Crassus essayait-il de se prévaloir abusivement de cette règle pour que le juge donne raison à son client. Enfin, le cas même rapporté par Cicéron, où l'acheteur rusé essayait de se prévaloir d'une pareille obligation pesant sur l'acheteur, alors qu'il était parfaitement au courant des servitudes qui grevaient le fonds qu'il achetait, est identique à ce que nous dit Ulpien de l'*actio empti* dans son commentaire à Sabinus⁶²¹: l'explication du juriste de Tyr correspond exactement à l'argumentation d'Antonius.

-D'ailleurs, il existe encore une présomption de taille en faveur de l'*actio empti*. Lorsque Cicéron dit « *adducta res in iudicium est* », il faut comprendre sa parenté étymologique avec le verbe « *deducere* » et l'idée de *deductio in iudicium*, donc de procédure formulaire. Sans doute l'*actio auctoritatis* et l'*actio de modo agri* ont-elles aussi une transposition formulaire, mais, justement, depuis le §61, on parle essentiellement de *iudicia in quibus additur ex fide bona*, et il venait de nous en donner une illustration concrète, à travers la sentence de Caton

Marius Gratidianus aedis Oratae vendidisset neque servire quandam earum aedium partem in mancipi lege dixisset, defendebamus, quicquid fuisset incommodi in mancipio, id si venditor scisset neque declarasset, praestare debere.

⁶¹⁹ Notons encore que l'*actio auctoritatis* est une action au double, sans doute à litiscrescence, et qu'il n'est nulle part question, ni dans le *De Off.*, ni dans le texte du *De Or.*, de *poena dupli* pour cette affaire.

⁶²⁰ Dig. 19.1.39 Modestinus 5 resp. (...)cum hoc et apud veteres sit relatam in eius persona, qui sic exceperat: "servitudes si quae debentur, debentur": etenim iuris auctores responderunt, si certus venditor quibusdam personis certas servitudes debere non admonuisset emptorem, ex empto eum teneri debere, quando haec generalis exceptio non ad ea pertinere debeat, quae venditor novit quaeque specialiter excipere et potuit et debuit, sed ad ea, quae ignoravit et de quibus emptorem certiorare nequivit. herennius modestinus respondit, si quid circumveniendi emptoris causa venditor in specie de qua quaeritur fecit, ex empto actione conveniri posse.

⁶²¹ Dig. 19.1.1.1 Ulpianus 28 ad sab. Venditor si, cum sciret deberi, servitutum celavit, non evadet ex empto actionem, **si modo eam rem emptor ignoravit**: omnia enim quae contra bonam fidem fiunt veniunt in empti actionem. sed scire venditorem et celare sic accipimus, non solum si non admonuit, sed et si negavit servitutum istam deberi, cum esset ab eo quaesitum. sed et si proponas eum ita dixisse: "nulla quidem servitus debetur, verum ne emergat inopinata servitus, non teneor", puto eum ex empto teneri, quia servitus debebatur et scisset. sed si id egit, ne cognosceret emptor aliquam servitutum deberi, opinor eum ex empto teneri. et generaliter dixerim,

au §66, citant explicitement le *iudicium empti* et son *intentio*: pourquoi considérerait-il une autre action au §67 sans même nous prévenir d'un changement? *adducta res in iudicium* signifie très concrètement que « l'affaire passa dans la formule », et puisqu'il avait explicitement formulé plus haut l'*intentio* « *quidquid... ex fide bona* » de la formule de l'*actio empti*, on ne voit pas pourquoi il ne s'agirait pas de la même formule, alors que Cicéron n'apporte aucune précision.

Ainsi, les « *reticentiae quae (iure ciuili comprehendi) possunt* » sont illustrées par l'*actio empti*. Aussi est-il fort probable qu'en énonçant auparavant les *reticentiae quae « iure ciuili comprehendi non possunt »*, Cicéron n'entendait pas du tout établir un contraste entre les actions de bonne foi et le *ius ciuile* concernant la répression du dol: bien au contraire, il entendait simplement montrer que mêmes ces actions ont une portée limitée concernant sa répression, et ne sauraient atteindre tous les silences dolosifs. Ainsi, on voit difficilement comment le §67 pourrait mettre en contraste les actions de bonne foi et le *ius ciuile*, puisqu'il illustre précisément la sanction du dol au nom du « *ius ciuile* » en relatant un procès très probablement fondé sur la formule de l'*actio empti*.

Sans doute, dans la mesure où « *ius ciuile* » n'a que le sens général de « droit positif », ne peut-on tirer argument de ce texte pour montrer que Cicéron considérerait l'*actio empti* comme partie intégrante du *ius ciuile*. Mais on peut le déduire implicitement, si on le rapproche d'autres passages de Cicéron.

b) l'appartenance de l'*actio empti* à la discipline civiliste:

Ce caractère civil de l'*actio empti* ressort de deux textes qui ont rapport avec le §67, l'un dans le *De Oratore* (1°), l'autre au §65 du *De Officiis* (2°)

1° D'une part, ce procès entre Sergius Orata et Gratidianus, fondé sur la formule de l'*actio empti*, est précisément évoqué par Crassus, défenseur de Sergius Orata, dans le dialogue *De Oratore*⁶²², au milieu d'un foisonnement d'exemples. Crassus, pour montrer la nécessité pour l'orateur de maîtriser le *ius ciuile*, cite une série de procès et de controverses dont la matière

si improbato more versatus sit in celanda servitute, debere eum teneri, non si securitati suae prospectum voluit. haec ita vera sunt, si emptor ignoravit servitutes, quia non videtur esse celatus qui scit neque certiorari debuit qui non ignoravit.

⁶²² *De Or.*, 1,178: *Quid? Nuper, cum ego C. Sergi Oratae contra hunc nostrum Antonium iudicio privato causam defenderem, nonne omnis nostra in iure versata defensio est? Cum enim M. Marius Gratidianus aedis Oratae vendidisset neque servire quandam*

est résolument « civile », « *in quibus certatur de iure ciuili* »⁶²³: il rappelle plusieurs cas de pétitions d'hérédité, liés à l'hérédité gentilice, au *ius patronatus*, à la substitution pupillaire; il rappelle une *actio auctoritatis* ou *de modo agri* en I,176; il rappelle de même une série de procès liés au statut des personnes et à l'incidence du *ius postliminii*. Ce qui est significatif, c'est que dans cette énumération il ne cite aucun procès susceptible d'être intenté sur la base d'une *formule in factum*, ou même d'une action prétorienne. Si donc, au milieu de cette énumération de procès fondés uniquement sur des actions appartenant aux vieux fonds civil archaïque, il cite un procès fondé sur une *actio empti*, cela tend plutôt à montrer l'appartenance indiscutable de celle-ci au groupe des actions civiles. Conséquemment, il est peu probable que Crassus, vers 90 av. JC, considère les actions de bonne foi comme un groupe d'actions prétoriennes.

2° D'autre part, au §65, Cicéron commence une réflexion sur la sanction par le « *ius ciuile* » du silence dolosif en matière de vente de biens construits⁶²⁴. Le contraste qu'il présente est intéressant à maints égards: la loi des XII tables sanctionnait simplement la non-prestation de ce qui avait été énoncé explicitement dans les *nuncupationes*, avec une peine du double pour l'*infitiator* (*uti lingua nuncupassit, ita ius esto*); ce sont les juriconsultes qui inventèrent une « *poena reticentiae* », en considérant que le vendeur devait réparation pour tous les vices de la chose vendue dont il avait eu connaissance et qu'il avait cachés: le « *quidquid uitii esset...praestari oportere* », semble être un *dictum* de *ueteres* et se référer à une obligation civile.. Suite à ces considérations générales, Cicéron les illustre par le procès entre Calpurnius Lanarius et Claudius Centumalus, jugé par Caton sur le fondement de la formule de l'*actio empti*. La logique du raisonnement nous paraît confirmer implicitement le fondement civil de l'*actio empti*.

-lorsque Cicéron commence au §66 à relater le litige, il veut illustrer ses propos de la fin du paragraphe §65, et c'est tout naturellement qu'il songe à l'*actio empti*. L'expression « *quicquid esset... , praestari oportere* », employée aussi dans le texte du *De Oratore*, par sa largeur, semble se référer à une *intentio incerta*, que ne possédait pas l'*actio auctoritatis*, mais bien

earum aedium partem in mancipi lege dixisset, defendebamus, quicquid fuisset incommodi in mancipio, id si venditor scisset neque declarasset, praestare debere.

⁶²³ De Or., I,175.

⁶²⁴ III,65 *Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poena subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quicquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere.*

l'actio empti. Ce *praestari oportere* qui conclut le §65, conclura encore le §66 (*praestare oportere*), qui est la sentence de Caton fondée sur les termes de *l'intentio* de *l'actio empti*.

-si les actions de bonne foi avaient été prétoriennes, Cicéron n'aurait pas manqué alors de nous montrer ce contraste: plutôt que d'opposer à son propos la *lex XII Tabularum* à la science des *iurisconsulti*, il aurait pu établir à cette occasion un très beau parallèle entre la *lex* et *l'edictum praetoris*, d'autant que le début de son propos au §61 était bien de montrer la répression du dol avant l'introduction des moyens prétoriens par le préteur Aquilius Gallus. Lorsqu'il parle plus loin de la garantie des vices dans la vente édilicienne, il n'hésite pas à rappeler son fondement honoraire: « *praestare edicto aedilium* ». L'opposition entre la lettre de la loi, fondement ordinaire d'une action civile, et la science des jurisconsultes n'a de sens qu'envisagée au sein du *ius civile*. Sans doute est-ce là, comme nous le verrons, le fondement matériel des obligations sanctionnées par *l'actio empti*: *l'interpretatio prudentium*.

Ce texte de Cicéron nous montre donc que, bien loin d'être considérés comme des *iudicia sine lege*, dont le fondement serait purement prétorien, les actions de bonne foi ont très probablement aux yeux de ses contemporains un fondement civil. Bien plus, il nous semble même que ces *iudicia* soient considérés implicitement par Cicéron comme des « *iudicia legitima* ».

Ce texte du *De Officiis* est donc un preuve très faible d'une absence de fondement législatif qui caractériserait les *iudicia bonae fidei*. Bien plus, il peut très vraisemblablement prouver l'inverse, ou du moins prouver qu'à l'époque de Cicéron, leur absence de fondement législatif n'apparaît pas caractéristique de ce groupe d'actions, et que *l'actio empti*, se voit reconnaître un fondement substantiel dans le *ius civile*. Sans doute ne nous permet-il pas de trouver un fondement législatif explicite pour une action de bonne foi. Mais il ne montre en rien que l'absence de fondement législatif soit leur trait saillant et caractéristique qui les exclurait du groupe des actions plus tard qualifiées d'actions civiles. En revanche, bien plus manifeste encore est, dans leur cas, l'absence de fondement prétorien.

2.1.1.2. *L'absence certaine de fondement prétorien (Sous-section 2)*

Les recherches sur le statut préclassique des actions de bonne foi se sont très fréquemment fondées sur un raisonnement négatif et apagogique: puisqu'on ne peut leur trouver de fondement législatif, on devrait nécessairement les considérer comme prétoriennes. Nous pensons avoir montré qu'à supposer que ces actions manquent de fondement législatif, elles ne sont pas véritablement caractérisées par ce trait aux yeux de Cicéron.

Toutefois, leur caractère prétorien mériterait d'être étayé de faits positifs, de traces tangibles d'un fondement prétorien.

Or on ne trouve pas trace, à époque classique, d'un édit introductif et d'une *propria iurisdictio* fondant une action de bonne foi (I), pas plus que l'on ne saurait, à époque républicaine, leur trouver un fondement général dans l'édit *de pactis* (II), si bien qu'on ne peut, sur le fondement d'un texte célèbre du *pro roscio Comoedo*, les considérer comme des *arbitria honoraria* au sens d'actions prétoriennes (III)

I.L'absence certaine d'édit introductif à époque classique

II.L'impossibilité d'un rattachement à l'édit *de pactis* à époque républicaine

III.Des *iudicia legitima* ou des *arbitria honoraria*? (*Rosc. Com.*,§15)

2.1.1.2.1. *L'absence d'édit introductif et de propria praetoris iurisdictio à l'époque classique (I)*

Les actions de bonne foi peuvent être qualifiées de civiles par voie négative: alors que la procédure formulaire exige en principe une clause spécifique, un « édit introductif » pour fonder une action prétorienne (A), aucune action de bonne foi dans l'album ne manifeste ainsi son fondement dans la *propria praetoris iurisdictio* (B).

2.1.1.2.1.1. *La nécessité générale d'une promesse édictale pour les actions prétoriennes (A)*

L'édit du préteur est la manière dont ce dernier manifeste son pouvoir de juridiction.

Une action prétorienne est une action concédée par le préteur; ce fondement trouve sa manifestation spécifique dans l'édit. La formule ne fait que manifester la nature prétorienne, mais le fondement prétorien de l'action se trouve ailleurs, dans une promesse⁶²⁵. La formule d'une action prétorienne figurant dans l'édit se trouve donc nécessairement, sinon précédée, du moins commandée, par un édit spécifique (1), nonobstant certains cas dérogatoires(2).

1) La nécessité générale d'un édit spécifique : le *iudicium dabo*

Point n'est besoin de citer tous ces édits spécifiques, où le préteur choisit de protéger par sa juridiction un certain type de situation, par un très solennel « *iudicium dabo* »: on y trouve bien sûr les édits promettant des formules *in factum*, telles que celle du *dol*⁶²⁶, celles du *constitut*⁶²⁷, des *recepta*⁶²⁸, etc.; on rencontrera sans peine les édits promettant des formules « *in aequum bonum conceptae* », telles celles de *sepulchro uiolato*⁶²⁹, celles de l'*actio funeraria*⁶³⁰, etc.; on y trouve encore les édits qui concernent bon nombre d'actions fictives, telles que l'action Publicienne⁶³¹, ou encore les actions « *rescissa capitis deminutione* »⁶³²; on

⁶²⁵ A. MAGDELAIN, *Consensualisme*, p.85 et *passim*.

⁶²⁶ EP³, §40.

⁶²⁷ EP³, §97.

⁶²⁸ EP³, tit. XI, §§48-50.

⁶²⁹ EP³, §93

⁶³⁰ EP³, §94

⁶³¹ EP³, §60

⁶³² EP³, §42

y trouve les formules dites *adiecticiae qualitatis*⁶³³. A l'inverse, des formules telles que celle de l'action *damni iniuria*, de l'*actio communi diuidundo*, de l'*hereditatis petitio*⁶³⁴, ne sont rattachables à aucune promesse spécifique du préteur. Et il existe une nette différence entre les formules précédées d'un édit, qui sont originellement une grâce du préteur, et les autres formules, qui n'eurent pas besoin d'être annoncées par une promesse spécifique.

Cette distinction manifeste une différence de fondements entre deux groupes d'actions, entre *propria praetoris iurisdictio* et *ius civile* (1°) et se répercute dans le langage de la jurisprudence, par l'emploi de verbes différents concernant leur concession *dari* et *competere* (2°).

1°En, principe, l'action civile trouve son fondement ailleurs que dans l'édit du préteur: ce dernier, en créant sa formule, ne fait qu'assurer l'existence du *ius persecuendi* dans ce nouveau *modus agendi* qu'est la procédure formulaire, mais officiellement, il ne crée pas d'action et ne fait que la réexprimer et assurer une procédure. Typiquement, l'*actio damni iniuria* trouve son fondement dans les dispositions de la *lex Aquilia* qui la garantit à tout citoyen, contre tout citoyen. Le passage à la procédure formulaire n'a pas changé cette donnée: le préteur n'a fait que changer son *modus agendi*, mais l'*actio damni* dont se prévaut un citoyen est une donnée juridique totalement indépendante du préteur. C'est la *lex* qui la concède au citoyen, non le magistrat, qui ne fait que se plier à la loi.

A l'inverse, l'existence d'une promesse d'action est un témoignage très sûr de sa source prétorienne.

En réalité, l'*actio* ne tire pas dans ce cas sa substance de la formule, mais bien de l'édit: afficher une formule, en soi, ne serait pas un acte normatif, et c'est la promesse d'en donner une telle qui représente une norme prétorienne. Significativement, c'est souvent cet édit que commentent davantage les juriconsultes dans leurs commentaires à l'édit du préteur, lorsqu'ils traitent d'une action prétorienne. C'est cette promesse du préteur exprimée par un futur (*iudicium dabo*) qui permet au justiciable de s'attendre à être protégé dans une situation donnée. Ces actions précédées d'un édit les promettant sont dites « *ex propria ipsius iurisdictione comparatas* ». Elle ne tirent leur substance que du pouvoir que le préteur possède de créer des procédures, Gaius va jusqu'à dire « *ex propria ipsius iurisdictione pendent* »⁶³⁵: elles dépendent de son pouvoir propre d'octroyer des procédures.

⁶³³ EP³, tit. XVIII §§ 101-104.

⁶³⁴ EP³ *Damni iniuria*: §77; *communi diuidundo*: §81; *hereditatis petitio*: §65.

⁶³⁵ IV,110.

Cette opposition entre deux types de fondements est implicitement posée par Gaius lorsqu'il donne une première explication possible de l'appellation « *legis actio* »⁶³⁶. Il explique l'expression en considérant qu'elle désigne la source de l'action: c'est la loi qui avait concédé l'*actio*, et sa précision est intéressante: en ce temps, les *edicta praetoris* n'étaient pas encore en usage. A notre avis, « *edicta praetoris* » ne renvoie pas à l'édit général du préteur ou aux édits successifs de différents préteurs, mais bien à ces promesses du préteur, ces clauses introductives, représentant chacune un édit prétorien particulier. La relative « *quibus complures actiones introductae sunt* » le confirme: une nouvelle action prétorienne est certes introduite dans (*in* +acc. ou abl.) l'édit général du préteur, mais elle est introduite par (*quibus*) ces promesses spécifiques, et originellement, le préteur commença sans doute par faire des édits spécifiques promettant une formule, ou un nombre limité, avant de faire un édit général sur lequel serait modelé tout l'album. Pour Gaius, la première explication de l'expression *legis actio* serait que ces *actiones* furent concédées par la loi, et non par des promesses spécifiques, par un « *iudicium dabo* ». C'est le « *iudicium dabo* » qui représente selon lui un type spécifique de source d'action prétorienne, par opposition à la *lex*.

Avant la *lex Cornelia de iurisdictione* de 67⁶³⁷, semble-t-il, la différence était encore plus marquée, du moins en théorie, entre ces deux types d'actions. Autant les actions civiles étaient des droits garantis aux citoyens indépendamment de la juridiction prétorienne, et en principe par la loi: la loi des Douze Tables avait justement eu pour but de limiter le pouvoir discrétionnaire du magistrat « *qui ius dicit* », et les Romains trouvèrent ainsi, dès le Vème siècle, dans la *lex*, un remède de principe au déni de justice. Autant les actions dites « prétoriennes » avaient un fondement très mince, une promesse du magistrat dans un édit; et s'il était la source même de l'édit, la hiérarchie des normes ne lui imposait pas de le respecter avec autant de scrupule que la loi, puisqu'il pouvait en principe modifier son propre édit. Il accordait, avec plus ou moins de bonne volonté, des procédures qui ne reposaient pas sur du *ius*. Sans doute n'avait-il aucun intérêt social, politique, ou électoral à ne pas respecter ses promesses, mais en principe, il était moins lié par ses édits que par la loi. Sans doute la définition de Celse du terme *actio* comme « *ius persequendi* » était-elle déjà vraie à l'époque, mais très vraisemblablement elle ne concernait pas encore les formules des actions prétoriennes: les promesses du préteur ne constituaient pas des droits subjectifs, dont le

⁶³⁶ IV,11. *Actiones, quas in usu ueteres habuerunt, legis actiones appellabantur uel ideo, quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur (...)*

⁶³⁷ A.METRO, « La *lex Cornelia de iurisdictione* alla luce di Dio Cass. 36,40,1-2. », IURA, 20, 1969, p.500 et *La denegatio actionis*, p.140.

citoyen pouvait se prévaloir intangiblement et de plein droit. Significativement, il fallut donc une loi pour imposer aux préteurs de respecter leurs propres édits.

En revanche, dans le cas d'une action civile, il n'avait pas, en principe, à promettre quelque chose qu'il ne pouvait se sentir le droit de refuser: il n'avait qu'à indiquer dans l'album une formule.

Cette distinction s'est gardée, avec une fortune plus ou moins longue, dans le lexique de la jurisprudence.

2° Pour parler du rapport du justiciable à l'action qu'il peut espérer intenter, Gaius emploie significativement un vocabulaire nuancé. Il dit d'une action prétorienne qu'elle est « donnée » (*datur*) par le préteur, alors que pour une action civile, il considère qu'elle « *competit* »⁶³⁸.

L'explication tient à ce que, dans le cas d'une action civile, c'est le *ius*, (souvent la loi), qui concède au citoyen le droit de réclamer quelque chose: d'où l'expression *competere* ou *ipso iure competere*. Le préteur ne fait qu'« *accommodare* », selon l'expression de Gaius, l'action. En créant des formules d'actions civiles, il ne fait que rendre effectivement disponible une action qui est en principe un droit du citoyen, mais en réalité il n'a pas, idéalement, le sentiment de créer un *ius*. A l'inverse, le verbe « *datur* », caractérisant les actions à fondement prétorien, est quant à lui la reprise explicite du « *iudicium dabo* » des promesses de formules inscrites par le préteur dans son édit.

Sans doute cette précision de langage est-elle loin d'être toujours respectée, et la langue d'Ulpien ou de Paul manifeste bien que les actions prétoriennes elles-aussi « *competunt* ». Sans doute même la retrouve-t-on déjà perturbée dans des citations plus ou moins littérales de Servius. Assurément, la valeur de l'album, après la *lex Cornelia de iurisdictione*, mais surtout après la fixation de l'édit perpétuel⁶³⁹, a fini par garantir tout aussi vigoureusement aux citoyens les sanctions purement prétoriennes lorsqu'elles sont édictales, et en revanche, l'expression « *dari actionem* » « *dari iudicium* » s'est retrouvée cantonnée au domaine des actions décrétales, ou du moins témoignait d'une situation où le préteur faisait acte d'innovation, même en octroyant une action civile. Il n'en reste pas moins vrai que Gaius, soucieux de rigueur lexicale, reste très précis dans son vocabulaire et manifeste un état de la

⁶³⁸ IV.112. *Non omnes autem actiones, quae in aliquem aut ipso iure competunt aut a praetore dantur, etiam in heredem aequae competunt aut dari solent. est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, uelut furti, ui bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae. sed heredi ****dem [uidelicet actoris] huiusmodi actiones competunt nec denegantur, excepta iniuriarum actione et si qua alia similis inueniatur actio.* cf. encore, §109: (...) *et ex diuerso si ex ea causa, ex qua nobis edicto praetoris datur actio*(...): l'action nous est donnée par l'édit du préteur.

⁶³⁹ Sa stabilité à époque républicaine n'est plus à démontrer, rappelons-le: cf., pour toute la question, D.MANTOVANI, « *Gli esordi* », op.cit., p.70 ss.

langue jurisprudentielle beaucoup plus conservateur dans ce passage, où il se sent obligé à quatre reprises d'employer deux termes différents⁶⁴⁰.

Quoi qu'il en soit, le « *dari actionem* » de Gaius renvoie bien à une promesse spécifique du préteur inscrite dans son album, et les actions prétoriennes sont en principe précédées ou commandées par une telle promesse, malgré quelques cas dérogatoires apparents.

2) Les dérogations apparentes

On rencontre dans la reconstruction lenelienne de l'édit du préteur différentes dérogations à la règle, plus ou moins apparentes: on ne trouve pas trace d'un édit pour certaines actions prétoriennes (1°), pas plus que pour les interdits (2°), tandis que l'on trouve des actions civiles précédées d'un édit (3°). Mais la principale difficulté vient de l'action servienne, pour laquelle on ne trouve pas trace d'un édit introducteur dans la Compilation (4°).

1° Certaines actions utiles n'ont pas d'édit. Il s'agit essentiellement d'actions en revendication: pétition d'hérédité possessoire, pétition d'hérédité fidéicommissaire, et l'action utile *de communi diuidundo*. Mais on rencontre encore l'actio *de eo quod certo loco*, ainsi que certaines formules *in factum* imitant des actions pénales.

Pour la pétition d'hérédité fideicommissaire, le livre 16 du commentaire d'Ulprien ne fait pas mention de l'édit: et c'est tout naturel, puisque la source de cette action est le sénatusconsulte Trébellien⁶⁴¹. C'est d'ailleurs à cette occasion qu'Ulprien explique incidemment ce qui prend dans la compilation les airs d'une maxime, « *non ambigitur senatusconsultum ius facere posse* »⁶⁴². Peut-être dès la fixation de l'édit par Julien, n'y avait-il pas de promesse édictale pour cette action, le sénatusconsulte étant considéré comme une source d'action à part entière qui dispense le préteur d'une promesse solennelle dans l'album: reposant sur un sénatusconsulte, elle ne dépend pas de la *propria praetoris iurisdictio*.

⁶⁴⁰ Sans doute Gaius lui-même au livre IV ne respecte pas toujours la règle: ainsi emploie-t-il le verbe *competere* pour l'actio *de peculio* ou l'actio *tributoria*, alors qu'il avait commencé par respecter la distinction en disant « dare » (§69, deux fois au §71; au §72, il emploie l'expression « *hanc actionem pollicetur* » au §72a). Sans doute revient-t-il alors au vocabulaire de son temps, sans arriver à s'en tenir invariablement au conservatisme lexical des premiers prudens.

⁶⁴¹ Voir A.MAGDELAIN, *Consensualisme*, p.87, qui prend position contre H.Krueger (ZSS 1916, p.298, que nous n'avons pas consulté).

⁶⁴² Dig. 1.3.9 Ulpianus 16 ad ed. Le livre 16 de son commentaire traite bien de la pétition d'hérédité fidéicommissaire. Voir *Palingénésie*, p.507, n°541.

La pétition d'hérédité possessoire et les différentes actions fictives du *bonorum possessor* au titre XV, §68, ne semblent pas non plus précédées d'un édit dans le commentaire d'Ulpien, quoique nous n'en ayons qu'un seul extrait (Dig.5.3.1), assez explicite pour les considérer comme des actions prétoriennes. Mais ces actions fictives sont commandées et trouvent leur source implicite dans les promesses du titre XXV de l'édit; quant à la pétition d'hérédité possessoire au sens propre, pour peu qu'elle soit classique, nous n'en connaissons pas la formule et possédons trop peu d'extraits pour juger si elle tirait sa source d'une promesse édictale spécifique, ou d'un sénatusconsulte⁶⁴³.

L'action utile *de communi diuidundo* pose davantage de difficultés: est-ce une nouveauté introduite par Julien? Il n'est fait mention d'aucun édit ni dans le commentaire de Paul, dont nous n'avons que de maigres passages, ni dans celui d'Ulpien. Toutefois, dans la mesure où il concerne essentiellement la *iusta causa possidendi*, il semble gouverné par d'autres dispositions édictales. Si par ailleurs il est, comme on le pense souvent⁶⁴⁴, une nouveauté introduite par Julien (alors qu'auparavant, il n'existait que sous forme décrétale), Julien n'a pas pris soin de faire *ex nihilo* une promesse édictale. Enfin, notons que, puisque les développements concernant cette action n'ont pas reçu de titre propre dans le Digeste, mais ont été insérés à la suite des développements sur l'*actio communi diuidundo*, les compilateurs peuvent avoir soustrait les commentaires de la promesse édictale, qu'ils aiment avant tout placer en début de titre.

Concernant les actions personnelles réipersécutoires, on ne trouve pas trace d'une promesse édictale de l'*actio de eo quod certo loco*⁶⁴⁵, que d'aucuns considèrent comme prétorienne⁶⁴⁶. De manière générale, certaines actions prétoriennes peuvent avoir été dispensées d'édit parce qu'elles prenaient modèle sur une formule *in ius*. Quant à l'*actio de eo quod certo loco*, elle corrige essentiellement le *ius ciuile* quant au mode d'évaluation de la condamnation, en élargissant le pouvoir du *iudex*. Elle ne crée pas un lien non reconnu par le *ius ciuile*, bien au contraire, elle sert à sanctionner le préjudice causé par un promettant qui n'a pas respecté le lieu de paiement mentionné dans la stipulation. En aucun cas une telle action ne sert à corriger un défaut dans les prérequis imposés à la stipulation par le *ius ciuile*. A ce titre, on peut se demander si cette action fut véritablement considérée comme prétorienne, puisque toute son *intentio* prenait appui sur un acte qui devait être parfaitement conforme aux règles

⁶⁴³ Le Digeste (5.5) ne donne qu'un extrait d'Ulpien et un extrait de Gaius.

⁶⁴⁴ A.MAGDELAIN, *Consensualisme*, p.87, n.187.

⁶⁴⁵ EP³, §96

⁶⁴⁶ Voir MAGDELAIN, *op.cit.*, p.86, n.186. Toutefois, D.MANTOVANI, *Formule*, p.49, la range à bon droit parmi les actions civiles.

du *ius civile*: l'*intentio* était donc *in ius*, et le préteur ne considérait en aucune manière qu'il créait l'action « *ex propria ipsius iurisdictione* ». L'*actio de eo quod certo loco* est sans doute une invention des juriconsultes soufflée à l'oreille du préteur, mais préparée dans un cadre et une problématique proprement civiliste, la question des conditions exactes de la libération du débiteur en cas de *dare oportere certo loco*.

Concernant les actions pénales, plus difficile est à expliquer l'absence de trace d'édit pour la formule *in factum aduersus nautas caupones stabularios*⁶⁴⁷ complétant les formules de l'*actio damni*. Assurément, la formule *aduersus nautas*⁶⁴⁸, complétant l'*actio furti nec manifesti*, était quant à elle précédée, comme on s'y attend, d'un édit. Notons toutefois que:

-la Palingénésie nous montre que la plupart des textes de Paul et d'Ulpian extraits de leurs commentaires à l'édit concernant ces actions ont été placés par les compilateurs dans la rubrique 4.9 où sont étudiés les *recepta*, institution en principe totalement étrangère dans son objet à la discipline de l'*actio damni* et à ses succédanés « *in factum* »; s'il en est ainsi, les compilateurs peuvent tout à fait avoir omis de mentionner l'édit annonçant l'action, puisque non seulement ils ne lui avaient pas réservé de titre propre dans le Digeste, mais en outre avaient dispersés ses commentaires non pas dans le titre 9.4 sur la *lex Aquilia*, mais bien dans un titre concernant les *recepta*.

-dans la mesure où l'on ne trouve aucune référence à Julien mentionnant cette formule *in factum*, il est possible qu'à son époque elle ait été encore décrétales, comme de nombreuses actions décrétales accommodées sur la *lex Aquilia*. On pourrait bien entendu songer à une source dans des rescrits impériaux. Quoi qu'il en soit, les faibles traces qu'on trouve de cette action, dont les textes ont été « fondus » par les compilateurs dans des rubriques qui leur étaient originellement plus ou moins étrangères, ne permet pas de conclure à une absence d'édit, pas plus qu'elle ne permet d'ailleurs de conclure à une présence effective de la formule dans l'album.

Enfin, la formule *in factum* contre l'*agrimensor* est considérée par Lenel comme dépourvue d'édit. Il se fonde sur l'opinion que le fragment 1.1 du titre 11.6 est interpolé, et que « *uerba edicti* » remplace un hypothétique « *uerba formulae* ». Cela n'est toutefois pas une certitude, aussi cette action pourrait-elle tout à fait avoir eu un édit⁶⁴⁹.

Aussi voit-on que toutes ces actions prétorienne ne démentent nullement la tendance uniforme à annoncer les actions par une promesse édictale.

⁶⁴⁷ EP³, §78
⁶⁴⁸ EP³, §136.
⁶⁴⁹ EP³, §89.

2° Les interdits⁶⁵⁰, pas plus que les stipulations prétoriennes, ne sont précédées d'un édit. Toutefois, cette dérogation n'est qu'apparente.

Tout d'abord de nombreux interdits sanctionnent des situations définies par une promesse édictale à un autre lieu de l'album. En tant qu'instruments de l'*imperium* du préteur, ils peuvent servir à protéger une institution purement prétorienne de la manière la plus énergique qui soit. Ainsi, de nombreux interdits possessoires viennent sanctionner les promesses de protéger la possession figurant au titre XXV de l'édit.

De la même manière, les stipulations prétoriennes sont souvent commandées « à distance » par un édit: ainsi en va-t-il de la *stipulatio damni infecti* au §292, commandée par l'édit du titre XXIX, ou de la *satisfatio saluam rem pupilli fore* du §288, commandée par l'édit « *de administratione tutorum* » du §121.

Par ailleurs, le texte de l'interdit est souvent à mi-chemin entre une formule et un édit, et le préteur n'hésite pas à employer le futur⁶⁵¹. Il se suffit à lui-même, parce qu'il n'est pas, généralement, l'octroi d'un *iudicium* (il ne nomme pas de juge dans la plupart des interdits), mais bien plutôt un ordre ou une défense adressée par le préteur en vertu de son *imperium*: le préteur a affiché les modèles d'ordres ou d'interdictions qu'il prendra. Le §141 de Gaius nous le prouve suffisamment; l'interdit n'est pas un *iudicium*, puisque l'ordre du préteur est suivi d'une *sponsio* qui sert à lier le contentieux, ou d'une formule qui n'est pas l'interdit lui-même à proprement parler; l'interdit servira de base et de norme pour juger le litige: c'est pourquoi l'on peut être dit agir « *ex interdicto* ».

Enfin, rappelons que la division des actions prétoriennes et des actions civiles ne pourra se poser pour des modèles d'ordre purement prétoriens. Sans doute le terme « *actio* » englobe-t-il à basse époque les interdits; mais c'eût été initialement un abus de langage. Les interdits, en un sens, ne sont jamais « *ex propria praetoris iurisdictione* », et ce tout simplement parce qu'il descendent, non de la *iurisdictione* du préteur, mais bien de son *imperium*.

Ils ne constituent donc nullement une dérogation, puisque la nécessité d'une promesse édictale ne vaut qu'en matière de *propria iurisdictione*, et non pour les voies de droit attachées uniquement à l'*imperium*.

⁶⁵⁰ RZ, p.408 ss. Voir les précieuses remarques de D.MANTOVANI, *Formule*, p.29, dont nous nous inspirons.

⁶⁵¹ Voir Mantovani, *Formule*, p.29-30.

3° Le principal cas d'action civile pourtant précédée d'un édit est le *iudicium operarum*. C'est une action sans doute civile, puisque le *iusiurandum liberti* est une manière de s'obliger reconnue par le *ius civile*, au témoignage de Gaius⁶⁵². Sa formule est très vraisemblablement *in ius*. Et pourtant elle est précédée d'un édit. Cela n'est pas choquant en réalité⁶⁵³. L'édit ne promet pas une formule *ex nihilo*. Ce n'est qu'une promesse du préteur de ne pas accorder l'action au-delà d'un certain montant. L'édit n'a pas pour fonction d'introduire une action, mais promet une limitation prétorienne de la réclamation qui serait autrement valable selon le *ius civile*. Aussi cet exemple est-il loin de montrer qu'une action civile pourrait être précédée d'un édit.

Définitivement, une action civile n'a dans l'album qu'une transposition dans une formule, tandis que les actions prétoriennes trouvent l'expression de leur source dans une disposition spécifique qui représente une promesse du préteur.

4° L'action Servienne représente, au vu des textes du Digeste, la seule véritable anomalie par rapport au principe implicitement reconnu par tous les jurisconsultes⁶⁵⁴. Elle représente assurément une institution inconnue du *ius civile*, et chaque jurisconsulte la considère comme une pure création prétorienne.

Pourtant, on ne trouve pas trace d'un édit la promettant, comme le soulignait Lenel, qui la place dans l'album après l'interdit salvien. Notons toutefois plusieurs anomalies que rencontre nécessairement la reconstitution de l'album concernant l'action Servienne, car les compilateurs ont choisi de présenter de manière analytique et substantialiste le droit des hypothèques et des gages au livre XX du Digeste.

La première, et sans doute la plus étonnante, est que le titre du Digeste ne commence pas, pour cette institution éminemment prétorienne, par un extrait de commentaire à l'édit du préteur: ni par Ulpien, ni par Paul, ni par Gaius, ni par Julien. Bien entendu, le titre 20.1 est structuré en *pars sabiniana-pars edictalis-pars papiniana*, et les extraits concernant l'action servienne dans les commentaires à l'édit du préteur figurent pour la plupart dans la *pars edictalis*. Toutefois, le titre 20.1 commence par un déplacement d'extraits de la *pars papiniana*. De manière générale, au livre XX, les développements tirés de la littérature

⁶⁵² III, 95a. (...) *Item uno loquente et sine interrogatione alii promittente contrahitur obligatio, si libertus patrono aut donum aut munus aut operas se daturum esse iuravit, etsi haec sola causa est, ex qua iureiurando contrahitur obligatio. sane ex alia nulla causa iureiurando homines obligantur, utique cum quaeritur de iure Romanorum. nam apud peregrinos quid iuris sit, singularum ciuitatum iura requirentes aliud intellegere poterimus (...).*

⁶⁵³ Ainsi le concevait O.LENEL (EP³, p.339), et l'argumentation avancée par A.MAGDELAIN, *Actions civiles*, p.44, n.1, contre lui, nous semble inopérante.

⁶⁵⁴ A.MAGDELAIN, *Consensualisme*, p.115 ss.

édictale se font fort rares et sont extrêmement disséminés, assez courts. Pourquoi les compilateurs n'ont-ils pas choisi de suivre comme fil directeur le commentaire d'Ulpian ou de Paul à l'édit du préteur, alors même que cette action représente l'un des fleurons de la créativité prétorienne ?

Il est à ce titre fort difficile de situer exactement l'action servienne dans l'album, de déterminer exactement s'il avait ou non un édit: l'état de la compilation offre trop de prises aux incertitudes. La vraie question serait plutôt de savoir pourquoi les commentaires de Paul, d'Ulpian, de Gaius, à l'Edit, sont si peu favorisés par les compilateurs. De même pourquoi une action figurerait-elle ainsi, au milieu des interdits de la fin de l'album, comme le reconstituait Lenel?

Pour notre part, nous suivons modestement Pascal Pichonna⁶⁵⁵ qui préfère supposer l'existence d'un édit pour cette action sans qu'il puisse être reconstitué. Nous pensons accessoirement que la raison pour laquelle les commentaires à l'édit furent si peu pris en compte, pour l'une des institutions phares manifestant la créativité prétorienne, est la suivante: l'édit originel concernait l'action Servienne, mais non la quasi-servienne, qui fut placée derrière l'action Servienne, mais sans édit, parce qu'elle était supposée en être l'extension naturelle; or c'est celle-là qui fut la plus utilisée et qui intéressa les compilateurs, car c'était elle l'action « hypothécaire » générale. Les commentaires à l'édit faisaient peut-être trop peu de place à l'action la plus utilisée, et restaient beaucoup plus prolixes sur l'action servienne originelle, celle qui était elle-même le prolongement de l'interdit salvien, et qui concernait uniquement les *res coloni*.

En bref, il est difficile de prendre appui sur l'action servienne, en raison de difficultés philologiques, pour montrer que la présence d'un édit annonçant une action prétorienne ne serait pas la règle.

Nous pouvons ainsi considérer qu'en principe, une action prétorienne est une action promise par un édit, et qu'elle trouve son fondement spécifique dans cet édit, alors que l'action civile n'en a nul besoin, le préteur n'ayant idéalement aucune maîtrise sur sa source. Examinons maintenant ce principe tel qu'il est appliqué aux actions de bonne foi.

⁶⁵⁵ P.PICHONNAZ, « L'action servienne dans l'édit du préteur », in Mélanges en mémoire d'André Magdelain, dir. M.Humbert et Y. Thomas, Paris,1998 p.373.

2.1.1.2.1.2. *L'absence de promesse édictale pour une action de bonne foi (B)*

Une fois précisée toute la rigueur avec laquelle les préteurs s'appliquent ce principe, on peut maintenant mesurer à l'aune de ce critère la nature des actions de bonne foi. Puisqu'il n'y a jamais eu d'édit pour annoncer et promettre une action directe de bonne foi (1), nonobstant quelques dérogations apparentes liés au travail de compilation et à la concurrence d'une formule *in factum*(2) il y a tout lieu d'en conclure que leur fondement n'a jamais été considéré comme prétorien (3).

1.L'absence de trace d'édit promettant une action de bonne foi.

Il est certes difficile de prouver positivement une absence. Toutefois, il existe différentes preuves d'une absence généralisée d'édit pour promettre une action de bonne foi.

La preuve d'une absence de promesse édictale pour une action est difficile à établir: nous avons vu des cas comme l'*actio damni aduersus nautas*, pour laquelle on ne trouve nul trace d'édit sans que l'on puisse en conclure à son inexistence. Toutefois, il serait étonnant que, pour les sept actions connues du temps de Quintus Mucius et dont la formule possédait de façon indiscutée la clause *ex fide bona*, (*tutelae, mandati, pro socio, empti, uenditi, locati, conducti*) elles aient été fondées sur des promesses édictales spécifiques, sur des « *iudicium dabo* » sans qu'on en trouve la moindre trace dans les commentaires à l'édit, qui sont généralement les fils directeurs suivis par chacun des titres qui leur est réservé dans le Digeste⁶⁵⁶. En outre, comme l'on sait que les compilateurs furent relativement attachés aux commentaires des promesses édictales, alors qu'ils cherchaient à éviter les allusions, de leur temps obsolètes, à la *conceptio formularum*, il serait invraisemblable qu'ils aient passés sous silence absolument toutes les allusions à d'hypothétiques promesses édictales pour toutes ces actions de bonne foi.

Mais il existe un témoignage *a contrario*, montrant que ce ne sont pas nos sources qui sont défectueuses. En effet, le début du commentaire d'Ulpien sur l'action contraire de tutelle⁶⁵⁷

⁶⁵⁶ Il en va autrement de l'*actio fiduciae*: l'absence de trace d'édit ne prouve rien, dans la mesure où cette institution n'a pas été retenue par le droit de justinien.

⁶⁵⁷ Dig. 27.4.1pr. *Ulpianus 36 ad ed. Contrariam tutela actionem praetor proposuit induxitque in usum, ut facilius tutores ad administrationem accederent scientes pupillum quoque sibi obligatum fore ex sua administratione. Quamquam enim sine tutoris auctoritate pupilli non obligentur nec in rem suam tutor obligare pupillum possit, attamen receptum est, ut tutori suo pupillus sine*

montre qu'il fut tout à fait capable de rappeler les origines historiques d'une pareille action, dont nous savons qu'elle était pourtant *in ius* avec mention de la bonne foi⁶⁵⁸. C'est un préteur qui l'a mise en usage et introduite dans son album *utilitatis causa*, alors qu'elle allait, a priori, contre les règles strictes du *ius ciuile*: en effet, un tuteur ne peut se servir de son *auctoritas* pour obliger *iure ciuili* envers lui-même son pupille. Ulpien fait bien mention du préteur qui a mis en usage une pareille formule. Sans doute a-t-il perçu l'anomalie: il considère que le préteur a introduit cette action, mais assez étonnamment il ne mentionne pas d'édit la promettant, ce qui aurait été le plus naturel s'il voulait montrer son fondement « prétorien ». En réalité, il sait que cette action trouve sa source historique dans un choix du préteur, mais il souligne son caractère civil, en montrant qu'elle est une dérogation proprement civile à une règle plus générale du *ius ciuile*, et que le préteur n'a pas fait acte de *propria iurisdictio*, mais n'a fait qu'interpréter le *ius ciuile* contre la *stricta iuris ratio* et *utilitatis causa* pour la reconnaître, comme il en ressort de la *laudatio actionis*. Si même cette action, qu'Ulpien attribue historiquement à l'audace et à l'inventivité d'un préteur n'a pas eu de promesse édictale, alors qu'elle constitue sinon une entorse, du moins une dérogation manifeste, aux règles du *ius ciuile*, il est peu vraisemblable, *a fortiori*, que les autres actions de bonne foi, en aient eu. D'ailleurs, ce texte, où Ulpien souligne le caractère dérogoire de l'action contraire de tutelle, montre *a contrario* à quel point la nature civile de l'action directe lui paraît naturel.

A cet argument *a silentio* s'en ajoutent d'autres, cette fois positifs.

-Même si l'emploi de « *dari* » et de « *competere* » est devenu très tôt fluctuant, jamais Labéon, qui reste pour partie fidèle à cette distinction lexicale, n'emploie le verbe « *dari* » pour parler d'une de ces actions (à moins qu'il en parle comme d'une formule délivrée *utiliter*, par exemple contre l'héritier). Bien au contraire, il emploie toujours « *competere* », ou « *habere actionem* », ou « *esse actionem* », ou à l'inverse « *actionem cessare* ». Il en va sans doute de même chez Sabinus, d'après la langue des commentaires à Sabinus. .

-Lorsque Cicéron présente la sanction du dol au moyen des actions de bonne foi⁶⁵⁹, jamais il ne mentionne les *edicta praetoris*, alors même qu'il connaît le sens technique du terme. Plus loin, pour la sanction édilicienne des vices cachés, il n'hésite pourtant pas à se référer à un

tutoris auctoritate civiliter obligetur ex administratione scilicet. Etenim provocandi fuerant tutores ut promptius de suo aliquid pro pupillis impendant, dum sciunt se recepturos id quod impenderint.

⁶⁵⁸ Grace à la formule dite de Babatha.

⁶⁵⁹ *Off.*, III §61.

édit⁶⁶⁰: il n'aurait pas manqué d'opposer la loi aux *edicta praetoris*, si les actions de bonne foi étaient annoncées par une promesse édictale.

-Enfin, certaines actions de bonne foi sont rangées par Gaius dans la catégorie des actions *quae sua ui ac potestate ualent*⁶⁶¹. Il nous semble peu vraisemblable, conformément à ce que pensaient Mommsen ou Wlassak, qu'une telle appellation ait pu être inventée pour des actions qui tireraient leur efficacité de l'édit du préteur. L'opposition entre *actiones ad legis actionem expressae* et *actiones quae sua ui ac potestate ualent* n'a toute sa pertinence qu'au sein d'actions considérées comme civiles.

Ainsi, en ce qui concerne les actions de tutelle, de société, de mandat, les actions *empti, uenditi, locati, conducti*, connues de Quintus Mucius, il est fort peu vraisemblable qu'elles aient été annoncées par des « *iudicium dabo* ». Mais, au sein de tout le groupe des *iudicia in quibus additur ex fide bona*, existe-t-il des dérogations?

2) Les dérogations apparentes liées à la concurrence d'une formule *in factum*

On rencontre au Digeste des promesses édictales pour trois actions rangées explicitement parmi les actions de bonne foi. C'est une simple illusion d'optique liée au travail des compilateurs qui ne se sont pas embarrassés des particularités de la procédure formulaire: en effet, certaines actions de bonne foi sont concurrencées dans l'album par une formule *in factum*. Si le cas du dépôt et du commodat ne pose aucune difficulté (1°), l'existence des deux formules pour l'*actio negotiorum gestorum* est plus difficile à établir, mais semble très vraisemblable (2°).

1° Les titres 13.6 et 16.3 s'ouvrent sur le commentaire d'Ulpien citant des promesses édictales concernant le commodat et le dépôt. Toutefois, personne n'a jamais mis en doute leur fonction: elles annoncent, non pas les formules *in ius*, mais bien celles *in factum*. On sait par les *Institutes* de Gaius que l'édit proposait deux types de formules pour chacune de ces deux institutions⁶⁶². Bien que les compilateurs aient déplacé certains textes de l'ordre tel qu'il figurait dans l'oeuvre du Tyrien, on retrouve sans peine les traces d'un commentaire propre à la formule *in factum* et d'un commentaire propre à la formule *in ius*. La formule *in factum*,

⁶⁶⁰ *Off.*, III §71.

⁶⁶¹ *Inst.* IV.33.

⁶⁶² IV,47 et IV,60.

d'ailleurs, était commentée juste après l'édit, avant la formule *in ius*. Aussi n'y a-t-il eu aucune véritable dérogation, et, comme il se doit, le préteur promettait explicitement une formule *in factum*. Sans doute pourrait-on abstraitement se demander si l'édit n'était pas une promesse pour l'ensemble des formules, *in ius* et *in factum*. Mais, au vu des formules *ex fide bona* qui ne possèdent pas de promesse édictale et corrélativement ne possèdent pas non plus de doublon *in factum*, il y a tout lieu de considérer que les formules *in ius* de dépôt et de commodat sont perçues par les commentateurs de l'édit comme formellement étrangères à la promesse édictale.

2° Le cas de l'*actio negotiorum gestorum* est fort différent du point de vue philologique et juridique: il existait incontestablement une promesse édictale, au vu du commentaire d'Ulpian qui la cite. Pourtant, nulle part ne nous est attestée explicitement l'existence d'une formule *in factum*, comme pour le dépôt et le commodat. En outre, les traces hypothétiques d'une pareille formule sont très faibles. Est-ce à dire que c'était la formule *in ius* avec clause *ex fide bona* qui fut annoncée par cette promesse édictale? Telle fut la position de Lenel dans sa première édition de l'Édit Perpétuel⁶⁶³. Cela conduirait à voir dans l'*actio negotiorum gestorum* une action de bonne foi qui reposerait sur la *propria praetoris iurisdictio*⁶⁶⁴. La source formelle de l'*actio negotiorum gestorum* à clause *ex fide bona* serait donc l'édit du préteur, et c'est exactement ce qu'a soutenu Magdelain.

Toutefois, il est très vraisemblable en réalité, comme l'a suggéré Lenel lui-même dans sa troisième édition, que la promesse édictale annonce en réalité une formule *in factum*, et telle est aujourd'hui la position majoritaire, rappelée et affinée par Finazzi⁶⁶⁵. Les compilateurs ont soigneusement caché cette dualité de formules, puisqu'ils ne connaissaient qu'une institution unitaire, la *negotiorum gestio*, sanctionnée par une seule action. Parmi les nombreux arguments en faveur de cette hypothèse, deux se détachent.

D'une part, dans le commentaire d'Ulpian, 3.5.3.8 et 3.5.3.9 sont très vraisemblablement des commentaires d'une autre formule, sans doute *in factum concepta*. On s'accorde généralement pour dire que 3.5.3.10⁶⁶⁶ est le début du commentaire à la formule *in ius*, puisqu'il concerne ce qui est qualifiable de *negotiorum gestio*, et donc il représente un commentaire de la *demonstratio*. Tout le problème est donc de savoir ce qu'Ulpian commentait dans la chaîne

⁶⁶³ EP¹, §35, p.83.

⁶⁶⁴ C'est précisément, conformément à son interprétation générale de l'édit *de pactis*, la position de A.MAGDELAIN, *Consensualisme*, p.181-195.

⁶⁶⁵ *Negotiorum Gestio*, p.7-22.

3.5.3.7-3.5.3.9⁶⁶⁷: l'édit ou une autre formule? En 3.5.3.8 comme en 3.5.3.9, il est peu vraisemblable qu'Ulpie développe le problème de la responsabilité quasi-contractuelle en commentant l'édit. Certes, Magdelain⁶⁶⁸ a soutenu qu'il arrivait à Ulpie de développer le problème du standard de responsabilité non dans son commentaire de la formule, mais dans le commentaire de la promesse édictale, notamment à propos des *recepta*. Mais en réalité, il ne développe pas en tant que tel le standard de responsabilité dans les *recepta*⁶⁶⁹, il s'interroge, à l'instar de Pomponius, sur la nécessité qu'il y a eu à faire une promesse édictale pour ces *recepta* alors que l'*actio conducti* et l'*actio locati* suffisaient en principe: il justifie la raison d'être de cette institution prétorienne. De même, à propos de la formule de l'*actio depositi in factum*, il aborde le problème du standard de responsabilité parce que justement, la promesse édictale fait mention du *dolus malus*, mais il reprendra ce problème dans le commentaire de la formule *in factum*⁶⁷⁰. Quant à 3.5.3.7, Lenel a décidé de le reporter au commentaire à la promesse édictale: toutefois, le début du texte, « *haec actio* » est l'amorce qu'on rencontre très souvent chez Ulpie, selon la très juste remarque de Finazzi⁶⁷¹ lorsqu'il commence à commenter la formule; par ailleurs, cette manière de développer directement sa transmissibilité passive et active à l'héritier est non seulement un problème abordé plus généralement dans le commentaire à la formule, mais en outre il sert à préciser que l'action est bien répersécutoire, précision qui est typiquement liée aux commentaires des formules *in factum*. Aussi Ulpie devait-il bien commenter une formule, qui n'était pas la formule *in ius*, dont le commentaire commence en 3.5.3.10, par un autre « *hac actione...* ». Et il y a tout lieu de penser qu'il s'agissait d'une formule *in factum*.

Deuxièmement, le sens originnaire de l'édit s'oppose à ce qu'il ait pu annoncer la formule *in ius*. En effet, l'édit *de negotiis gestis* a servi initialement à éviter les conséquences néfastes de

⁶⁶⁶ Dig. 3.5.3.10 *Ulpianus 10 ad ed. Hac actione tenetur non solum is qui sponte et nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis alienis et ea gessit, verum et is qui aliqua necessitate urgente vel necessitatis suspitione gessit.*

⁶⁶⁷ Dig. 3.5.3.7-9 *Ulpianus 10 ad ed. Haec autem actio cum ex negotio gesto oriatur, et heredi et in heredem competit. Si exsecutor a praetore in negotio meo datus dolum mihi fecerit, dabitur mihi adversus eum actio. Interdum in negotiorum gestorum actione labeo scribit dolum solummodo versari: nam si affectione coactus, ne bona mea distraherentur, negotiis te meis optuleris, aequissimum esse dolum dumtaxat te praestare: quae sententia habet aequitatem*

⁶⁶⁸ *Consensualisme*, p.184.

⁶⁶⁹ Dig. 4.9.3.1 *Ulpianus 14 ad ed. Ait praetor: " nisi restituent, in eos iudicium dabo". ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit: si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto: sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest: si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur: sed si gratis res susceptae sint, ait pomponius depositi agi potuisse. miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles: nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolum dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui receperit tenetur, etiam si sine culpa eius res perierit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. inde labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit.*

⁶⁷⁰ cf. 16.3.1.8, 15,16,18.

⁶⁷¹ G.FINAZZI *op. cit.*, p.13, n.43.

indefensio, et à inciter à prendre en charge la gestion des affaires d'un ami sur un plan purement judiciaire, en promettant une action pour le remboursement des impenses, puis il a très tôt été interprété comme une promesse d'action du géré contre le gérant, où les juges se montraient cléments et ne sanctionnaient que le dol du gérant⁶⁷². C'est ce que montre parfaitement la *laudatio edicti* d'Ulpien⁶⁷³. C'est encore ce que montre la place originare de cette promesse prétorienne dans l'édit. A l'inverse, l'action de bonne foi, sans doute plus récente, a concerné avant tout à ses débuts le *procurator omnium bonorum*, sans doute très vite a-t-elle été employée dans le cas d'un *procurator unius rei*, et dans les cas de gestion spontanée, mais son champ d'application était fort différent. L'édit ne concernait que la gestion spontanée sur un plan judiciaire.

Sans doute le commentaire d'Ulpien à la formule *in factum* était-il fort court car l'action prétorienne finissait, à la fin de l'époque classique, par être définitivement supplantée par l'action de bonne foi, qui avait un champ d'application bien plus large⁶⁷⁴.

L'action de bonne foi avait sans doute là encore un précédent dans une formule *in factum*, mais n'était nullement commandée par la promesse édictale.

A ce titre, il n'y a donc aucune action de bonne foi qui soit fondée sur une promesse édictale, et de cette absence nous pouvons conclure à l'absence de fondement prétorien.

3) Les raisons d'une absence d'édit: l'absence de fondement prétorien

Comment expliquer une pareille absence de promesse édictale pour chaque action de bonne foi, sinon par une absence de fondement prétorien?

Il est impossible d'expliquer cette absence en considérant que la clause *ex fide bona* la rendait inutile (1°), pas plus qu'il n'est possible d'expliquer une pareille absence par la « fonction civile » de ces actions (2°), ni encore par l'ancienneté des *iudicia bonae fidei*, qui viendrait d'un temps où l'on se serait dispensé d'édit (3°).

1° On pourrait concevoir que ces actions n'ont pas eu de promesse prétorienne au motif que leur fondement était déjà exprimé, sous la forme de la clause *ex fide bona*⁶⁷⁵. Outre qu'il nous

⁶⁷² FINAZZI *op.cit.*, p.25 ss.

⁶⁷³ Dig. 3.5.1 *Ulpianus 10 ad ed. Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur vel pignoris distractionem vel poenae committendae actionem, vel iniuria rem suam amittant.*

semble peu vraisemblable que cette clause représente le fondement juridique de la prétention sous-jacente, quand bien même ce serait le cas, il y aurait plusieurs objections à faire.

Cela reviendrait à dire que la formule se promet toute seule, ce qui serait une monstruosité dans la procédure formulaire: la formule prétorienne ne se promet pas elle-même, car soit elle n'a pas besoin de promesse parce que l'action qu'elle exprime est concédée par le *ius*, soit elle doit être promise. Que dans certains cas on ne retrouve pas de promesse édictale, soit; mais jamais une formule prétorienne ne se sert de promesse à elle-même. Les commentaires d'Ulpien nous l'attestent: il y a un édit à commenter, puis une formule. Au mieux, l'édit qui les promet ou qu'elles sanctionnent se trouve à distance de la formule. Mais la formule d'un *iudicium* n'exprime pas explicitement son fondement prétorien.

D'ailleurs, les formules qui font référence à l'équité sont toutes précédées d'un édit. Le fait qu'une formule prétorienne renvoie à une valeur sociale ou morale ne l'en dispense pas: l'*actio* funéraire, par exemple, est fondée sur une promesse prétorienne⁶⁷⁶; l'action *de sepulchro uiolato*, conçue sur *l'aequum et bonum*, est elle aussi annoncée par un édit⁶⁷⁷. Les différentes formules des actions d'injures elles aussi sont soit promises, soit réglementées par des édits⁶⁷⁸, et la formule edilicienne contre les blessures infligées par les animaux est elle aussi annoncée par l'édit *de feris*. Seule la formule de l'*actio rei uxoriae* n'est précédée d'aucun édit: pour notre part, pensant qu'elle est, comme le pensait Lenel, civile, il n'y a là rien d'étonnant; à supposer encore qu'on la considère comme prétorienne, on n'aurait pu de toute manière retrouver une trace de son édit à partir du Digeste, puisque Justinien l'a fusionnée avec l'action *ex stipulatu* en restitution de dot.

Aussi, la référence à l'équité ou à la morale ne pourrait servir de fondement formel à l'action, au point de dispenser le préteur d'une promesse. Assurément, le préteur corrige souvent le *ius civile* par souci d'équité, et ce souci d'équité se ressent plus ou moins indirectement dans les formules, mais l'équité qu'il y avait à créer des actions prétoriennes pour les contrats des *alieni iuris* n'a pas dispensé l'*actio de peculio* d'une promesse édictale.

⁶⁷⁴ A l'inverse, le texte de 3.5.2 du commentaire à l'édit provincial de Gaius est un commentaire de l'action de bonne foi, comme le montre sa parenté avec un autre texte de Gaius en 44.7.5. Il ne montre en rien une parenté avec l'édit *de negotiis gestis*: le simple « *si quis absentis negotia gesserit* » est une accroche qui n'est pas nécessairement un commentaire de la promesse édictale.

⁶⁷⁵ Ce que rejette à bon droit A.MAGDELAIN, *Consensualisme*, p.89 ss.

⁶⁷⁶ cf. Dig. 11.7.12.2.

⁶⁷⁷ Dig. 47.12.3pr. Ulpianus 25 ad ed.

⁶⁷⁸ Le cas de l'action d'injures la plus banale est plutôt à part: il remplace une vieille institution de la loi des XII tables, et le préteur considère qu'il n'a fait que changer le mode de règlement de la condamnation, et c'est ce qui explique que l'édit ne soit pas un « *iudicium dabo* », mais un ordre concernant la précision de l'injure et la taxatio; aussi est-elle à cheval entre le *ius civile*, et le droit prétorien. Le préteur considère bien le cas d'un « *qui iniuriarum aget* », (voir EP³ §190) mais il considère avoir totalement changé la procédure, sans avoir changé le fondement de l'action.

Enfin, quand bien même l'on considérerait que le préteur s'est dispensé de promesse édictale parce que la source formelle de la prétention serait l'équité, ou la *fides bona*, alors, nous pourrions en conclure *a contrario* que la source formelle de la prétention ne serait pas la *iurisdictio* du préteur, mais bien la *fides bona*. En soi, il n'y aurait rien d'intrinsèquement incohérent à considérer que la clause *ex fide bona* exprime un fondement civil, et non prétorien, de l'action, si l'on considère qu'elle exprime un fondement. Cela serait même plus cohérent que de le considérer comme un fondement prétorien, puisque justement, il n'y a pas de promesse édictale pour rendre hommage à la *fides bona*, mais seulement des formules dotées de cette clause. Considérer que le préteur se serait dispensé d'édit au motif que c'était la *fides bona* qui fonderait ces actions, ce serait plutôt considérer que les préteurs et les jurisconsultes verraient dans la *fides bona* un fondement civil.

Aussi n'y a-t-il aucune explication à chercher du côté de la *fides bona* pour expliquer que le préteur se serait senti dispensé de promesse édictale dans le cas des actions de bonne foi⁶⁷⁹.

2° L'autre explication serait à chercher dans la « fonction civile » d'une action prétorienne, fonction qui la dispenserait d'édit. Magdelain⁶⁸⁰ l'a notamment envisagé pour l'action de tutelle. Cette action de bonne foi serait prétorienne selon lui, mais se passerait d'édit au motif que la tutelle est une institution civile, et qu'il existait déjà une sanction de la responsabilité du tuteur selon le *ius ciuile* dans l'*actio rationibus distrahendis*. Toutefois, ce raisonnement ne tient pas.

Autant, il est concevable qu'une action prétorienne soit dispensée d'édit parce que sa formule prend pour modèle une formule d'action civile dont elle ne serait qu'une légère variante; mais par définition, les formules des actions de bonne foi n'ont pas de modèle auquel se rattacher. Autant, une « action prétorienne à fonction civile » est soit une redondance, soit une contradiction dans les termes. Une action prétorienne a justement pour fonction de corriger les défauts du *ius ciuile*, et crée a posteriori une institution qui est soit « *praeter ius ciuile* » soit « *contra ius ciuile* ». Elle représente un remède au *ius ciuile*. Si, comme semble le considérer Magdelain⁶⁸¹, l'action de tutelle avait pour fonction de corriger le *ius ciuile* et d'offrir une protection plus large et plus équitable du pupille contre son tuteur, elle l'aurait eu tout autant que les différentes formules des actions d'injures, ou que les actions dites *adiecticiae qualitatis*, qui créent des sanctions « *praeter* » ou « *contra ius ciuile* », et qui sont

⁶⁷⁹ D'autant que, comme nous le verrons, la *fides bona* n'a jamais été considérée comme une source du droit.

⁶⁸⁰ *Consensualisme*, p.91 ss.

⁶⁸¹ *op.cit.*, *loc.cit.*.

justement pour cette raison annoncées par des promesses édictales. La sanction prétorienne du *damnum infectum* a certes une fonction « civile » en ce qu'elle remplace une vieille action de la loi; elle ne fut pas dispensée de promesse édictale pour autant⁶⁸². En ce sens, toutes les actions prétoriennes ont nécessairement une fonction par rapport au *ius ciuile*, et cela ne les dispense pas d'être annoncées par un édit.

On pourrait faire le même raisonnement avec l'*actio pro socio*, ou avec l'*actio empti*, que pour l'action de tutelle. Si, sans doute, ces actions ont une proximité aussi grande avec des institutions clés du *ius ciuile*, comme la vente ou la *societas*, sans pour autant être annoncées par une promesse prétorienne, autant les considérer plus simplement comme des actions civiles parce qu'elles protègent des institutions du *ius ciuile*. Si elles avaient été prétoriennes, vu qu'elles fondent des procédures tellement différentes de celles prévues explicitement par la loi, et qui englobent des cas bien plus larges que ceux définis par la loi, le préteur se devait d'autant plus de définir par un édit en quoi consisterait le remède prétorien, et c'est d'ailleurs ce qu'il a fait par exemple à propos de l'action d'injures⁶⁸³.

Aussi pouvons-nous considérer que la « fonction civile » des actions de bonne foi n'est pas une excuse qui a dispensé le préteur d'édicter, mais représente bien plus tôt le témoignage de leur nature civile.

3° La dernière explication d'une absence de promesse édictale en dépit d'un fondement prétorien consisterait à dire que le préteur n'a pas eu à s'exprimer sous la forme d'un « *iudicium dabo* », parce qu'il aurait créé les premières actions de bonne foi à une époque où il ne prenait pas encore de promesse édictale; les actions de bonne foi auraient été civilisées avant que le préteur ne constitue un album qui soit l'expression de sa *iurisdictio*. Cette position est tout à fait soutenable, mais tirons-en les conséquences juridiques ultimes⁶⁸⁴. Si les premières formules des actions de bonne foi furent délivrées sans qu'un édit les promette parce qu'à l'époque le préteur n'avait pas coutume de faire des promesses de *iudicium* par voie d'édit, cela signifierait justement qu'elles furent délivrées à une époque où le préteur ne se sentait pas encore habilité à créer des actions de manière autonome, indépendamment du *ius ciuile*, « *quae ex propria iurisdictione pendent* ». La délivrance de pareilles formules à une époque où la distinction action civile/action prétorienne ne pouvait pas exister, conduit naturellement à voir dans les *iudicia bonae fidei* des actions fondées sur du « *ius ciuile* », qui

⁶⁸² EP³ §175.

⁶⁸³ EP³ §§190-197.

⁶⁸⁴ C'est, d'une certaine manière, ce à quoi tend l'hypothèse de reconstruction de L.LOMBARDI, *Dalla Fides*, p.191

eurent dès leur naissance un nouveau *modus agendi*, distinct des procédures archaïques, sans pour autant représenter du « droit prétorien ». Si justement il ne les promit pas dans un solennel « *iudicium dabo* » lorsqu'il prit le soin de constituer un album, c'est qu'il les considéra lui-même alors comme des actions indépendantes de sa *iurisdictio*, sans doute parce qu'une action qui tirerait toute sa validité et toute son efficacité de sa seule *iurisdictio*, aurait alors été encore une chose inconcevable. Que le préteur, aidé des jurisconsultes, soit l'auteur de ces formules, point de doute. Toutefois, cela est vrai de toutes les formules, d'actions civiles ou d'action prétoriennes. S'il les a conçues à une époque où il ne faisait pas de promesses édictales, et s'il a choisi de constituer celles-là, c'est justement qu'il considérait exprimer dans un *modus agendi* nouveau un *ius* dont il n'était ni le principe, ni la source, au même titre qu'il moula dans des formules des prétentions civiles reconnues par la loi et qui avaient déjà trouvé auparavant une expression dans les *legis actiones*.

En outre, l'argument ne porterait pas, puisque, même lorsque l'album fut constitué, avec ses nombreuses promesses édictales, il continua de créer de nouvelles formules d'actions de bonne foi, sans édit pour les annoncer: c'était à chaque fois la preuve qu'il continuait à considérer qu'un *ius* existait indépendamment de sa *iurisdictio*, et qu'il ne faisait que mouler des prétentions civiles dans une formule.

On doit en conclure au fondement civil de l'action. L'époque classique n'identifiait donc pas de fondement prétorien dans le cas des actions de bonne foi. En fut-il de même à époque républicaine?

2.1.1.2.2. L'impossibilité de rattachement à l'édit de *pactis* à époque républicaine (II)

On ne trouve aucun édit spécifique, aucun *iudicium dabo* précédant et promettant une formule *ex fide bona*. Mais cela pourrait être le résultat d'une évolution, d'une illusion d'optique de la jurisprudence classique. On pourrait considérer que ces actions furent commandées « à distance » par un édit, et c'est ce que proposa Magdelain dans le cadre de son hypothèse générale sur l'édit *de pactis* (A), hypothèse qui se heurte malgré tout à de trop nombreux obstacles⁶⁸⁵ (B).

2.1.1.2.2.1. L'hypothèse d'un rattachement à l'édit de *pactis* (A)

Convaincu de la nature prétorienne des actions de bonne foi, Magdelain en a tiré les conséquences ultimes: puisqu'une action prétorienne est en principe annoncée ou commandée par une promesse édictale qui représente sa source, il se devait d'expliquer les raisons d'une absence de « *iudicium dabo* ». C'est en cherchant à démontrer le rayonnement plus grand de l'édit de *pactis* à époque républicaine (1) qu'il lui rattache, pour cet époque, l'ensemble des « contrats de bonne foi »(2)

1. Le rayonnement de l'édit de *pactis* à époque républicaine

« *Pacta conuenta...seruabo* »⁶⁸⁶. . Alors que l'édit de *pactis* semble avoir une valeur extrêmement restreinte à l'époque classique (1°), la notion de pacte semblait avoir une acception plus large à époque républicaine (2°), et de ce fait l'édit de *pactis* semble avoir gouverné d'autres voies de droit que la simple *exceptio pacti* (3°).

1° *Pacta conuenta... seruabo*. Cette promesse édictale apparaît selon Magdelain⁶⁸⁷ fort ronflante au regard du commentaire qu'en fait Ulpien et de la règle « *ex nudo pacto nulla actio oritur* ». En effet, l'essentiel du titre 2.14 traite simplement du pacte de *non petendo* et de l'exception qui le sanctionne. C'est ainsi que le comprirent tous les jurisconsultes de l'époque classique.

Mais Ulpien commence, avant de commenter la promesse édictale, par une sorte d'étude juridique et lexicale sur les termes de *pactum* et de *conuentio*⁶⁸⁸, et commente sans doute les termes de la rubrique, indépendamment du sens donné à l'édit. Ce texte, longtemps suspecté d'interpolations, analyse la notion même de *conuentio*, dans son sens le plus large. Il cite à ce propos la célèbre opinion de Pédius que tout *contractus* est fondé sur une « *conuentio* » sous-

⁶⁸⁵ *Consensualisme*, p.93. Voir les justes critiques de M.TALAMANCA, « La storia dell' *edictum de pactis* », *Labeo*, 6, 1960, p. 278.

⁶⁸⁶ EP³, Pars Prima, IV « *Pacta conuenta, quae neque dolo malo neque adversus leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo.* »

⁶⁸⁷ *Consensualisme*, p.49 et *passim*.

⁶⁸⁸ Dig. 2.14.1.1 et suivants

jacente⁶⁸⁹, quelle que soit la forme du contrat. Puis, les classant, en *publicae* et en *privatae*⁶⁹⁰, en *legitimae* puis en *iuris gentium*, il finit par développer différents thèmes propres aux *conventiones* et aux *contractus*.⁶⁹¹

L'hypothèse de Magdelain⁶⁹² est que tous les thèmes alors abordés par Ulprien ne le sont pas au hasard: contrats de bonne foi qui ont un *proprium nomen contractus*⁶⁹³, la sanction par voie d'action des contrats dits innomés⁶⁹⁴, le principe que les pactes nus ne font pas naître d'action⁶⁹⁵, l'inhérence des pactes adjoints aux actions de bonne foi⁶⁹⁶. Ulprien présente ces matières pour lever une ambiguïté: la promesse « *pacta conuenta seruabo* » ne concerne pas cet ensemble de matières, bien qu'elles aient rapport aux *conventiones*. Il écarte, avant de commenter l'édit, les matières qu'un lecteur inattentif de l'édit serait tenté de croire commandées par cet édit. Et ce, parce qu'Ulprien a parfaitement conscience que la promesse ronflante du préteur annonce en réalité un moyen juridique bien restreint, à savoir le simple pacte *de non petendo* et ses variantes.

Et cela serait selon Magdelain la preuve que pour Ulprien, le terme *pactum* évoquait spontanément autre chose de plus large que les pactes *de non petendo* ou *de minus petendo*, comme le montreraient les textes d'époque républicaine.

⁶⁸⁹ Dig. 2.14.1.3 *Ulpianus 4 ad ed. Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.*

⁶⁹⁰ Dig. 2.14.5 *Ulpianus 4 ad ed. Conventionum autem tres sunt species. aut enim ex publica causa fiunt aut ex privata: privata aut legitima aut iuris gentium. publica conventio est, quae fit per pacem, quotiens inter se duces belli quaedam paciscuntur.*

⁶⁹¹ Dig. 2.14.7 et suivants.

⁶⁹² *op.cit.*, p.39-47.

⁶⁹³ Dig. 2.14.7.1 *Ulpianus 4 ad ed. Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus.*

⁶⁹⁴ Dig. 2.14.7.2 *Ulpianus 4 ad ed. Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter aristo celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc sunallagma esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte iulianum a mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi stichum, ut pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est stichus. iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod aristo sunallagma dicit, unde haec nascitur actio. Ce texte célèbre est bien entendu l'une des plus célèbres victimes de l'interpolationnisme.*

⁶⁹⁵ Dig. 2.14.7.4 *Ulpianus 4 ad ed. Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.*

⁶⁹⁶ Dig. 2.14.7.5 et 6 *Ulpianus 4 ad ed. Quin immo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsequuta sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur. ut puta post divortium convenit, ne tempore statuto dilationis dos reddatur, sed statim: hoc non valebit, ne ex pacto actio nascatur: idem Marcellus scribit. et si in tutelae actione convenit, ut maiores quam statutae sunt usurae praestentur, locum non habebit, ne ex pacto nascatur actio: ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est quae in ingressu contractus facta sunt. idem responsum scio a papiniano, et si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex empto non posse propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur. quod et in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum. sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones. Adeo autem bonae fidei iudiciis exceptiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt, ut constet in emptione ceterisque bonae fidei iudiciis re nondum secuta posse abiri ab emptione. (...)*

2° Le terme de *pactum* ou de *conuentum* renverrait tout aussi bien à toute rencontre de volontés non formaliste: de nombreux textes le montrent pour l'époque classique, comme ceux de Paul à propos des contrats innomés, mais encore la définition d'Ulpien en 50.12.3⁶⁹⁷. Mais à l'époque républicaine, le pacte pourrait désigner un contrat consensuel générateur d'obligations. Magdelain⁶⁹⁸ le montre en citant différents textes juridiques mais aussi différents textes littéraires, notamment les catalogues des *fontes iuris* dans les traités de rhétorique.

Que le *pactum conuentum* puisse désigner un contrat consensuel serait illustré par un texte d'Alfenus⁶⁹⁹ concernant l'interprétation de clauses pénales moulées dans des stipulations faites entre deux associés: quel effet extinctif pouvaient-elles avoir vis-vis de l'*actio pro socio*? Les deux parties avaient conclu un contrat de société pour enseigner la « *grammatica* » et avaient mis par écrit le *pactum conuentum* qui définissait concrètement toutes leurs obligations dans la société, puis avaient fait chacun l'un envers l'autre une stipulation qui se référait à cet écrit. Toute la difficulté venait de savoir s'il fallait interpréter la stipulation comme deux stipulations, une qui déduisait le *pactum conuentum* et donc éteignait l'*actio pro socio* qui l'aurait sanctionné, l'autre étant une véritable stipulation pénale, ou bien s'il ne s'agissait que d'une seule stipulation pénale qui n'avait pas vocation à éteindre l'obligation *ex societate*. Alfenus Varus, ou peut-être même Servius, pencha pour le second terme de l'alternative. Magdelain⁷⁰⁰ considère que le contrat de société, d'après ce texte, est appelé *pactum conuentum* par Alfenus.

L'autre texte qui montrerait une telle valeur de l'expression *pactum* serait un texte de Quintus Mucius⁷⁰¹. Il considère l'impossibilité de « *cavere alteri* », de prendre des dispositions constitutives ou extinctives d'obligations, pour autrui, *nec legem dicendo, nec paciscendo, nec stipulando*. Si *legem dicendo* renvoie aux « pactes adjoints », *stipulando* aux stipulations,

⁶⁹⁷ Dig. 50.12.3pr. *Ulpianus 4 disp. Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum. et ideo illud est constitutum, ut, si ob honorem pollicitatio fuerit facta, quasi debitum exigatur. sed et coeptum opus, licet non ob honorem promissum, perficere promissor eo cogetur, et est constitutum.*

⁶⁹⁸ *Consensualisme*, p.50-68.

⁶⁹⁹ Dig. 17.2.71pr. *Paulus 3 epit. alf. Dig. Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset: de ea re quae voluerunt fieri in pacto convento societatis proscripserunt, deinde inter se his verbis stipulati sunt: " haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri? si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?" quaesitum est, an, si quid contra factum esset, societatis actione agi posset. respondet, si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent, " haec ita dari fieri spondes?", futurum fuisse, ut, si novationis causa id fecissent, pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata videretur. sed quoniam non ita essent stipulati " ea ita dari fieri spondes?" sed " si ea ita facta non essent, decem dari?" non videri sibi rem in stipulationem pervenisse, sed dumtaxat poenam (non enim utriusque rei promissorem obligari, ut ea daret faceret et, si non fecisset, poenam sufferret) et ideo societatis iudicio agi posse.*

⁷⁰⁰ *op.cit.*, p.14-15.

⁷⁰¹ Dig. 50.17.73.4 *Mucius l.S. Horôn. Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest. Voir A.MAGDELAIN, op.cit.*, p.18.

paciscendo devrait très vraisemblablement renvoyer aux contrats consensuels, aux accords de volonté non-formalistes en général.

Significative est encore la considération pour le pacte dans la littérature. Les rhéteurs associent très souvent « *pactum* » ou *pactum conuentum* à d'autres objets juridiques⁷⁰²: très fréquemment, ils mettent sur un même plan la stipulation, le testament, et les *pacta conuenta*⁷⁰³. Il serait donc impossible d'après Magdelain qu'il ait alors le simple sens de pacte extinctif ou de pacte adjoint: il renverrait donc à l'accord informel de volontés en général.

Les *pacta conuenta* représentent donc selon Magdelain, l'accord de volonté non formaliste dans son acception la plus large. C'est pourquoi les termes de l'édit *de pactis* devaient avoir une portée plus large à époque républicaine.

3°Plusieurs éléments viendraient confirmer que l'édit *de pactis* devait gouverner d'autres voies de droit que la seule *exceptio pacti*.

Tout d'abord, les termes mêmes de la promesse édictale: « *pacta conuenta...seruabo* ». Le texte semble avoir une acception extrêmement large, et ne semble pas promettre uniquement une exception; il ferait référence à une notion très large, les *pacta conuenta*, qu'il entend faire respecter par les parties..

Par ailleurs, les *pacta conuenta* sont justement considérés par les rhéteurs comme une « *pars iuris* ». Magdelain⁷⁰⁴ s'étonne de ce que les pactes soient ainsi considérés, alors qu'ils ne seraient selon l'interprétation classique de l'édit, que des voies de défense ou d'extinction de l'action. Par ailleurs, Cicéron en donne une définition qui ne semblerait pas, à première vue, se référer à des voies extinctives d'actions: *pactum est quod inter quos conuenit ita iustum putatur, ut iure praestare dicatur*. Les pactes sont par ailleurs classés: certains sont légitimes, mais les plus intéressants sont ceux *sine legibus*, et qui sont dits justement « *iure praestare* ». Il n'y a d'ailleurs nul rapport spécifique de ces *pacta* évoqués par les rhéteurs et l'extinction

⁷⁰² Ad Her. II, 13, 19: (...)In ea conuenit quaeri, iurene sit factum. De eo causa posita dicere poterimus, si, ex quibus partibus ius constat, cognouerimus. Constat igitur ex his partibus: natura, lege, consuetudine, iudicato, aequo et bono, pacto.(...)Ex pacto ius est, si quid inter se pepigerunt, si quid inter quos conuenit. Pacta sunt, quae legibus obseruanda sunt, hoc modo: Rem ubi pagunt, <orato; ni pagunt,> in comitio aut in foro ante meridiem causam coicito. Sunt item pacta, quae sine legibus obseruantur ex conuento quae iure praestare dicuntur.(...); Cicéron, de Inv. II, 67-68: Quaedam autem genera iuris iam certa consuetudine facta sunt; quod genus pactum, par, iudicatum. Pa c t u m est, quod inter quos conuenit ita iustum putatur, ut iure praestare dicatur(...); De Inv., II, 162 Consuetudine ius est, quod aut leuiter a natura tractum aluit et maius fecit usus, ut religionem, aut si quid eorum, quae ante diximus, ab natura profectum maius factum propter consuetudinem videmus, aut quod in morem vetustas vulgi adprobatione perduxit; quod genus pactum est, par, iudicatum. Pactum est, quod inter aliquos conuenit; par, quod in omnes aequabile est; iudicatum, de quo alicuius aut aliquorum iam sententiis constitutum est. Lege ius est, quod in eo scripto, quod populo expositum est, ut obseruet, continetur.

⁷⁰³ Cicéron, Part. Or., §130: Atque haec communia sunt naturae atque legis, sed propria legis et ea quae scripta sunt et ea quae sine litteris aut gentium iure aut maiorum more retinentur. Scriptorum autem privatam aliud est, publicum aliud: publicum lex, senatusconsultum, foedus, privatam tabulae, pactum conuentum, stipulatio. Quae autem scripta non sunt, ea aut consuetudine aut conuentis hominum et quasi consensu obtinentur, atque etiam hoc in primis, ut nostros mores legesque tueamur quodammodo naturali iure praescriptum est.

de l'action. Cela tendrait à faire croire que l'édit *de pactis* ne pouvait uniquement concerner le *pactum de non petendo*. Par ailleurs, une phrase comme « *ex pacto ius* » dans la *Rhétorique à Hérennius* semblerait difficilement conciliable avec l'idée d'un acte qui ne ferait qu'éteindre un rapport juridique, et non en créer un.

Il y a plus, selon Magdelain⁷⁰⁵. Un édit ne promettrait jamais selon lui uniquement une exception, une voie de défense. C'était déjà l'opinion exprimée incidemment par Lenel dans l'Edit Perpétuel. Il promettrait nécessairement autre chose qu'une voie d'exception, et il pourrait tout à fait promettre une voie d'action comme une voie d'exception. Il prend comme exemple canonique la promesse édictale concernant la violence, qui elle non plus n'a pas de « *iudicium dabo* », mais est très large et fixe un programme général définissant l'attitude du préteur. Elle ouvre différentes voies de droit: une exception, mais encore des actions et une *restitutio in integrum*. Il n'y aurait donc pas de raison que le préteur ait fait une promesse aussi large s'il n'avait eu en tête qu'une voie de défense aussi mince: l'exception de pacte *de non petendo*.

Dès lors, quelles voies d'action l'édit *de pactis* aurait-il pu concerner?

2. Le rattachement des actions de bonne foi à l'édit *de pactis*

Selon Magdelain, les actions contractuelles de bonne foi seraient les actions promises et annoncées par l'édit *de pactis*⁷⁰⁶. Après avoir éliminé d'autres voies de droit susceptibles à première vue de réaliser la promesse édictale « *de pactis* » (1°), il rattache tous les contrats de bonne foi à la problématique du consensualisme et à l'édit *de pactis* (2°), pour expliquer ensuite leur détachement progressif de cet édit à époque classique (3°).

1° Si l'édit *de pactis* promet des voies d'actions, certaines, envisageables, sont nécessairement à éliminer.

Tout d'abord, Magdelain⁷⁰⁷ élimine les actions extra-édiciales sanctionnant des contrats innomés. En soi, comme il le rappelle, cela serait envisageable: tout comme la promesse de

⁷⁰⁴ *Consensualisme*, p.60-68.

⁷⁰⁵ *op.cit.*, p.78-79.

⁷⁰⁶ Nous ne nous occuperons pas de l'hypothèse de Magdelain rattachant aussi l'action Servienne à l'édit de pactis, *op.cit.* p.115.

⁷⁰⁷ *op.cit.*, p.83-84.

l'édit *quod metu* est réalisée par la délivrance de formules qui ne sont pas dans l'album, de même l'édit *de pactis* pourrait sanctionner différentes formes d'accords de volontés qui ne trouvent pas de rubrique leur correspondant dans l'album. Toutefois, Magdelain rejette cette solution. Le principal argument tient à ce que l'édit perdrait de sa vigueur au moment de la montée en puissance des actions « *in factum* » qui sanctionnent ces pactes⁷⁰⁸.

Il rejette encore l'idée que cette édit garantirait la sanction par voie d'action des pactes adjoints. En effet, le fait que les pactes adjoints soit sanctionnés ne tient pas à la rédaction de la formule. Il s'agit d'interprétation jurisprudentielle, et la jurisprudence a considéré que certains pactes donnent leur loi au contrat, et ne forment qu'un avec lui. Cela n'a rien à voir avec la promesse prétorienne, et reste une construction jurisprudentielle, d'ailleurs liée aux actions de bonne foi et à l'interprétation de la clause *ex fide bona*.

Enfin, il rejette du champ de l'édit *de pactis* certains types d'accords de volontés, comme le *constitut* et les *recepta*, parce que ceux-ci sont justement promis par un édit spécifique⁷⁰⁹.

C'est ce raisonnement par élimination qui le conduit à voir dans les actions contractuelles de bonne foi les concrétisations, par voie d'action, de la promesse du préteur de protéger les *pacta conuenta*.

2° Dans la mesure où il veut voir dans l'idée de *pactum conuentum* l'accord informel de volontés dans le sens le plus général, Magdelain propose de voir dans le titre XIX de l'édit, une réalisation de la promesse prétorienne « *pacta conuenta seruabo* ».

La plupart de ces actions sont des actions contractuelles, et viennent effectivement sanctionner des *conuentiones*. Par un *oportere ex fide bona* prétorien, la *fides* représentant le respect du *pactum*, le préteur aurait donc décliné le respect des pactes sous la forme des différents *iudicia bonae fidei*.

Les quatre grands contrats consensuels ne posent aucune difficulté. Formés par le seul consentement, ils correspondraient sans difficulté aux *conuentiones* et représenteraient l'âme du consensualisme.

Quant aux contrats réels de bonne foi, notamment le dépôt et le commodat, eux aussi s'y rattacheraient, et Magdelain⁷¹⁰ considère que cette notion est une anomalie due à la volonté

⁷⁰⁸ Voir, contra R.SANTORO, « *Il contratto nel pensiero di Labeone* », AUPA 37, 1983, p.165 ss.

⁷⁰⁹ EP³ §48-50 . voir notamment Dig. 4.8.3.2 pour le *receptum arbitri* et 4.9.1 pour le *receptum nautarum cauponum stabulariorum*

⁷¹⁰ *Consensualisme*, p.95-100.

systématisante du Gaius des *Aurei*⁷¹¹. Sans doute a-t-il tort, *stricto sensu*, de les rattacher au « consensualisme »⁷¹². Mais ce qui lui donne raison concernant la scission artificielle entre contrats réels et contrats consensuels de bonne foi, est leur unité sur le plan procédural. Le consentement fait l'âme de ces contrats réels, beaucoup plus que dans le cas d'une stipulation ou d'un *mutuum*. En effet, la fameuse inhérence de l'exception de dol (et accessoirement, de violence), montrerait que ces contrats sont viciés *ipso iure* dès qu'un vice ou un obstacle au consentement est survenu. Or cet effet ne se produit pas *ipso iure* dans le cas d'un contrat de droit strict comme le *mutuum*. Par ailleurs, l'inhérence *ipso iure* des pactes adjoints, informels, se rencontre aussi bien dans les contrats consensuels que dans les contrats réels de bonne foi; or une action de droit strict ne saurait ainsi sanctionner un accord de volonté informel en marge du contrat par voie d'action. D'ailleurs, ils sont tout aussi bien rangés par Ulpien dans la catégorie des *conventiones*⁷¹³.

Ainsi, dans la mesure où les contrats dits de bonne foi sont des *conventiones*, où le consentement fait l'âme du processus générateur d'obligations, il ne paraît pas invraisemblable de les rapprocher de la promesse prétorienne « *pacta conuenta...seruabo* », même s'ils s'en sont détachés à l'époque classique.

3° Magdelain⁷¹⁴ reconnaît qu'il ne reste aucune trace à époque classique du lien qu'il suppose entre l'édit *de pactis* et les actions de bonne foi.

Il explique ce détachement par la conjonction de deux facteurs. Les actions de bonne foi étaient commandées « à distance » par un édit fort lointain de leur titre. La civilisation de leur « *oportere ex fide bona* », compris comme un *oportere* simple coiffé d'un standard de mesure « *ex fide bona* » aurait donné l'illusion d'optique que ces actions n'avaient pas à être annoncées par un édit. En outre, l'édit qui les annoncerait, ne faisant d'ailleurs aucune référence à un « *iudicium dabo* », se trouverait beaucoup trop loin dans l'album pour être considéré comme leur promesse édictale naturelle: l'absence de promesse édictale les précédant immédiatement aurait été interprétée comme une absence totale de promesse prétorienne. Cette absence pouvait encore être confortée par le parallèle avec l'action de tutelle qui n'avait jamais été régie par l'édit *de pactis*. En bref, ce détachement aurait été plutôt la conséquence, que la cause de la « civilisation » des *iudicia bonae fidei*. Ainsi, d'une part, l'édit *de pactis* semblait

⁷¹¹ Dig. 44.7.1.3 et Dig. 44.7.1.5. Il est à noter que Magdelain situe leur naissance à une époque beaucoup plus haute que celle admise généralement.

⁷¹² Si on le prend dans son sens étroit: l'obligation naît dès l'échange des consentements indépendamment des prestations

⁷¹³ cf. Dig. 2.14.7.1

⁷¹⁴ *op.cit.*, p.121.

ne trouver comme application à époque classique qu'une exception *pacti conuenti*, tandis que les actions de bonne foi perdaient définitivement toute trace de leur origine prétorienne.

Cette théorie fort cohérente et fort séduisante se heurte malgré tout à de nombreux obstacles.

2.1.1.2.2.2. Les obstacles à un rattachement à l'édit de *pactis* (B)

Parmi les différents obstacles à cette théorie, nous omettrons l'in vraisemblance d'un oubli jurisprudentiel du lien originaire entre un édit et l'action qu'il promet. Tout d'abord, il semble plus vraisemblable qu'un texte voie sa portée s'étendre du fait de l'interprétation jurisprudentielle, et non se rétrécir, notamment lorsque les voies de droit, comme dans le système romain, sont limitativement énumérées et originellement étroites. En outre, il semble étonnant que les juriconsultes, plutôt conservateurs, aient totalement perdu de vue ce lien, qu'ils auraient pu mentionner à titre d'anecdote historique. Il semble encore étonnant, si les contrats de bonne foi étaient régis par l'édit *de pactis*, que Cicéron précise, eu livre III du *De Officiis*, qu'il existe une sanction *sine lege* du *dolus malus in contrahendo*, grâce aux actions de bonne foi, grâce au travail de la jurisprudence, en omettant de parler de la promesse des « *pacta conuenta quae ...neque dolo malo...* »; et ce d'autant qu'il précise bien quelques paragraphes plus loin qu'il existe une sanction du *dolus in contrahendo* fondée sur l'édit des édiles.

Nous omettrons aussi l'argument *a silentio*, à savoir qu'à aucun moment, dans aucun texte d'époque républicaine, on ne trouve la trace d'un lien associant un *iudicium bonae fidei* à l'édit *de pactis*.

Nous ne rappellerons pas non plus que l'explication de Magdelain prend comme présupposé acquis que l'*oportere ex fide bona* fut originellement prétorien et fut réinterprété en « *oportere* » simple, ce qui nous paraît fort peu vraisemblable⁷¹⁵: dès lors, l'oubli du lien entre l'édit *de pactis* et les actions de bonne foi, considéré par l'auteur comme la conséquence, et non comme la cause de leur « civilisation », resterait à expliquer.

Nous n'invoquerons pas non plus l'argument chronologique: cet édit, connu de Cicéron en 44, lorsqu'il écrit le *De Officiis*, ne doit pas remonter bien plus haut que la fin du deuxième siècle ; or bon nombre d'actions de bonne foi paraissent antérieures à cet édit.

⁷¹⁵ Consensualisme, p.89 et *passim*.

Mais la principale difficulté pour accueillir son hypothèse vient de la fonction originaire de l'édit *de pactis*(1) et de l'impossibilité de rendre compte de l'ensemble des actions de bonne foi à partir de l'idée générale de *pactum conuentum* (2).

1. La fonction originaire de l'édit *de pactis*

Bien loin de représenter nécessairement une promesse d'action (1°), l'édit *de pactis* est plutôt une généralisation prétorienne de l'effet extinctif des pactes (2°).

1°Magdelain se fonde sur l'idée que cette promesse édictale ne pouvait pas uniquement annoncer des moyens de défense, motif pris de sa tournure très large « *pacta conuenta seruabo* ». A cela on peut opposer plusieurs objections:

-Magdelain⁷¹⁶ est le premier à reconnaître que le préteur n'avait pas l'esprit de système. Aussi ne voit-on pas pourquoi il n'aurait pas pu annoncer simplement une voie de défense par un édit, d'autant que presque toutes les exceptions trouvent une annonce dans une promesse édictale.

-Sans doute Lenel avait-il raison en suspectant cet édit d'avoir annoncé autre chose qu'une exception. Toutefois, certains édits, auxquels correspond une exception, ne promettent pas d'action. Ainsi, et significativement, en matière de procédure, à laquelle se rattache dans l'album la promesse « *de pactis* », de nombreux édits n'ont pas pour fonction d'ouvrir une voie d'action nouvelle. Considérons les édits qui se trouvent au titre « *de postulando* », ainsi que certains édits du titre VIII, comme les édits « *qui ne dent cognitorem, qui ne dentur cognitores* ». Ils n'ouvrent aucune action. Ils sont sanctionnés par des exceptions présentées au titre 44. Et, très vraisemblablement, le préteur se laissait le droit de pratiquer la *denegatio actionis* comme autre sanction de l'édit. On peut très vraisemblablement envisager que dans un premier temps, pour les pactes *de non petendo* les plus simples, le préteur ait aussi sanctionné sa promesse édictale *de pactis* par voie de *denegatio actionis*, même si la voie de l'exception inscrite dans la formule fut plus commode pour lui, et le libérait du soin d'une *cognitio* qui retombait à présent sur le *iudex*⁷¹⁷.

⁷¹⁶ *Consensualisme*, p.87 et *passim*.

⁷¹⁷ C'est notamment l'opinion partagée par F. STURM, « Il pactum e le sue molte applicazioni », in *Atti del convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della 'littera Florentina'*, dir. F.Milazzo, Naples, 1990, p.162 ss..

-Sans doute la promesse paraît-elle large: « *pacta conuenta seruabo* », mais on pourrait tout aussi raisonnablement inférer de l'absence d'un « *iudicium dabo* », l'absence de voie d'action édictale. Le préteur se réservait différentes voies de droits pour sanctionner les pactes (*exceptio, denegatio, restitutio?*), sans que pour autant il ait nécessairement songé à une voie d'action et à un *iudicium*.

C'est ce que rend probable la fonction originaire de l'édit *de pactis*.

2°Le fait que ce mot puisse dans la langue romaine, et même dans la langue juridique, s'appliquer à tout accord de volontés informel, comme le soulignait Magdelain, ne signifie pas qu'il n'ait pas un sens restreint en contexte. Or l'édit *de pactis* se trouve justement inséré dans la *pars prima* de l'Edit, peu après le titre *de iurisdictione*, et juste avant le titre *de in ius vocando*⁷¹⁸. Il est donc fort probable que dans le contexte de l'album, sa vocation soit à l'origine uniquement procédurale et qu'il désigne les pactes extinctifs ou minutoires, sans que personne y ait vu une quelconque ambiguïté.

Le sens originaire du pacte semble lié à la « *pax* » pour Ulpien⁷¹⁹, à l'apaisement, et donc à la prévention des contentieux. Et il n'y a pas à s'étonner de ce que des pactes soient productifs de *ius* d'après les rhéteurs. Dans un système juridique moins « étatisé » que le nôtre, les transactions et les pactes de renonciation à une poursuite sont essentiels tant au droit substantiel qu'à la procédure, et ils sont monnaie courante. Dès lors, l'album peut très bien viser, quoique pompeusement, une pièce-maîtresse du système processuel romain, juste avant de s'attarder sur l'*in ius vocatio*.

Dès lors, la vocation de cette promesse prétorienne n'est pas de créer des actions, mais bien de généraliser à toutes les actions une règle qui était restreinte en matière de *ius ciuile*. En effet, la loi des XII tables et son interprétation avaient donné valeur extinctive de plein droit aux pactes uniquement dans le cas d'un certain nombre d'actions délictuelles: cette possibilité de pactiser pour éteindre ou diminuer la réclamation existait donc, dans la procédure formulaire, aussi bien pour l'*actio furti* que pour l'*actio iniuriarum*. Par ailleurs, les actions de bonne foi permettaient au défendeur de faire valoir un pacte extinctif devant le juge, sans intervention particulière du préteur dans la phase *in iure*. Toutefois, cela ne représentait qu'un nombre fort restreint d'actions. Sans même parler de l'infinité d'actions prétoriennes qui ne pouvaient être éteintes par un pacte, des actions civiles aussi fondamentales et aussi

⁷¹⁸ EP³, §10.

⁷¹⁹ Dig. 2.14.1.1

pratiquées que l'*actio certae creditae pecuniae*, ou l'*actio ex stipulatu*, enfin des actions auparavant intentées par *manus iniectio*⁷²⁰ ne pouvaient s'éteindre par accord informel de volontés; le *ius ciuile* avait bien entendu conçu comme remède assez lourd et assez étroit l'*acceptilatio* (avec éventuellement une *deductio in stipulatum* la précédant), mais l'accord informel de volontés, avec ses nombreux avantages, ne pouvait en aucun cas éteindre une action sur le plan du *ius ciuile*. Enfin, les pactes prévus par la loi des Douze tables n'étaient que des pactes extinctifs, non des pactes minutoires, sans doute infiniment plus variés et utiles.

L'édit *de pactis* ne fit que généraliser une pareille possibilité à toutes les actions, sans que le préteur ait explicitement et précisément annoncé la voie de droit à utiliser (*praescriptio*, *exceptio*, ou pure *denegatio actionis*): mais la voie de défense était prétorienne et procédait uniquement de sa *iurisdictio*. Une pareille révolution méritait bien une promesse pompeuse telle que « *pacta conuenta seruabo* », sans pour autant devoir annoncer une action, car il n'y a rien d'étonnant à ce que le préteur ait pris soin de faire une promesse aussi pompeuse lorsqu'il corrigeait ainsi radicalement l'étroitesse du *ius ciuile* en matière de *pactum*. En tous les cas, il semble plus probable que le préteur ait généralisé par un moyen prétorien ce que la jurisprudence avait élaboré dans le cas des *iudicia in quibus additur ex fide bona*. A ce titre, l'édit *de pactis* présuppose l'existence des actions de bonne foi, bien plutôt qu'il ne les fonde⁷²¹.

Quant à bien examiner la structure du groupe des actions de bonne foi, le consensualisme ne saurait être leur point fédérateur.

2. Le consensualisme, une idée non fédératrice pour les actions de bonne foi

L'hypothèse de Magdelain s'appuie encore sur l'idée que le consensualisme est un critère fédérateur pour tous les contrats de bonne foi. Or, l'édit *de pactis* ne saurait rendre compte de l'ensemble des actions de bonne foi (a), pas plus que la notion de *pactum conuentum* ne saurait désigner les contrats de bonne foi (b).

⁷²⁰ Nous partageons sur ce point l'opinion courante majoritaire selon laquelle la seule manière d'éteindre définitivement l'action fut en ce cas la très solennelle *solutio per aes et libram*. Voir F. STURM, *op.cit.*, p.

⁷²¹ Cela, en outre, ne veut pas dire que le sens du texte n'a pas évolué au cours de l'âge classique; il est possible, par exemple, que Labéon ait conçu l'*actio praescriptis uerbis* comme sanction des contrats innomés proches de contrats de bonne foi typiques dans le cadre d'une réflexion sur les termes de la promesse édictale.

a) *l'impossibilité de rattachement de l'ensemble des actions de bonne foi:*

Faire dépendre de l'édit *de pactis* l'ensemble des contrats de bonne foi est impossible pour au moins deux raisons: d'une part, cela s'opposerait à la structuration effective des actions de bonne foi à époque républicaine (1°), et l'on ne comprendrait pas la limitation effective à cette époque de la promesse à quatre contrats consensuels (2°).

1° Il est d'abord à noter que certaines actions ne sauraient en aucune manière être promises par l'édit *de pactis*. Il en va ainsi de la tutelle et de la *negotiorum gestio*. Sans doute Magdelain est-il le premier à le reconnaître. Toutefois:

-son explication concernant ces deux actions (promesse éditale pour l'*actio negotiorum gestorum* et négation d'une formule *in factum*; fonction « civile » de la tutelle) butte sur trop de difficultés. Aussi l'explication du fondement prétorien des actions de bonne foi par l'édit *de pactis* se révèle particulièrement incomplète.

-Elle se révèle d'autant plus incomplète que l'action de tutelle n'est pas structurellement isolable des autres actions de bonne foi. Sans doute l'édit du préteur la présente-t-il isolément, hors du titre XIX. Toutefois, ce ne serait pas un argument, puisque l'action de commodat est elle aussi isolée au titre *de rebus creditis*, et elle n'en cotoie pas moins l'ensemble des autres contrats de bonne foi. Or, dans l'oeuvre de Cicéron, nous voyons bien qu'il n'existe pas d'opposition entre d'une part les contrats, et d'autres part les non-contrats, ce qui isolerait la tutelle. Bien au contraire, Cicéron oppose les actions infamantes aux actions non-infamantes⁷²². Ce sont la *locatio conductio* et l'*emptio uenditio* qui sont isolées, tandis que l'action de tutelle côtoie toujours la fiducie, la société et le mandat. La *negotiorum gestio* est quant à elle assez facilement assimilée, comme rapport de gestion, à ce groupe, et cotoie à deux reprises dans les *Topiques*⁷²³ le groupe « tutelle-mandat-fiducie-société ».

Aussi nous semble-t-il particulièrement difficile de concevoir, même abstraitement, qu'un même édit ait gouverné tous les contrats de bonne foi, et notamment les quatre contrats consensuels à l'époque de Cicéron, à l'exclusion de la tutelle et de la gestion d'affaires, puisque Cicéron structure de façon radicalement opposée ce groupe: il présente un noyau dur où figure la tutelle, il y assimile très souvent la gestion d'affaires, et il en exclut l'*emptio uenditio* et la *locatio conductio*, scindant donc en deux catégories irrémédiablement opposées

⁷²² Voir *infra* Chapitre 2

⁷²³ *Topiques* §41 et §66.

l'ensemble des contrats consensuels; cela n'aurait pu lui venir à l'esprit si ces quatre contrats consensuels étaient régis et promis par un même édit; or jamais il ne les présente dans leur unité, car une pareille catégorisation ne date que de l'époque classique.

2° On pourrait encore inverser le problème et se demander pourquoi le préteur aurait fait une promesse édictale aussi vaste s'il entendait créer une voie d'action générale, pour ensuite la restreindre à ces quelques contrats. Sans doute répondrait-on qu'il n'a fait que sanctionner les plus fréquents. A s'en tenir à la logique de Magdelain, si la promesse édictale paraît trop ronflante pour ne promettre qu'une exception, elle paraît tout aussi bien trop ronflante pour ne promettre à l'époque de Cicéron que quelques actions dans quatre ou cinq situations juridiques étroitement circonscrites: « *plura negotia quam uocabula* », répondrait Ulpien⁷²⁴ au préteur. En principe, une telle promesse édictale, interprétée comme une promesse d'action, aurait donné un fondement à la sanction de tout accord de volontés, et jamais les Romains n'auraient eu à inventer pour sanctionner les contrats innomés des subterfuges aussi variés que des formules *in factum*, une *condictio incerti*, une *actio praescriptis uerbis*. Le texte de la promesse aurait constitué le meilleur fondement possible pour une sanction simple et efficace de l'ensemble des conventions innomées. En réalité, on ne voit pas pour quelle raison, à l'époque où elle parvenait à sa maturité, la jurisprudence romaine se serait encombrée, comme d'une donnée nouvelle, de la typicité contractuelle et de principes tels que « *ex nudo pacto actio non oritur* », si elle avait eu sous les yeux une grande « charte du consensualisme »⁷²⁵. L'édit ne pouvait donc promettre en ces termes seulement un ensemble de quatre ou cinq actions de bonne foi.

Ainsi, la structuration de ce groupe limité d'actions s'oppose naturellement à ce qu'un édit promette une sanction pour tous les contrats de bonne foi.

b) La qualification douteuse des contrats de bonne foi en *pacta conuenta*

Il y a plus. L'analyse des contrats de bonne foi en *pacta conuenta* se heurte à différents obstacles, certains obstacles d'ordre purement théorique (1°), d'autres d'ordre plus philologique (2°).

⁷²⁴ Dig. 19.5.4 *Ulpianus 30 ad sab.*

⁷²⁵ L'expression est d'A.MAGDELAIN, *Consensualisme*, p.55, pour désigner l'édit *de pactis* aux yeux de Cicéron et de Sénèque.

1° D'une part, il semble difficile de penser que le préteur ait envisagé abstraitement l'idée de formation du rapport contractuel par l'accord de volonté pour ensuite le décliner à titre d'exemple dans les quatre contrats consensuels de bonne foi. Le droit romain fonctionne différemment, et plus inductivement: les prudents sont partis de types contractuels définis et singuliers, qu'ils ont sans cesse cherché à assouplir, jusqu'à viser une généralisation autour de l'idée de contrat. De façon générale, dans l'idée de *contractus*, le droit romain s'intéresse au rapport d'obligation formé, typicisé et singularisé par la jurisprudence autour d'une figure (vente, location, etc.) plus qu'à l'accord de volontés en général. En bref, historiquement, mais aussi doctrinalement et idéellement, les « contrats spéciaux » précèdent dans la pensée juridique romaine la théorie générale des contrats, si tant est qu'il y en ait une⁷²⁶. La difficulté que rencontre la jurisprudence romaine est essentiellement d'assouplir le type, la figure, et de faire entrer le plus grand nombre de cas-limites dans ce type (donc, dans l'action et dans la formule qui l'exprime), pour n'avoir qu'un résidu de situations où les jurisconsultes auront à chercher des moyens différents⁷²⁷. Le rapport entre l'ensemble possible des accords de volontés et les figures contractuelles typiques est l'inverse de celui qu'on constate dans notre droit positif: en droit romain, ce sont les « contrats innomés » qui reçoivent un régime d'exception, la typicité contractuelle est la règle et le droit commun des contrats. A ce titre, jamais un préteur n'aurait annoncé une promesse d'action par un terme aussi général que « *pacta conuenta...seruabo* », qui, autrement, sonnerait, dès le début du Ier siècle avant J.C, comme l'alinéa 1er de l'article 1134 de notre Code Civil.

Le fait que les quatre contrats consensuels échappent au formalisme généralisé du *ius civile* n'a en réalité rien de choquant et n'est pas une preuve qu'elles fassent référence à l'idée générale des *pacta conuenta*. Au contraire, le fait que seuls ces quatre-là aient été considérés comme générateurs d'une *obligatio* à l'exclusion de tous les autres qui reçoivent des formules différentes, prouve, plutôt qu'il ne dément, leur nature originellement civile. Qu'il nous soit d'ailleurs permis ici de faire un parallèle. En principe, en droit romain, les obligations sont volontairement contractées *uerbis*. C'est là le mode le plus général de s'obliger⁷²⁸. Mais il existe des groupes de dérogations: le *mutuum*, mais aussi l'*expensilatio*. Si l'on considère les *obligationes uerbis*, elle sont généralement contractées sous la forme de questions-réponses: mais il n'existe que quelques causes identifiées comme civiles, où le mode de s'obliger peut

⁷²⁶ Voir TALAMANCA, *Tipicità*, p.70 ss., *Bona fides*, p.50 ss., A.BURDESE, « I contratti innominati », p., F.GALLO, *Synallagma e conventio*.

⁷²⁷ Voir sur ce point M.TALAMANCA, *Tipicità*, p.69 et *passim*.

⁷²⁸ M.TALAMANCA, *Bona fides*, p.51, *Tipicità*, p.38 ss.

être unilatéral (*dictio dotis, iusiurandum liberti*). C'est caractéristiquement le *ius ciuile* qui crée ainsi des causes typiques où le mode de s'obliger déroge au droit commun. Aussi le caractère consensuel des contrats de bonne foi, parce qu'il est justement limité à quatre contrats, est-il, de la même façon, un indice très fort, en réalité, de leur caractère civil, tout comme la *dictio dotis* ou le *iusiurandum liberti*⁷²⁹. Dans certains cas, le *ius ciuile* a toléré qu'on s'oblige volontairement par un autre moyen que la stipulation⁷³⁰.

C'est donc une analyse postérieure, qui date au plus tôt de l'époque de Labéon et de Pédus, qui voit dans les contrats de bonne foi typiques une particularisation, une singularisation de l'idée générale et abstraite de *conuentio*.

2° Les textes invoqués par Magdelain⁷³¹ pour montrer que les contrats de bonne foi seraient appelés des *pacta conuenta* sont d'ailleurs peu probants. Nous omettrons les textes littéraires, où Cicéron parle d'ailleurs plus souvent de *dicta et promissa*. Le texte d'Alfenus⁷³² en dit assez peu en réalité. « *pactum conuentum societatis* » « *pactum conuentum de societate factum* » ne désignent pas le contrat de société lui-même. Le contrat de société est une figure typique du droit des obligations, qui reçoit justement des aménagements et des précisions par des pactes et des conventions. Pour les juristes républicains, cette figure ne se distingue pas de la tutelle parce que l'une serait un contrat, l'autre un quasi-contrat, car l'idée de *contractus* insiste plus sur le rapport d'obligation sanctionné par une action réipersécutoire, que sur la rencontre de volontés, et c'est bien pour cela que la société cotoie sans difficulté des rapports comme la tutelle ou la gestion d'affaires; il se trouve que c'est un rapport d'obligation qui reçoit sa force de la volonté des parties, lesquels peuvent aménager les obligations concrètes au sein de ce type. A ce titre, il est rare qu'un contrat de société soit formé sans un pacte qui aménage l'ensemble du fonctionnement de la société et les obligations respectives des parties: cela est d'autant plus rare qu'une société sans pacte est une *societas uniuersorum*, or le pacte, en l'espèce, sert justement à restreindre la figure contractuelle à une *societas unius negotii*, à savoir l'enseignement de la *grammatica*, et à aménager tout le régime de la société. D'ailleurs, dans ce texte, Alfenus et Paul semblent, par *pactum conuentum*, désigner très concrètement, l'*instrumentum*, la pièce écrite qui exprime le *pactum*, tout comme le fait Cicéron puisqu'il

⁷²⁹ A ce titre, nous pensons que M.TALAMANCA, *op.cit.* p.44 ss., eût pu tirer des conséquences tout à fait inverses de leur typicité causale: plutôt que d'y voir des inventions prétorienne, il aurait pu y voir des figures négotiales dérogoires au droit commun (la *stipulatio*), secrétées entre citoyens romains, et reconnues très tôt comme *iuris ciuilis*.

⁷³⁰ Voir partie II titre 1 chapitre 1

⁷³¹ Voir *supra*.

⁷³² Dig. 17.2.71

place le *pactum conuentum* aux côtés des *tabulas*, non du *testamentum*⁷³³. Ils semblent de toute manière distinguer idéellement deux phases, le « *societatem coire* » du « *pactum conuentum* ». A ce titre, ce texte ne montre nullement que le contrat de société est considéré comme un *pactum conuentum*. De la même manière, le texte de Quintus Mucius Scaevola sur l'impossibilité de « *cauere alteri* », de stipuler pour autrui, décline trois façons dont cela eût été possible: on ne peut le faire dans les *leges mancipii*, ni dans les *stipulationes*. On ne peut non plus le faire par un *pactum*; mais l'acte de « *pacisci* » peut fort bien renvoyer, non à l'ensemble des contrats consensuels, mais aux clauses adjointes *in continenti* à un contrat de bonne foi, qui seront sanctionnables par l'action de bonne foi. Aussi Mucius pourrait-il très vraisemblablement envisager, pour conclure à l'impossibilité de *cauere alteri* selon le *ius ciuile*, les trois manières de s'obliger volontairement *iure ciuili*: les *leges* accompagnant la mancipation, les *stipulationes*, enfin les clauses adjointes et informelles dans un contrat consensuel. Sa phrase présupposerait donc, bien au contraire puisqu'il envisage deux actes du *ius ciuile* (mancipation et stipulation), que les contrats consensuels sont des modes particuliers de s'obliger *iure ciuili*. Dès lors, ce texte ne prouve en rien que les contrats consensuels sont appelés « *pacta* » à époque républicaine: ce sont plutôt les dispositions particulières précisant et modulant le type contractuel qui sont appelées ainsi. Pour eux, il y a plutôt un type de rapport d'obligation, qui produit une action, et ce type est concrétisé ou aménagé par des *pacta*. Aussi n'a-t-on aucune preuve que les *pacta conuenta* de l'édit puissent désigner dans l'esprit d'un juriste républicain des types de rapports d'obligations tels que la vente, la location, la société ou le mandat.

Aussi n'est-il point étonnant que ces actions ne soient nulle part qualifiée de prétoriennes à l'époque républicaine, nonobstant un texte célèbre mais mystérieux de Cicéron, extrait de sa défense du comédien Roscius.

2.1.1.2.3. La qualification suspecte en *arbitria honoraria* (*Pro Rosc. Com. §15*) (III)

Ce texte célèbre du plaidoyer de Cicéron défendant le comédien Roscius, qui voit son ancien associé Fannius intenter contre lui l'*actio certae creditae pecuniae*, a été sujet à de multiples

⁷³³ Part. Or., §130

interprétations concernant le statut et la structure de la procédure formulaire à l'époque républicaine. C'est un plaidoyer de jeunesse de Cicéron, lequel doit encore avoir suffisamment de connaissances juridiques après sa fréquentation assidue de Quintus Mucius Scaevola.

On sait d'après ce plaidoyer que Roscius avait été l'associé de Fannius, dont l'apport à la société était un esclave, Panurgus, à qui Roscius devait enseigner l'art théâtral, afin qu'ils tirent tous deux profit de sa location. Mais un certain Fulvius l'a tué. Tandis que Fannius intenta, en tant que *cognitor* de Roscius, l'action *damni iniuria*, Roscius transigea avec Fulvius, qui lui donna un champ, de faible valeur à l'époque. Il avait en outre stipulé de Fannius qu'il lui verserait la moitié de ce qu'il récupérerait pour sa part de Fulvius. Mais Fannius, longtemps après, mécontent, prétendit que Roscius aurait dû lui reverser la moitié de ce qu'il avait reçu de Fulvius, parce que sa transaction avec Fulvius aurait été faite au titre de la société. Ayant renoncé à une *actio furti*, tout comme à une *actio pro socio*, il soumit le litige à un arbitrage compromissaire: Roscius fut absous. C'est alors qu'il intente l'*actio certae creditae pecuniae* contre Roscius, le juge nommé par la formule étant Pison, celui-là même qui avait été l'arbitre du compromis.

Dans la première partie du texte retrouvé, Cicéron a cherché à démontrer que l'*actio certae creditae pecuniae* intentée par Fannius contre son client Roscius n'était pas fondée; il considérait les trois causes possibles de la *pecunia debita*, qui sont le contrat *litteris*, le *mutuum (numeratio pecuniae)*, et la stipulation, et montrait que Fannius ne pouvait se prévaloir d'aucune d'entre elles⁷³⁴. Il concluait ainsi, d'une façon purement juridique, à l'impossibilité d'intenter cette *actio certae creditae pecuniae*: telle était son « *oratio necessaria* », le plaidoyer que nécessitait l'action. Mais, il crée un effet de surprise oratoire lorsqu'il cherche tout à coup à élargir le débat, en considérant qu'il en va de la réputation de son client, et se propose maintenant de faire une « *oratio voluntaria* », non pas pour la nécessité juridique de la cause, mais pour laver la réputation de son client, en feignant de considérer que dans la formule qui instaure le procès sont inclus « tous les *iudicia legitima*, tous les *arbitria honoraria*, tous les *officia domestica* ».

A rebours de l'interprétation courante, qui veut voir dans ce texte la preuve d'un fondement prétorien de l'*actio pro socio* (A), nous pensons plutôt qu'il présuppose au contraire que cette action est un « *iudicium legitimum* » (B).

⁷³⁴ §13 (...) *Iam duae partes causae sunt confectae; adnumerasse sese negat, expensum tulisse non dicit, cum tabulas non recitat. Reliquum est ut stipulatum se esse dicat; praeterea enim quem ad modum certam pecuniam petere possit non reperio. Stipulatus es—ubi, quo die, quo tempore, quo praesente? quis spondisse me dicit? Nemo.*

2.1.1.2.3.1. *L'interprétation courante: la preuve implicite d'un fondement prétorien de l'actio pro socio (A)*

L'analyse des expressions de *iudicium legitimum* et d'*arbitrium honorarium* a conduit à différentes interprétations (1) qui toutes, plus ou moins, conduisent à reconnaître à l'*actio pro socio* un fondement prétorien (2).

1) L'analyse des *iudicia legitima* et des *arbitria honoraria*⁷³⁵:

La vue ordinaire sur ce texte considère que cette phrase épuise, d'un point de vue procédural, tout le champ de la normativité que peut connaître un Romain du temps de Cicéron⁷³⁶: Cicéron prétend être exhaustif lorsqu'il veut élargir le débat dans un procès fondé sur la seule et étroite formule de l'« *actio certae creditae pecuniae* ». Derrière la notion de *iudicium legitimum* se cacherait la notion d'action civile fondée sur la *lex* (1°), derrière celle d'*arbitrium honorarium* celle d'action prétorienne fondée sur la *iurisdictio praetoris* (2°), et enfin les *officia domestica* désigneraient les devoirs extra-juridiques fondés sur la morale ou les arbitrages privés (3°).

1° L'expression « *iudicium legitimum* » a fait l'objet d'un long débat⁷³⁷. Est-ce une expression concise qui a rapport avec celle employée par Gaius aux *Institutes* 4,103? Gaius lui donne un contenu purement processuel, à savoir qu'elle désigne les procès entre citoyens romains à moins d'un mille de Rome et jugés par un *iudex unus*. Or il semble peu probable que Cicéron ait un intérêt à utiliser une pareille qualification technique pour montrer qu'il veut élargir le débat. Certes, selon la perspective de Gaius, les procès imaginables entre Fannius et Roscius devant le juge Pison seraient nécessairement *legitima*, puisque tous trois sont romains, que le procès se déroule à Rome et que le seul juge est Pison. Mais il n'aurait aucun intérêt dans ce contexte à faire une pareille restriction, puisqu'il veut élargir fictivement l'ensemble normatif qui est susceptible de s'appliquer au litige entre Fannius et son client.

⁷³⁵ Pour un point sur la question de l'opposition entre *arbitrium* et *iudicium*, voir M. VARVARO, *Restituzione della dote*, p.86 ss.

⁷³⁶ C'est notamment l'interprétation générale qu'en donne A. MAGDELAIN, *Actions civiles*, p. 10-11.

⁷³⁷ Voir sur l'histoire de ce débat, R. FIORI, *Ea res agatur*, cit. p.44 ss.

Est-ce à dire qu'il ne l'emploie pas d'une manière technique? L'hypothèse souvent avancée, dont le plus illustre défenseur est M. Talamanca, est que les critères pour qualifier un *iudicium* de *legitimum* ont évolué entre l'époque du *Pro Roscio* et celle de Gaius. Ces critères n'auraient pas été à l'origine uniquement procéduraux, mais il y aurait eu un critère substantiel: un *iudicium legitimum* devrait s'appuyer sur une action fondée de quelque manière que ce soit sur la loi. Ainsi, contrairement à l'époque de Gaius, s'il est vrai qu'un *iudicium ex lege* n'est pas forcément un *iudicium legitimum*, jamais un *iudicium legitimum* ne pourrait ne pas être *ex lege*. Gaius conserverait plus ou moins consciemment la trace de cet état du droit dans la périphrase qu'il emploie en IV,103 à la place de « *iudicium legitimum* », à savoir « *iudicia quae legitimo iure consistunt* »⁷³⁸.

Aussi l'expression *iudicium legitimum* chez Cicéron serait-elle une expression technique et propre à la procédure formulaire, pouvant renvoyer aux formules exprimant une action civile ou aux procès fondés sur une action civile: une action civile n'entraîne pas nécessairement un *iudicium legitimum*, mais seule une action civile serait à même de fonder un *iudicium legitimum*. Ainsi, elliptiquement, *iudicium legitimum* désignerait les procès fondés sur une action civile. En employant l'expression, Cicéron insisterait sur le critère substantiel et fondementiel de la prétention dans un « *iudicium legitimum* », fondée nécessairement sur la loi, et non sur les conditions d'ordre processuel.

Ainsi comprise, l'expression entrerait dans un net contraste avec celle d'*arbitria honoraria*.

2° Cicéron avait déjà mis en contraste l'idée même de *iudicium, asperum et simplex*, avec celle d'*arbitrium* (« *mite et moderatius* »)⁷³⁹. Il les mettrait à nouveau en contraste, mais non pas selon les pouvoirs donnés au *iudex* ou à l'*arbiter* et selon le régime de la *pluris petitio*, mais selon leur fondement. A *legitimum* s'opposerait ainsi *honorarium*. On songerait naturellement aux expressions classiques de la jurisprudence telles que « *ius honorarium* », « *actiones honorariae* ». Cette expression renverrait donc aux actions fondées sur les pouvoirs du préteur. Une confirmation discrète en serait trouvée dans la manière dont Cicéron illustre auparavant les deux catégories⁷⁴⁰; le *iudicium, asperum et simplex*, était illustré par un « *si paret dare oportere* », une formule d'action dite « de droit strict », renvoyant à un *oportere* civil; à l'inverse, l'*arbitrium* est illustré par un *quantum aequius melius sit*

⁷³⁸ M.TALAMANCA, *Riordinamento*, p.233.

⁷³⁹ §11 *Quid est in iudicio? Derectum, asperum, simplex: si paret HS icce dari— Hic nisi planum facit HS icce ad libellam sibi deberi, causam perdit. Quid est in arbitrio? Mite, moderatum: quantum aequius et melius sit dari.*

⁷⁴⁰ §11 et 12.

repromitti; l'*arbitrium*, ne pouvant se réclamer de la loi, ne pourrait se réclamer que de l'équité.

A ce stade de son énumération, Cicéron aurait épuisé la normativité telle qu'elle est présentée dans l'album. Il en vient à évoquer les « *officia domestica* »

3° On hésite davantage sur le référent exact à donner aux *officia domestica*. Certains lui donnent un sens purement moral ou social⁷⁴¹. Cicéron viserait ainsi une normativité totalement extrajuridique, viserait l'ensemble des devoirs sociaux qui incombaient à ces deux associés, l'un envers l'autre. Ils ne trouveraient certes aucune sanction juridique et seraient purement moraux; mais, dans la mesure où il cherche à laver la réputation de son client, à montrer que c'est un *uir optimus*, il les prendra aussi en compte dans ce second plaidoyer.

D'autres lui donnent un sens processuel, dans la droite ligne des *iudicia legitima*, des *arbitria honoraria*: les *officia domestica* viseraient les arbitrages privés, totalement indépendants du tribunal du préteur. L'*officium* du *bonus uir* est de juger les différends entre ses amis ou ses clients. Telle est notamment l'interprétation qu'en fait Broggin⁷⁴².

2. La portée du texte et la qualification de l'*actio pro socio* en action prétorienne:

Cicéron va plaider comme si dans la formule soumise au juge Pison étaient compris tous les *iudicia legitima*, tous les *arbitria honoraria*, tous les *officia domestica*.

On considère généralement que par cette énumération, Cicéron se réfère à l'ensemble des litiges, réels ou possibles, entre Fannius et Roscius. Dès lors, on leur trouverait différents référents dans le plaidoyer, même si, malheureusement, le texte du *Pro Roscio* est assez mutilé.

Puisque donc l'*actio pro socio* serait considérée par Cicéron comme un « *arbitrium honorarium* » (1°), de nombreux auteurs en déduisent qu'elle aurait un fondement prétorien (2°).

1° Tous s'accordent à dire que l'*actio certae creditae pecuniae* est l'action à laquelle se réfère implicitement Cicéron lorsqu'il évoque les *iudicia legitima*. « *perinde ac si in hanc formulam omnia legitima iudicia... comprehensa sint* »: la formule de l'*actio certae creditae pecuniae*

⁷⁴¹ Notamment A. MAGDELAIN, *Actions civiles*, p.10.

⁷⁴² G. BROGGINI, *Iudex Arbitrere*, p.216 ss.

contient nécessairement l'*actio certae creditae pecuniae*, qui serait le modèle même de l'action civile (*legitimum*) dite « de droit strict » (*iudicium*, et non *arbitrium*)..

Quel référent alors trouver aux *arbitria honoraria*? Différentes hypothèses considèrent que c'est dans cette catégorie que rentre la formule de l'*actio pro socio* envisagée fictivement dans la suite du texte par Cicéron. Puisque le *iudicium legitimum* était la formule de l'*actio certae creditae pecuniae*, envisagée dans la première partie du texte, la seconde action envisagée devrait illustrer la catégorie suivante, à savoir l'*arbitrium honorarium*.

Hormis cet argument, et hormis la pétition de principe qui consisterait à dire que c'est le plus vraisemblable parce qu'on présuppose que l'*actio pro socio*, en tant qu'action de bonne foi, serait encore prétorienne à cette époque, l'argument principal est que la formule de l'*actio pro socio* est un « *arbitrium* », en tant qu'elle déduit en justice un « *incertum* ». Lorsque Quintus Mucius parlait de ces formules « *in quibus additur ex fide bona* », il emploierait très significativement l'expression d'« *arbitria* », et non de « *iudicia* »⁷⁴³; lorsque Cicéron parlait de l'*actio empti* intentée par Calpurnius Lanarius, il employait la suite « *arbitrum adigere quidquid dare facere sibi oporteret ex fide bona* »⁷⁴⁴. Dans la suite du *Pro Roscio*, il emploie la même expression; « *Quae cum ita sint, cur non arbitrum pro socio adegeris Q. Roscium quaero* »⁷⁴⁵.

Puisque Cicéron évoque à ce point durant tout son plaidoyer la différence entre un *iudicium* et un *arbitrium*, puisque dans l'énumération, il oppose encore le *iudicium (legitimum)* à l'*arbitrium (honorarium)*, puisque les formules des actions de bonne foi sont des *arbitria*, il serait donc naturel que la formule de l'*actio pro socio* entre dans la catégorie des *arbitria honoraria*.

2° Puisque les *arbitria honoraria* s'opposeraient aux *iudicia legitima* en ce qu'il leur manquerait la légitimité de ces dernières, très naturellement, l'*actio pro socio* serait donc une action dépourvue de légitimité, et donc prétorienne. Toutefois, les différentes théories sur ce texte donnent une signification variable à cette qualification implicite qu'ils prêtent à Cicéron.

-Kaser⁷⁴⁶ envisage ce texte à l'aune de sa théorie sur la *lex Aebutia*, qui d'après lui se serait contentée d'abolir la *condictio* orale et de légaliser la procédure formulaire uniquement en cas d'*actio certae creditae pecuniae*. Les *iudicia legitima* feraient donc selon lui référence à

⁷⁴³ De Off. III,70.

⁷⁴⁴ De Off. III,66.

⁷⁴⁵ §26

⁷⁴⁶ "Die Lex Aebutia", in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, 1953, p.34.

toutes les causes possibles d'*actio certae creditae pecuniae* qu'aurait pu tenter Fannius, et que Cicéron avait auparavant énumérées. A l'inverse, les *arbitria honoraria* seraient illustrés par l'*actio pro socio* qu'imagine Cicéron comme si elle était incluse dans cette formule. Enfin, les *officia domestica* trouveraient leur exemple dans l'évocation de l'arbitrage compromissaire qui eut lieu entre Fannius et Roscius. Point n'est besoin de discuter ici le bien fondé de la théorie de M.Kaser sur la *lex Aebutia*. Mais il est à noter dès à présent qu'elle rend le texte assez peu pertinent pour montrer le fondement « prétorien » des actions de bonne foi: puisqu'elle considère que seule la *condictio* a trouvé un répondant légal dans la procédure formulaire, ce serait tout le reste de la procédure formulaire, qu'il s'agisse des actions de bonne foi ou de tout autre type d'*arbitrium*, qui ne serait pas légitime; aussi les actions de bonne foi seraient-elles selon Kaser, prétoriennes, non pas par manque de fondement civil, mais parce que la *lex Aebutia* ne serait pas venue légaliser le nouveau *modus agendi per concepta uerba id est per formulas*, pas plus qu'elle n'aurait légalisé la formule de l'*actio furti* ou de l'*actio de modo agri*. A ce titre, du point de vue de la doctrine de Kaser, le texte ne pourrait nullement, en réalité, prouver que le fondement de l'*actio pro socio* est le pouvoir du préteur par opposition aux autres actions civiles dites « de droit strict », puisque celles-ci seraient tout aussi « prétoriennes » dans son optique, hormis l'*actio certae creditae pecuniae/rei*⁷⁴⁷.

-Plus pertinente est en revanche la théorie de Talamanca⁷⁴⁸ et de Magdelain⁷⁴⁹: ils ne considèrent pas le texte à l'aune de la *lex Aebutia*, et d'ailleurs sont plus proches de la perspective ancienne suivie par Wlassak, qui considérerait que cette loi visait l'ensemble des formules, ou au moins l'ensemble des formules d'actions « civiles ». Puisque les *iudicia legitima* ne peuvent uniquement viser la catégorie de pure procédure explicitée par Gaius en IV,103-108, ils doivent viser les *iudicia ex lege*, les *iudicia* qui expriment une prétention fondée et régie par la loi, en des mots plus classiques, une action civile. A l'inverse, selon Magdelain, ou Talamanca, puisque *arbitria honoraria* ne viserait dans ce contexte que l'*actio pro socio* envisagée plus loin, ce texte évoquerait implicitement le fondement spécifiquement prétorien des actions de bonne foi par opposition aux autres actions. Les *arbitria* seraient

⁷⁴⁷ Pour certains, comme G.BROGGINI, *Iudex arbiterve*, p.215, les *arbitria* seraient nécessairement tous *honoraria*, parce que l'*arbitrium* viserait un *incertum* dont la réclamation serait toujours restée étrangère aux *legis actiones*. Dès lors, le texte manifesterait que l'*actio pro socio* serait encore nécessairement « *imperio continens* ». Mais, là encore, ce texte ne prouverait, dans cette optique, que la non légitimité du *modus agendi*, non le manque de fondement légitime de la prétention. Sans doute M.Kaser expliquerait-il qu'une action dont le *modus agendi* n'est pas légitime et qui ne trouverait aucun correspondant dans un *modus agendi* civil, équivaldrait à une action prétorienne; toutefois, ce n'est en rien ce que dit le texte, et il resterait toujours à démontrer qu'une action sans précédent dans la *legis actio* devrait nécessairement, à sa création, avoir un statut prétorien.

⁷⁴⁸ *Riordinamento*, cit., p.94 ss et 189-191.

⁷⁴⁹ *Actions Civiles*, p.10.

honoraria parce qu'ils descendraient du pouvoir du préteur. Vu qu'il se serait agi d'actions protégeant une prétention en justice dont le fondement serait prétorien, la *lex Aebutia* n'avait pas pour but de les légaliser, et donc leurs formules seraient nécessairement restées honoraires.

Quelle que soit l'interprétation adoptée, on déduirait de ce texte le fondement prétorien de l'*actio pro socio*, et par voie inductive, de toutes les actions de bonne foi. Or il nous semble que ces interprétations ne tiennent que très peu compte de l'argumentation générale de Cicéron dans ce texte. A le regarder de plus près, il manifesterait plutôt que la formule de l'*actio pro socio* est un *iudicium legitimum*.

2.1.1.2.3.2. *Le propos de Cicéron: la qualification à époque républicaine de l'actio pro socio en iudicium legitimum (B)*

Les obstacles à la qualification de l'*actio pro socio* en *arbitrium honorarium* (1) nous amèneront à considérer que Cicéron la classe implicitement parmi les *iudicia legitima* (2).

1.les obstacles à la qualification en « *arbitrium honorarium* » de la formule *pro socio*

Une pareille qualification prêtée à Cicéron repose sur un lien ténu entre l'*actio pro socio* et la catégorie des *arbitria* (1°) et se heurte au sens courant à donner à *arbiter honorarius* (2°).

1°il est sans doute vrai que les actions de bonne foi sont souvent qualifiées d'*arbitria*. C'est sans doute la qualification la plus adéquate, puisque leur *intentio* vise un *incertum* dont l'appréciation est laissée largement à la discrétion du juge. Toutefois, dans ce texte, la référence explicite à l'*arbiter pro socio* ne se retrouve qu'une seule fois, au §26. Significativement, deux lignes plus bas, au § 16, ensemble les actions de tutelle, de société et de fiducie sont évoquées comme des « *iudicia* », et au §25 c'est la formule de l'*actio pro socio* qui est qualifiée de *iudicium graue*.

Si l'on considère d'autres passages où Cicéron évoque les actions de bonne foi, il n'hésite pas à employer « *iudicium* »: ainsi, dans De Off,III 61, mais aussi dans Top. §66; dans le *Pro*

Roscio Amerino, au §116, la formule de l'action de mandat est qualifiée de *iudicium*; en *De Or.* I, §167, il semble évoquer l'action de tutelle consumée *ipso iure* par une *legis actio* précédente, en l'appelant « *turpe iudicium tutelae* ». De même, dans le *De Natura Deorum*, III, §74 ils sont appelés « *iudicia de fide mala* ».

Quelle que puisse être l'impropriété de langage, au point de vue juridique, à qualifier de *iudicium* une action à *intentio incerta*, il n'en reste pas moins vrai que Cicéron est habitué à la commettre. Les formules et les procédures fondées sur une action de bonne foi sont très fréquemment appelées par l'Arpinate « *iudicia* », et notons que ce sera encore très fréquent dans la jurisprudence classique.

Donc, en réalité, le principal argument pour faire entrer l'*actio pro socio* dans les *arbitria honoraria* est très faible au vu du lexique cicéronien.

Mais il est encore totalement invraisemblable au vu du sens classique d'*arbiter honorarius*.

2° Considérer qu'*arbitrium honorarium* se réfère aux formules des actions prétorienne est douteux à deux titres au moins.

D'une part, l'emploi d'« *honorarium* » pour désigner le droit honoraire est certes attesté dans la langue des juriconsultes impériaux, mais, hormis une référence douteuse chez Servius (cité par Ulpien dans une causale⁷⁵⁰), il est moins évident pour l'époque républicaine. En outre, il n'est jamais employé dans ce sens par Cicéron, ni même par aucun écrivain en général. Sans doute s'agit-il d'un plaidoyer, mais ce serait tout de même un *hapax*. De plus, il s'agirait d'une combinaison assez inattendue en ce sens que les expressions que nous connaissons sont « *actio honoraria* »; , même dans la langue des juriconsultes, on ne parle pas d'*arbitrium honorarium* pour désigner une action prétorienne⁷⁵¹. Enfin, si la contraposée « *iudicium legitimum/arbitrium honorarium* » était exhaustive et englobait toute la normativité au plan du droit privé, elle ne pourrait faire référence aux formules des actions prétorienne. En effet, un *arbitrium* n'est pas nécessairement prétorien, loin s'en faut: les classiques qualifient souvent les juges des vieilles actions divisoires ou de l'*actio aquae pluviae arcendae d'arbitri*, et le terme est semble-t-il déjà employé dans la loi des XII tables, ainsi que dans les *certa uerba des legis actiones*. A l'inverse, toute action prétorienne n'est pas nécessairement un « *arbitrium* », bien au contraire: la plupart des formules *in factum* sont des *iudicia* en ce qu'elles sont façonnées sur le modèle du « *si paret...si non paret* », et visent

⁷⁵⁰ Dig. 9.3.5.12 Ulpianus 23 ad ed.

⁷⁵¹ On ne connaît que l'expression *iudicium honorarium* chez Julien., en Dig. 9.4.39pr. 9 Dig

donc des prétentions certaines; le préteur lui-même d'ailleurs emploie dans ses promesses le terme « *iudicium dabo* », et non « *arbitrium dabo* ». En résumé, Cicéron aurait pu trouver des expressions beaucoup plus simples pour opposer les formules selon le fondement des actions qu'elles expriment.

En revanche, il existe une expression plus fréquente, et qui a une structure similaire, dans la langue de Cicéron: celle d'*arbiter honorarius*. Elle est employée plusieurs fois par Cicéron pour parler de l'arbitre, sinon *ex compromisso*, du moins de celui qui n'a pas été investi du rôle de juge par le préteur, et qui s'est proposé spontanément de résoudre un conflit parce qu'il en allait de son office: il l'emploie significativement (et métaphoriquement) à propos de controverses philosophiques, et qualifie ainsi le philosophe qui cherche à réconcilier deux courants⁷⁵². De même, l'expression d'*opera honoraria* se réfère dans le *Pro Caecina* aux arbitrages⁷⁵³ qui n'ont pas le caractère officiel d'une procédure intentée devant le préteur, mais qui sont le fait d'un ami qui va trancher le litige sans bruit et officieusement, parce que l'affaire ne mérite pas une condamnation officielle. D'ailleurs, l'opposition formulée par Cicéron lui-même entre *iudicium* et *arbitrium* dans la première partie du *Pro Roscio Comoedo* est illustrée par la différence, au §11, entre le caractère strict d'une action officielle de l'album, l'*actio certae creditae pecuniae (iudicium strictum asperum simplex)*, et l'acte qui institue, sans le secours de la puissance publique, un arbitrage compromissoire (*mite moderatius*). Les *arbitria honoraria* renvoient donc très probablement aux procédures d'arbitrage qui n'ont pas reçu leur force juridique de la délivrance d'une formule par le préteur dans la phase *in iure*. Il est donc impossible de considérer que la formule de l'*actio pro socio*, qui est justement proposée dans l'album du préteur, comme nous le rappelle avec insistance Cicéron lui-même⁷⁵⁴, soit visée par la catégorie des *arbitria honoraria*.

A l'inverse, il est fort possible qu'elle soit visée par l'évocation des *iudicia legitima*.

⁷⁵² *Tusc. V,120 (...) alii tantam praestantiam in bonis animi esse dicunt, ut ab iis corporis et externa obruantur, alii autem haec ne bona quidem ducunt, in animo reponunt omnia. [120] Quorum controversiam solebat tamquam honorarius arbiter iudicare Carneades. Nam cum, quaecumque bona Peripateticis, eadem Stoicis commoda viderentur neque tamen Peripatetici plus tribuerent divitiis bonae valetudini ceteris rebus generis eiusdem quam Stoici, cum ea re, non verbis ponderarentur, causam esse dissidendi negabat (...)*

⁷⁵³ *Pro Caec. §7. (...) ideo quod omnia iudicia aut distrahendarum controversiarum aut puniendorum maleficiorum causa reperta sunt, quorum alterum levius est, propterea quod et minus laedit et persaepe disceptatore domestico diiudicatur, alterum est vehementissimum, quod et ad graviore res pertinet et non honorariam operam amici, sed severitatem iudicis ac vim requirit. (...)*

⁷⁵⁴ *§§24-25 (...) Fraudabat te in societate Roscius! Sunt iura, sunt formulae de omnibus rebus constitutae, ne quis aut in genere iniuriae aut <in> ratione actionis errare possit. Expressae sunt enim ex unius cuiusque damno, dolore, incommodo, calamitate, iniuria publicae a praetore formulae, ad quas privata lis accommodatur. [25] Quae cum ita sint, cur non arbitrum pro socio adegeris Q. Roscium quaero. Formulam non noras? Notissima erat.*

2.L'appartenance de l'*actio pro socio* aux *iudicia legitima* selon Cicéron

Si l'on considère que l'énumération par Cicéron au §15 a pour but de créer une gradation dans les dangers pour la réputation de son client et doit être comparée à un texte du *Pro Caecina* (1°), alors on voit sans peine que Cicéron considère probablement le *iudicium pro socio* comme un « *iudicium legitimum* » (2°).

1°L'énumération cicéronnienne ne prend son sens que par rapport à l'étroitesse caractérisée de la formule de l'*actio certae creditae pecuniae*. La formule est abstraite, et elle enferme le juge dans une forme de contrôle restreint des éléments du litige: l'existence ou non d'une *obligatio certa*. Mais Cicéron, après avoir cherché à montrer le manque de fondement de la requête de Fannius selon le droit strict, prétend à partir du §15 dépasser les termes étroits du litige pour laver la réputation de Fannius (*bonae existimationis causa*).

Par rapport à Pison, l'énumération ternaire prend un sens quand à sa fonction de juge: Cicéron ne veut pas que celui-ci soit juste enfermé dans le « droit strict » de l'*actio certae creditae pecuniae*. Les *iudicia legitima* renvoient à sa fonction de juge dont la formule du préteur l'a investi, les *arbitria honoraria* à sa fonction d'arbitre *ex compromisso*, soit potentielle, soit celle qu'il a déjà eue; les *officia domestica* se réfèrent sans doute à une prise à partie encore plus informelle, sur son avis non pas en tant que juge ou arbitre, mais en tant que proche et homme de bien qui tranchera des différents informels, dont l'avis a une valeur sociale en soi et pour soi.

Du point de vue de Roscius, dont Cicéron veut « laver » la réputation, il veut lui garantir la *bona existimatio* de manière intégrale. On comprend alors d'autant mieux le sens de l'énumération. Les « *iudicia legitima* » représentent l'aspect officiel d'un procès tel qu'il est prévu par l'édit du préteur; certes, l'*actio certae creditae pecuniae* est une action abstraite qui ne dit pas sa cause, mais Cicéron veut défendre Roscius comme s'il en allait d'une action infamante, et c'est ce qu'il fera dans les paragraphes qui suivent, à partir du §16; d'où sa volonté d'embrasser tous les « *iudicia legitima* »; significativement encore, la première action qu'avait sans doute voulu tenter Fannius avait été l'*actio furti*, comme l'avait déjà noté Arangio-Ruiz. Les *arbitria honoraria* renvoient ensuite aux arbitrages *ex compromisso* (et il y en a eu effectivement un, dont l'arbitre était Pison): ils n'entraînent pas de conséquence officiellement infamante comme les « *turpia iudicia* », mais la sentence, même privée, peut avoir une répercussion sur la réputation des parties. Enfin, les *officia domestica* renvoient à

une sphère encore moins officielle, à des devoirs moraux étrangers au droit où Pison n'a qu'à donner son avis personnel pour trancher une controverse encore plus informelle, et où il ne s'agira que de son opinion privée sur Roscius. Cicéron n'en prétend pas moins laver jusqu'au bout la réputation de Roscius aux yeux de tous, et dépasser le cadre strict du « *si paret dari oportere* » de l'*intentio* de la formule, pour montrer que Roscius s'est comporté comme un *bonus uir*, indépendamment des sanctions juridiques qui pourraient (ou non) l'atteindre.

L'énumération veut appréhender dans leurs moindres détails toute sentence qui serait susceptible de ternir la réputation de Roscius, en allant du plus manifeste et du plus officiel (*iudicia legitima*), vers le moins manifeste et le plus officieux (*officia domestica*).

Le lexique de ce texte nous paraît d'ailleurs à mettre en relation avec les § 6 et suivants du *Pro Caecina*⁷⁵⁵: certaines similitudes sont frappantes. Cicéron traite encore à cette occasion, préalablement, mais à d'autres fins argumentatives, de la question du danger que constituent certains *iudicia* pour l'*existimatio* du défendeur⁷⁵⁶. Nous y retrouvons les trois éléments lexicaux du §15 du *Pro Roscio* (*domestica/domesticus, honoraria/honorariam, iudicia/iudex*), mais placés dans l'ordre inverse: ce plaidoyer ne manquera pas de rappeler plus loin⁷⁵⁷, pour illustrer la *seueritas* du *iudex*, les actions de bonne foi infamantes (*pro socio, tutelae, mandati, fiduciae*), par opposition à l'action qui naît de la *sponsio*.

Le plaidoyer fictif de Cicéron à l'*actio pro socio* s'inscrit dans ce cadre.

2° Cicéron considère qu'il va plaider comme si dans cette formule étaient inclus « *omnia iudicia legitima* ». L'expression a sans doute parmi ses référents l'*actio creditae pecuniae*. Mais elle ne peut se référer uniquement à celle-ci, sans quoi le pluriel ne s'expliquerait pas.

L'*actio pro socio*, non effectivement intentée par Fannius, ne peut être, avons-nous tenté de démontrer, en aucun cas rangée sous la catégorie des *arbitria honoraria*, encore moins des *officia domestica* si ceux-ci représentent des sentences encore plus informelles comme le laisse penser l'emploi de *disceptator domesticus* dans le texte du *Pro Caecina* cité plus haut.

⁷⁵⁵ ...ideo quod omnia iudicia aut distrahendarum controversiarum aut puniendorum malefactorum causa reperta sunt, quorum alterum levius est, propterea quod et minus laedit et persaepe **disceptatore domestico** diiudicatur, alterum est vehementissimum, quod et ad graviores res pertinet et non **honorariam operam amici, sed severitatem iudicis ac vim** requirit.

⁷⁵⁶ Par exemple, parlant de l'action fondée sur l'interdit *unde ui* sur laquelle porte le plaidoyer, et : Pro Caec. §6: (...)quod videtur ad summam illius existimationem hoc iudicium pertinere(...) ou au §7: (...)Nam ut quaeque res est turpissima, sic maxime et maturissime vindicanda est, at eadem, quia existimationis periculum est, tardissime iudicatur.(...) §8: (...)Videte igitur quam inique accidat, quia res indigna sit, ideo turpem existimationem sequi; quia turpis existimatio sequatur, ideo rem indignam non vindicari(...).§9:(...)Verum, sive vos existimationis illius periculum sive iuris dubitatio tardiores fecit adhuc ad iudicandum (...)

⁷⁵⁷ Pro Caecina §7:Si quis quod spondit, qua in re verbo se uno obligavit, id non facit, maturo iudicio sine ulla religione iudicis condemnatur; qui per tutelam aut societatem aut rem mandatam aut fiduciae rationem fraudavit quempiam, in eo quo delictum maius est, eo poena est tardior?

Si l'on considère, en considération du parallèle à faire avec l'argumentation du *Pro Caecina*, que ce qui intéresse Cicéron, lorsqu'il parle de «*omnia iudicia legitima*» «*in hanc formulam comprehensa*», c'est de simuler, à des fins rhétoriques, un danger juridiquement tangible pour la réputation de Roscius et plus grave que l'*actio certae creditae pecuniae*, on songe naturellement aux actions infamantes, tout comme il mettait en parallèle celles-ci avec l'action qui naît de la *sponsio* dans le §7 du *Pro Caecina*.

Or, quel est le premier point développé par Cicéron dans son *oratio uoluntaria*, quels sont les premiers «*iudicia*» qu'il mentionne après le §15? C'est une série de trois *iudicia*:

16] *Pecuniam petis, Fanni, a Roscio. Quam? dic audacter et aperte. Vtrum <quae> tibi ex societate debeatur, an quae ex liberalitate huius promissa sit et ostentata? Quorum alterum est **gravius** et odiosius, alterum **levius**⁷⁵⁸ et facilius. Quae ex societate debeatur? Quid ais? Hoc iam neque leviter ferendum est neque negligenter defendendum. **Si qua enim sunt privata iudicia summae existimationis et paene dicam capitis, tria haec sunt, fiduciae, tutelae, societatis.** Aequè enim perfidiosum et nefarium est fidem frangere quae continet vitam, et pupillum fraudare qui in tutelam pervenit, et socium fallere qui se in negotio coniunxit.*

Ce paragraphe manifeste exactement le dépassement fictif du cadre strict de l'*actio certae creditae pecuniae* que cherche à simuler Cicéron («*in hanc formulam omnia iudicia comprehensa*»). Il rappelle que c'est une *petitio pecuniae* et le «*dic audacter et aperte*» ainsi que la suite fait référence au caractère abstrait de la *condictio*: Cicéron demande à Fannius de dire ouvertement la cause de sa demande et feint que la véritable cause serait la *societas* contractée entre lui et son client. Feignant que ce soit le vrai fondement juridique de la demande, il se place dans la position d'un défendeur à l'action infamante qui naîtrait du contrat de société: «*nec negligenter defendendum*».

Et significativement, il continue son propos en présentant des «*iudicia*» qui correspondent très vraisemblablement au premier terme de l'énumération du §15, «*iudicia legitima*». Ce sont ces *iudicia* qui très vraisemblablement concerneraient le plus l'*honor* de Roscius. C'est alors qu'il présente l'*actio pro socio* à côté de deux autres actions infamantes, l'*actio fiduciae* et l'*actio tutelae*. Puisqu'il a commencé son énumération par les *iudicia legitima*, afin de laver

⁷⁵⁸ Cette opposition *gravius/levius* est la même que dans le texte du *Pro Caecina* cité précédemment(*quorum alterum levius est, propterea quod et minus laedit et persaepe disceptatore domestico diiudicatur, alterum est vehementissimum, quod et ad graviore res pertinet et non honorariam operam amici, sed severitatem iudicis ac vim requirit*. On en conclura d'ailleurs facilement que les deux passages sont animés par un même module rhétorique que Cicéron réutilise fréquemment.

l'honor de Roscius, il est très vraisemblable que sa première amorce sur des *iudicia* « *summae existimationis et paene dicam capitis* » renvoie à cette catégorie, au même titre que la *seueritas ac uis iudicis* annonçait de loin dans les §6 et 7 du *Pro Caecina* l'énumération des actions de bonne foi infamantes. Cicéron a décidé de commencer son *oratio uoluntaria* en feignant de plaider comme si Roscius tombait sous le coup d'un véritable *iudicium*, autrement plus dangereux que l'*actio certae creditae pecuniae*, parce qu'il met en danger sa réputation, son *honor* et son crédit social: le *iudicium pro socio*, cité dans l'édit « *qui nisi pro certis personis ne postulent* » qui imprime une nature infamante aux actions qu'il mentionne⁷⁵⁹.

Il est donc à parier que le plaidoyer fictif à l'*actio pro socio*, objet de son *oratio uoluntaria*, représente pour lui l'illustration de la première catégorie évoquée, « *omnia iudicia legitima* »: tous les *iudicia legitima*, et non uniquement l'*actio certae creditae pecuniae*.

Le *iudicium pro socio* est donc selon nous vraisemblablement appréhendé par Cicéron comme un *iudicium legitimum*, et non comme on le pense souvent, comme un *arbitrium honorarium*.

Quel sens donner alors à une pareille qualification du *iudicium pro socio* en *iudicium legitimum*?

Si l'on considère que c'est le sens purement processuel donné par Gaius, alors elle ne nous apprend rien concernant le fondement de l'action. Mais il semble peu probable que le sens à donner soit strictement celui donné par Gaius. La notion n'est pas que de pure procédure, et l'on ne voit pas en quoi Cicéron serait intéressé par une pareille catégorie dans ce contexte si elle revêtait une valeur purement processuelle.

Le sens pourrait être assez vague et simplement se référer au caractère officiel et public de la délivrance d'une formule dans la phase *in iure*, par opposition à un arbitrage privé; ainsi serait qualifié métonymiquement de « *legitimus* » tout procès instauré par l'autorité publique. « *legitimus* » ne prendrait son sens que par rapport à caractère plus officieux des *arbitria honoraria* et des *officia domestica*. D'ailleurs, une expression comme *controversia legitima* est bien employée par l'Arpinate pour désigner un procès fondé sur un interdit⁷⁶⁰. Dès lors, la qualification n'aurait aucune valeur juridique; elle représenterait au mieux une métonymie: du fait que le procès serait instauré non par la volonté officieuse des parties en dehors de toute voie étatique, mais par la délivrance d'une formule par le préteur et selon les conditions imposées par la loi (*Aebutia*?), l'expression se référerait au caractère officiel du procès.

⁷⁵⁹ Voir infra Chapitre 2 section 1 sous-section 1.

⁷⁶⁰ *Caec.* §47.

Toutefois, si l'on considère que ce triplet *iudex/iudicium-honorarium-domesticum* est celui-là même utilisé par Cicéron dans le *Pro Caecina*, où *iudex* est à mettre en rapport avec la voie de droit officielle pour punir les *maleficia*, on constatera que la qualification *legitimus* est ici surabondante. Ce terme ajoute donc quelque chose de plus que l'aspect officiel du procès. Si, comme on l'admet généralement, cette expression vise aussi le fondement substantiel de la demande, alors la qualification du *iudicium pro socio* en *iudicium legitimum* signifierait, métonymiquement, que la prétention reçoit un fondement civil qui a la même force que la loi. De fait, les autres *iudicia* auxquels Cicéron songe sont évidemment d'une part l'*actio certae creditae pecuniae*, qui a un fondement civil; l'*actio furti nec manifesti* qu'a voulu, très vraisemblablement, intenter Fannius, mais à laquelle il a renoncé. L'*actio pro socio* serait ainsi rangée aux côtés de deux actions dont le fondement est incontestablement légitime. Il est donc vraisemblable que pour Cicéron, l'*actio pro socio* n'a pas le manque de légitimité que d'aucuns lui prêtent: elle serait légitime non pas tant parce que la loi aurait explicitement prévu cette action, mais parce que c'est à la fois une voie procédurale instituée conformément à la loi et une prétention substantielle reconnue par le *ius ciuile*.

2.1.2. La qualification des actions de bonne foi d'après leur formule: formule *in ius et obligatio iuris ciuilis* (Section 2)

Dans la procédure formulaire, la formule exprime entièrement l'action, et reste le critère le plus sûr pour déduire la nature de l'action. C'est sur elle que l'on peut raisonner comme ont raisonné les prudents, puisqu'elle concentre toutes les informations nécessaires. Certes, le statut de la procédure formulaire est mal établi avant les *leges Iuliae*. Mais la formule manifeste en principe tous les points nécessaires à sa classification. La classification choisie par les juriconsultes classiques avait toutes les raisons d'être pertinente pour l'époque républicaine, parce qu'ils ne faisaient que reprendre la logique du préteur; et la manière de rédiger les formules était sans doute déjà fort concise et fort « encodée » à l'époque républicaine, tout comme elle l'avait été pour tous les actes juridiques du droit romain; c'est aidé des juriconsultes que le préteur pesait chaque mot de la formule, et cette concision, cette subtilité des formulations s'est sans doute manifestée dans toute son acuité à l'époque de la plus grande créativité prétorienne, c'est-à-dire la fin de l'époque républicaine. Les grandes distinctions posées par le préteur étaient sans doute en harmonie avec les conceptions de la jurisprudence de son temps.

Or une formule exprime la substance du droit litigieux qu'on prétend faire reconnaître en justice: la substance de ce droit est justement ce qui permet de définir la nature de l'action. Si ce droit est un *ius*, droit réel ou obligation, l'action est civile; s'il ne l'est pas, l'action est prétorienne.

Les formules des actions de bonne foi manifestent à deux titres leur caractère éminemment civil: directement, de par les termes de leur *intentio iuris ciuilis* qui exprime une *obligatio iuris ciuilis* (Sous-section 1), et indirectement, de par les effets « civils » de la *deductio in iudicium* qui peut éteindre l'*obligatio iuris ciuilis* (Sous-section 2)

Sous-section 1: la notion de formule *in ius* comme expression d'une obligation civile

Sous-section 2: l'édition de la formule *in ius* comme mode d'extinction de l'obligation civile.

2.1.2.1. La notion de formule in ius comme expression d'une obligatio iuris ciuilis (Sous-section 1)

Dans l'*agere per concepta uerba*, la formule exprime intégralement l'action et donne tous les éléments essentiels pour reconnaître son statut. Toutes les grandes divisions du droit romain trouvent un correspondant dans la technique de rédaction des formules, aussi est-ce l'un des critères les plus sûrs pour qualifier une action, pour la ranger dans une catégorie, puisqu'il correspond le mieux au travail des préteurs, qui, assistés des prudents, confectionnaient des formules. Il ne nous semble pas que ce critère de qualification soit une invention d'époque impériale⁷⁶¹ : même si le lexique a pu évoluer, le système de qualification opéré par la jurisprudence classique repose en grande partie sur un travail de division qu'opéraient les préteurs à époque républicaine en confectionnant les formules.

A ce titre, les actions de bonne foi sont qualifiables et qualifiées par la jurisprudence classique d'actions civiles en ce que leur *intentio* manifeste un lien entre l'*actio* et l'*obligatio* (I) et ce parce que, dès l'époque républicaine, leur « *oportere* », même agrémenté de la clause *ex fide bona*, manifeste un lien originaire avec le *ius ciuile* (II).

2.1.2.1.1. La notion de formula in ius concepta : actio, intentio et obligatio dans la jurisprudence classique (I)

Les actions de bonne foi sont considérées par la jurisprudence classique comme des actions civiles dans la mesure où leur *formula directa* et *in ius concepta* (A) est l'expression d'une obligation civile (B).

⁷⁶¹ Voir contra Arangio-Ruiz, *Le formole con demonstratio*, p.325 et sq.

2.1.2.1.1.1. La notion de formula in ius concepta directe (A)

Pour les prudens de l'époque classique, la formule d'une action de bonne foi rencontre les deux prérequis nécessaires à sa qualification en action civile: elle est « *in ius concepta* »(1), et elle est « *directa* »(2)

1. Les formules des actions de bonne foi, *in ius conceptae*

Une formule est qualifiée d'*in ius concepta* parce qu'elle possède une *intentio iuris ciuilis* (1°) et c'est justement le cas des actions de bonne foi (2°).

1° Il existe des formules d'après Gaius où il est question de *ius*⁷⁶². Dans la mesure où le préteur, originellement, ne peut pas créer de *ius* de façon autonome, cette référence implicite au *ius* est ce qui exprime la nature civile de l'action: d'où le nom des formules correspondantes: *in ius conceptas*. L'expression n'est point sans rapport avec la façon dont Gaius définit ce *modus agendi* spécifique qu'est la formule: *agere per concepta uerba, id est per formulas*. La formule vise du *ius*, qui est indépendant du pouvoir de juridiction du préteur, et qu'il n'a donc fait que capter dans son album.

Reste à savoir identifier l'expression de cette *quaestio iuris*.

Une formule est *in ius concepta* lorsqu'elle possède une « *intentio iuris ciuilis* ». L'*intentio*, comme le définit Gaius lui-même, est la *pars formulae* « *qua actor desiderium suum concludit* »⁷⁶³; le demandeur, dans une action civile, fait valoir un droit reconnu par le *ius ciuile* et « *intentio iuris ciuilis* » est une nominalisation sous forme de nom d'action qui peut correspondre soit à « *ius ciuile intendere* », soit, plus probablement, à *aliquid iure ciuili intendere*, « faire valoir une prétention en se fondant sur le *ius ciuile* ».

On comprend dès lors le lien étroit qui unit cette expression à celle d'*actio ciuilis*, par un parallélisme intéressant: au même titre que l'on rencontre au digeste l'expression *actio ciuilis* à côté d'*actio iuris ciuilis*, on rencontre, à côté de

⁷⁶² Inst., IV,45. *Sed eas quidem formulas, in quibus de iure quaeritur, in ius conceptas uocamus, quales sunt, quibus intendimus nostrum esse aliquid ex iure Quiritium aut nobis dari oportere aut pro fure damnum decidi oportere; sunt et aliae, in quibus iuris ciuilis intentio est.*

⁷⁶³ IV,41

l'expression d'*intentio iuris ciuilis*, l'expression abrégée d'*intentio ciuilis* chez Neratius⁷⁶⁴.

Ce sont certains termes caractéristiques dans cette *intentio* qui permettent d'identifier la nature de l'action, et ce texte nous en donne quelques exemples, l'*intentio* de la revendication, apparemment l'*intentio* de l'*actio certae creditae pecuniae/certae creditae rei*, et enfin celles de l'*actio furti nec manifesti*. Il ne se prétend pas exhaustif quant aux formes que prend l'expression d'une prétention civile: il ne cite pas explicitement les actions incertaines, tout comme il ne donne aucun exemple d'action confessoire ou négatoire d'un droit réel (*ius esse*). Toutefois, ces dernières sont bien des formules *in ius*⁷⁶⁵. Il semblerait d'ailleurs qu'au début du livre IV des *Institutes*, Gaius commence par ne puiser ses exemples que dans les formules *in ius*⁷⁶⁶, où sont présentes les actions personnelles incertaines. C'est encore ce que laisse entendre, en filigrane, la version réélaborée par Justinien⁷⁶⁷.

2° Les actions de bonne foi sont explicitement rangées dans cette catégorie: elles sont *in ius conceptae* parce que leur *intentio* est « *iuris ciuilis* ». C'est ce que Gaius prend comme une évidence lorsqu'il oppose à deux reprises les deux formules du dépôt⁷⁶⁸. En IV,60, il est encore plus précis, puisqu'il désigne la formule *ex fide bona* du dépôt comme une formule ayant une *intentio iuris*⁷⁶⁹. Aussi n'y a-t-il point de doute sur la conception de cette formule: c'est une formule *in ius*. Mais il ne suffit pas qu'une formule soit *in ius* pour exprimer une action civile; encore faut-il qu'elle soit directe.

⁷⁶⁴ Dig. 19.5.6 Nerva 1 resp. *Insulam hoc modo, ut aliam insulam reficeres, vendidi. respondit nullam esse venditionem, sed civili intentione incerti agendum est.* Il n'y a pas à s'étonner de ce que ce soit un hapax; les allusions trop claires à la procédure formulaire ont été évitées dans le choix des extraits.

⁷⁶⁵ Cette évidence est tout aussi bien suggérée par le Gaius d'Autun au §108 du livre IV: *QUIDQUID TE DARE FACERE PRAESTARE OPORTET; ista est personalis intentio in ius concepta.*

⁷⁶⁶ cf. IV,1-9, et pour les exemples concernant l'*intentio*, IV,41.

⁷⁶⁷ cf. IV,6,21 où, après avoir cité différentes actions pour opposer les actions réelles aux actions personnelles, il dit brusquement que *istae quidem actiones, quarum mentionem habuimus, et si quae sunt similes, ex legitimis et civilibus causis descendunt.*

⁷⁶⁸ IV,47. *Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, ueluti depositi et commodati. illa enim formula, quae ita concepta est: IVDEX ESTO. QVOD AVLVS AGERIVS APVD NVMERIVM NEGIDIVM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUIT, QVA DE RE AGITVR, QVIDQVID OB EAM REM NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, EIVS, IVDEX, NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO CONDEMNATO. SI NON PARET, ABSOLVITO, in ius concepta est.*

⁷⁶⁹ IV,60(...) *et in ea quidem formula, quae in ius concepta est, initio res, de qua agitur, demonstratorio modo designetur, deinde inferatur iuris intentio his uerbis: QVIDQVID OB EAM REM ILLVM ILLI DARE FACERE OPORTET (...)*

2. Les actions de bonne foi, des *formulae in ius* directes.

Pour qu'une action soit dite civile, sa formule doit être non seulement *in ius concepta*, mais encore directe. C'est cette notion qu'il convient de préciser (1°), sous laquelle se rangent sans difficulté les formules des actions de bonne foi (2°).

1° Une formule *in ius* n'exprime pas nécessairement une action civile. Car une formule peut tout à fait viser un lien de droit civil alors qu'il manque de fait un prérequis imposé par le droit civil, et auquel va suppléer la juridiction du préteur: ces actions, dites utiles, sont principalement les actions fictives et les actions à transposition de noms. C'est ce que manifeste à plusieurs reprises Gaius, lorsqu'il présente les actions fictives. Au paragraphe 34⁷⁷⁰, Gaius présente explicitement une situation où celui que le préteur appelle à la succession ne peut récupérer l'hérédité, parce qu'il n'est pas héritier de droit civil: aussi n'a-t-il pas les actions directes, ni réelles ni personnelles. Au §38⁷⁷¹, il présente le cas d'un débiteur qui a subi une *kapitis deminutio*, et qui donc cesse de devoir en vertu du « *ius ciuile* »: c'est pourquoi il ne peut *directo intendere sibi dare oportere*. Aussi la formule n'exprime-t-elle une action civile que si elle est *in ius*, et si elle est directe, c'est à dire si le préteur n'a pas à la modifier pour que des prérequis imposés par le droit civil soient vérifiés fictivement, ou s'il n'a pas à transposer les noms dans la condamnation parce que l'*actor* ou le *reus* ne sont pas les personnes visées dans l'*intentio*.

2° Les actions de bonne foi présentées dans l'édit ne contiennent aucune de ces particularités.

Premièrement, elles ne présentent aucune fiction, explicite ou implicite. Elles ne présentent aucune fiction explicite, et leur *intentio* est exprimée à l'indicatif présent. Il suffit, pour s'en rendre compte, de voir le contraste avec la formule fictive de la *lex*

⁷⁷⁰ IV.34. *Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis, uelut cum is, qui ex edicto bonorum possessionem petiit, ficto se herede agit. cum enim praetorio iure is, non legitimo, succedat in locum defuncti, non habet directas actiones et neque id, quod defuncti fuit, potest intendere suum esse neque id, quod ei debebatur, potest intendere dari sibi oportere; itaque ficto se herede intendit, uelut hoc modo: IVDEX ESTO. SI AVLVS AGERIVS, id est si ipse actor, LVCIO TITIO HERES ESSET, TVM SI FVNDVM, DE QVO AGITVR, EX IVRE QVIRITIVM EIVS ESSE OPORTERET; et si [.] praeposita simili fictione heredis ita subicitur: TVM SI NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO SESTERTIVM X MILIA DARE OPORTERET.*

⁷⁷¹ 38. *Praeterea aliquando fingimus aduersarium nostrum kapite deminutum non esse. nam si ex contractu nobis obligatus obligatae sit et kapite deminutus deminutaue fuerit, uelut mulier per coemptionem, masculus per adrogationem, desinit iure ciuili debere nobis, nec directo intendi potest sibi dare eum eamue oportere; sed ne in potestate eius sit ius nostrum corrumpere, introducta est contra eum eamue actio utilis rescissa kapitis deminutione, id est, in qua fingitur kapite deminutus deminutaue non esse.*

*Rubria*⁷⁷², qui, en revanche, possède une fiction de *cautio damni infecti*, qui est une stipulation prétorienne. Elles ne présentent pas non plus trace d'une fiction implicite à supposer que l'on veuille voir dans leur *demonstratio* une fiction de *confessio in iure*⁷⁷³, car il est à noter que les actions divisoires, qui sont civiles, ont aussi une pareille *demonstratio* dans leur formule, tout comme l'*actio ex stipulatu*, elle aussi civile.

A l'inverse, ce qui suggère que ce sont des actions civiles, c'est justement la nécessité de leur imposer en certains cas certaines fictions ou d'opérer certains changements dans la formule, comme des transpositions de noms, lorsque tous les prérequis imposés par le *ius ciuile* ne sont pas remplis. Le fait que le préteur doive user de sa juridiction pour les adapter en certains cas, prouve justement que ces actions sont initialement assujetties aux grands principes contraignants du *ius ciuile*. Ainsi, la discipline régissant le passif contractuel des *alieni iuris* s'applique aux actions de bonne foi avec la même rigueur qu'à l'*actio certae creditae pecuniae*, et le préteur doit tout autant contourner ces contraintes par son pouvoir de juridiction en rendant des formules *de peculio*.

La raison en est que l'*intentio in ius concepta* de ces actions exprime une obligation reconnue par le *ius ciuile*.

2.1.2.1.1.2. Les notions de formule 'in ius' directe 'in personam' et d'*obligatio iuris ciuilis*' (B)

En vertu de la correspondance originaire entre *obligatio*, *ius ciuile*, et *oportere* (1), les jurisconsultes classiques identifient derrière la formule des actions de bonne foi une obligation civile(2).

⁷⁷² Chapitre XX lignes 20-28 et 32-40.

⁷⁷³ Voir Arangio-Ruiz, Fiori.

1. La correspondance générale entre *obligatio, ius ciuile, et oportere*

Originellement, *obligatio* désigne nécessairement une *obligatio iuris ciuilis* (1°), et l'on ne peut parler d'*obligatio* sans *oportere* (2°).

1° Le terme d'*obligatio* semble, initialement, être réservé aux liens de droits personnels créant une dette/créance, et fondés sur le *ius ciuile*. Il semblerait même que le Gaius des *Institutes* ne précise pas encore, au livre III, « *obligatio iuris ciuilis* », parce qu'il n'y a, originellement, d'obligation que civile et que cette expression serait une redondance⁷⁷⁴. D'ailleurs, de même qu'il semble attentif uniquement au régime civil des obligations (il parlera de leurs modes d'extinction *iure ciuili*⁷⁷⁵, il omettra systématiquement la question du passif contractuel des *alieni iuris*, alors qu'il n'omet pas l'acquisition de leur actif au profit de leur *paterfamilias* ou de leur *dominus*), Gaius semble avant tout attentif à ces liens de droit issus du *ius ciuile* lorsqu'il traite des *obligationes*, même s'il ne se veut pas exhaustif: cela est particulièrement vrai dans le cas des contrats, mais reste en grande partie vrai pour ses développements sur les délits: il ne développe brièvement les institutions prétorienne (*actio ui bonorum raptorum*, qui a un développement extrêmement bref, *actio iniuriarum* prétorienne), que pour les mettre en contraste avec les règles archaïques du *ius ciuile*. Dans le domaine des contrats, il omet quasi-systématiquement des correspondants prétoriens: sa présentation des sûretés personnelles laisse par exemple totalement de côté le *constitut* ou les *recepta*.

Lorsqu'il emploie l'expression d'*obligatio iuris ciuilis*, et non simplement d'*obligatio*, c'est pour la mettre en contraste soit avec celle d'*obligatio naturalis*⁷⁷⁶, soit avec celle d'*obligatio iuris gentium*⁷⁷⁷. Aussi le terme même d'*obligatio* se réfère-t-il originellement aux liens personnels entre créanciers et débiteurs sur le fondement du *ius ciuile*, d'un droit qui dans son principe est totalement étranger au pouvoir du préteur.

⁷⁷⁴ GIFFARD, *Etudes de Droit Romain*, Paris, 1972, p.88.

⁷⁷⁵ 168. *Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius, quod debeatur. unde quaeritur, si quis consentiente creditore aliud pro alio soluerit, utrum ipso iure liberetur, quod nostris praeceptoribus placuit, an ipso iure maneat obligatus, sed aduersus petentem per exceptionem doli mali defendi debeat, quod diuersae scholae auctoribus uisum est.*

⁷⁷⁶ 119a. *Fideiussor uero omnibus obligationibus, id est siue re siue uerbis siue litteris siue consensu contractae fuerint obligationes, adici potest. at ne illud quidem interest, utrum ciuilis an naturalis obligatio sit, cui adiciatur;(...)*

⁷⁷⁷ 132. *Unde non proprie dicitur arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniae obligantur; quod genus obligationis iuris gentium est.* 133. *Transscripticiis uero nominibus an obligentur peregrini, merito quaeritur, quia quodam modo iuris ciuilis est talis obligatio;(...)*

Cet emploi du terme paraît donc impropre, dans le langage de la jurisprudence classique à ses débuts, pour désigner les liens sanctionnés par une action prétorienne, et cela s'explique fort aisément: pas plus qu'il ne pouvait instituer d'héritiers en protégeant des *bonorum possessores*, le préteur ne pouvait créer des *obligationes* au sens propre, ou faire de quelqu'un un créancier, mais seulement donner des conséquences à certaines situations en vertu de son *imperium* ou de sa *iurisdictio*. Et il semble bien que ce ne soit que la jurisprudence tardo-classique qui généralise l'expression d'obligation prétorienne, même si le Gaius des *Aurei* en pré suppose la notion⁷⁷⁸.

2° L'expression formulaire de cette obligation civile se trouve dans le mode de rédaction des formules *in ius* et *in personam*, par l'emploi du verbe « *oportere* » dans l'*intentio*, formulée à l'indicatif⁷⁷⁹. La distinction entre droits réels et obligations trouve d'ailleurs son expression originnaire uniquement dans le cadre des formules *in ius*, comme le conduit à penser Gaius⁷⁸⁰.

Ainsi, lorsque Gaius traite du paiement de l'indu comme d'un mode de formation des obligations⁷⁸¹, il souligne discrètement cette équivalence fonctionnelle entre obligation et *oportere*. Il nous dit que celui qui a reçu un paiement indu, est obligé *re*. Et significativement, il nous présente comme une cause, et non comme une conséquence de cette règle, le fait qu'on puisse formuler à son encontre une *intentio* « *si paret eum dare oportere* » tout comme s'il avait reçu un *mutuum*. C'est dire l'équivalence entre l'emploi du verbe « *oportere* » dans l'*intentio* et l'obligation qui sous-tend l'*intentio*. L'identification des obligations passe par le mode de rédaction des formules applicables.

De même, cette équivalence est encore exprimée à propos des dettes contractées avant *kapitis deminutio*⁷⁸². Si le débiteur a été obligé *ex contractu*, il cesse de devoir

⁷⁷⁸ En employant le terme « *obligatus* » à propos d'actions qui sont sans conteste prétoriennes, comme l'*actio adversus iudicem qui litem suam facit* ou l'*actio de eiectis uel effusis* cf. Dig. 44.7. 5.4 et 44.7.5.5

⁷⁷⁹ RZ, p.327.

⁷⁸⁰ IV, 2. *In personam actio est, qua agimus, quotiens litigamus cum aliquo, qui nobis uel ex contractu uel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE*. 3. *In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse aut ius aliquod nobis competere, uelut utendi aut utendi fruendi, eundi, agendi aquamue ducendi uel altius tollendi prospiciendiue, aut cum actio ex diuerso aduersario est negatiua.*

⁷⁸¹ IV, 91. *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem soluit, re obligatur; nam proinde ei condici potest SI PARET EVM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset.*

⁷⁸² IV, 38. *Praeterea aliquando fingimus aduersarium nostrum kapite deminutum non esse. nam si ex contractu nobis obligatus obligatae sit et kapite deminutus deminutaue fuerit, uelut mulier per coemptionem, masculus per adrogationem, desinit iure ciuili debere nobis, nec directo intendi potest sibi dare eum eamue oportere*

en vertu du *ius ciuile*, et il n'est pas lié par l'*intentio* « *si paret eum eamue dare oportere* ». C'est dire, *a contrario*, à quel point l'*intentio* à l'indicatif présent contenant le verbe *oportere* est l'expression d'un lien fondé sur et régi par le droit civil⁷⁸³.

A contrario, chez les premiers juristes, à l'absence du verbe « *oportere* » correspond l'absence du terme d'*obligatio*, notamment pour les formules *in factum*.

Une fois rappelés ces traits fondamentaux du droit des obligations dans la procédure formulaire, on peut constater que les jurisconsultes identifient sans peine, à époque classique, un lien d'*obligatio* derrière la formule des actions de bonne foi.

2. Le présumé d'une obligation civile dans les actions de bonne foi

L'identification d'obligations fondées sur le *ius ciuile* derrière l'*oportere* des actions de bonne foi est documentée tant chez Gaius (1°) que chez d'autres jurisconsultes (2°).

1° Conformément à ce qui fut dit précédemment, Gaius traite de quatre contrats consensuels protégés par une action de bonne foi lorsqu'il développe les obligations fondées sur le droit civil⁷⁸⁴. Dans ce texte le caractère d'obligation (nécessairement *iuris ciuilis*) qui sous-tend la formule est implicitement mis en rapport avec l'*intentio incerta* contenant le verbe *oportere*, reprise et glosée de façon lointaine. La seule différence d'avec les obligations verbales et littérales réside dans le caractère bilatéral du contrat, mais il emploie indifféremment le verbe *obligare*. Sans doute ne développe-t-il pas toutes les obligations sanctionnées par une action de bonne foi lorsqu'il traite des obligations. Toutefois, cela tient davantage au schéma général qu'il a décidé de suivre, qui exclut, dans les Institutes, les *uariae causarum figurae*, telles que la tutelle ou la gestion d'affaires. Et lui-même reconnaît que certains modes de

⁷⁸³ Gaius n'est bien sûr pas le premier à employer ce langage. Julien, avant lui, en parle à propos de l'actio de eo quod certo loco, qui est une adaptation prétorienne de l'actio certae creditae rei/pecuniae quant à l'estimation de la condamnation: *Dig. 13.4.2.7 Ulpianus 27 ad ed. Idem iulianus tractat, an is, qui ephesi sibi aut titio dari stipulatus est, si alibi titio solvatur, nihilo minus possit intendere sibi dari oportere. et iulianus scribit liberationem non contigisse atque ideo posse peti quod interest*. Julien associe lui aussi le terme opposé à *obligatio*, à savoir *liberatio*, à la formule *in ius in personam*. L'*intentio* en *dare oportere* a son efficace du fait qu'il reste une *obligatio*.

⁷⁸⁴ III,137. *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in uerborum obligationibus alius stipuletur alius promittat et in nominibus alius expensum ferendo obliget alius obligetur.*

s'obliger échappent à son schéma contrat/délits⁷⁸⁵: il ne prétend donc pas à l'exhaustivité théorique. Par ailleurs, s'il exclut le dépôt et le commodat de son développement, c'est peut-être que son modèle (Sabinus?) ne s'intéressait justement encore qu'aux formules *in factum* du dépôt et du commodat, donc sans *oportere*, ou du moins se désintéressait des formules *in ius* qui apparaissaient comme une nouveauté. Dès lors, la présence des quatre contrats consensuels montre à elle seule la nature civile que prêtait Gaius (ainsi que son modèle, qu'il suit) aux obligations sanctionnées par une action de bonne foi.

Le cas du mandat est particulièrement intéressant dans les propos de Gaius⁷⁸⁶. A nouveau, l'idée d'*obligatio* est mise en rapport avec une reproduction imparfaite de l'*intentio in ius* contenant le verbe *oportere*. Sa reproduction parfaite sera d'ailleurs encore mise en valeur au livre IV, lorsque, à propos de l'*intentio* de l'*actio empti*, il qualifiera l'ensemble des prétentions qu'elle sanctionne de « *totius illius iuris obligatio* »⁷⁸⁷. Mais à s'en tenir au mandat, il continue durant tout son développement à présupposer l'existence intangible d'une obligation civile, en se référant notamment à des prédécesseurs. Par exemple, la discipline générale et très ancienne qui interdit au créancier de rendre la dette exigible seulement après sa mort au profit de son héritier⁷⁸⁸ s'applique dans toute sa rigueur au mandat⁷⁸⁹, et ce justement parce qu'on y a identifié une obligation. Car l'*obligatio mandati* a la même nature civile que l'*obligatio uerbis*, et c'est pourquoi elle connaît les mêmes restrictions *iure civili*. Il est bien sûr difficile d'identifier exactement le moment où la jurisprudence se prononça en faveur de cette solution restrictive pour le mandat: toutefois, puisque Gaius ne nous précise pas de controverse à son sujet, on peut faire remonter cette règle assez haut, d'autant qu'il ne semble pas le moins du monde gêné de la justifier par la décision générale (*generaliter uisum est...*) déjà appliquée communément aux stipulations: c'est dire qu'une même discipline s'appliquait à ces obligations, malgré leurs différences quant au mode de formation.

⁷⁸⁵ Il en a lui même conscience lorsqu'il précise, à propos du paiement de l'indu: III,91: *sed haec species obligationis non uidetur ex contractu consistere, quia is, qui soluendi animo dat, magis distrahere uult negotium quam contrahere.*

⁷⁸⁶ III,155. *Mandatum consistit, siue nostra gratia mandemus siue aliena; itaque siue ut mea negotia geras siue ut alterius, mandauerim, contrahitur mandati obligatio, et inuicem alter alteri tenebimur in id, quod uel me tibi uel te mihi bona fide praestare oportet.*

⁷⁸⁷ IV,131a.

⁷⁸⁸ III. 100. *Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: POST MORTEM MEAM DARI SPONDES? uel ita: POST MORTEM TVAM DARI SPONDES? ualet autem, si quis ita dari stipuletur: CVM MORIAR, DARI SPONDES? uel ita: CVM MORIERIS, DARI SPONDES? id est, ut in nouissimum uitae tempus stipulatoris aut promissoris obligatio conferatur: **nam inelegans esse uisum est ab heredis persona incipere obligationem.***

⁷⁸⁹ III,158. *Item si quis quid post mortem meam faciendum mihi mandet, inutile mandatum est, quia generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse.*

Gaius cite encore la position restrictive de Servius⁷⁹⁰ qui jugeait nul le mandat « *aliena et tua gratia* », dont l'application principale était de demander à un ami de prêter à intérêt de l'argent à un tiers. Il développe l'opinion de Servius en disant « *non magis hoc casu obligationem consistere* »; si l'on considère qu'à l'époque de Servius, il est fort peu probable que ce dernier ait pu employer l'expression d'« *obligatio* », ni à plus forte raison « *obligationem consistere* », pour désigner une situation simplement protégée par la *iurisdictio* ou l'*imperium* du préteur, et que ce terme renvoie nécessairement à son époque à un lien de droit reconnu par le *ius civile*, alors cela impliquerait que déjà Servius, au moins, considérait le mandat comme une institution *iuris civilis*, quoi qu'elle fût plus récente, et qu'il identifiait une *obligatio* derrière l'*oportere* de l'*actio mandati*. A tout le moins, Gaius ou son modèle pensent que Servius y voyait déjà une véritable obligation civile.

Mais Gaius n'est pas la seule source identifiant une obligation civile derrière l'*intentio* des actions de bonne foi.

2° De nombreux textes du Digeste voient derrière cette *intentio* une *obligatio*, ou une *obligatio iuris civilis*; certes, le simple terme d'*obligatio* commence dès l'époque de Gaius et de Pomponius à pouvoir désigner le rapport qui sous-tend une action prétorienne; mais comme il n'en a pas été ainsi originairement, nous pouvons considérer quelques textes, sans prétendre à l'exhaustivité.

En premier lieu, dans son commentaire à Plautius, Paul cite des opinions très anciennes de Nerva contemporain de Labéon, et d'Atilicinus contemporain de Proculus, qui s'interrogeaient sur les actions à utiliser contre l'héritier alors que le testateur défunt avait gratifié son locataire d'un legs *sinendi modo* consistant en une libération de ses obligations *ex locato*⁷⁹¹. Si l'héritier l'empêche de jouir de la chose louée, il aura l'*actio ex conducto*; si l'héritier retient quelque chose en vertu du droit de la location alors que le legs consistait en une remise de ses obligations *ex locato*, il aura une action *ex testamento* pour faire valoir ce legs. Ces deux juristes du début de l'époque classique n'hésitent pas à mettre syntaxiquement en parallèle l'obligation *ex*

⁷⁹⁰ III,156.(...) *et adeo haec ita sunt, ut quaeratur, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares. Servius negavit: non magis hoc casu obligationem consistere putavit, quam si generaliter alicui mandetur, uti pecuniam suam faeneraret.*

⁷⁹¹ Dig. 34.3.16 Paulus 9 *ad Plaut.* *Ei cui fundum in quinquennium locaveram legavi quidquid eum mihi dare facere oportet oportebitve ut sineret heres sibi habere. nerva atilicinus, si heres prohiberet eum frui, ex conducto, si iure locationis quid retineret, ex testamento fore obligatum aiunt, quia nihil interesset, peteretur an retineret: totam enim locationem legatam videri,*

conducto et l'obligation *ex testamento*, dont personne ne doute qu'elle soit reconnue par le *ius civile*. En utilisant cette terminologie à cette époque, ils reconnaissaient implicitement une *obligatio iuris civilis* derrière l'*intentio* de l'*actio conducti*. Ce type de parallélisme syntaxique entre des obligations à source ou cause différente se retrouve assez souvent dans la langue jurisprudentielle, par exemple entre l'obligation *ex stipulatu* et l'obligation *ex empto/uendito*⁷⁹², alors qu'il ne se rencontre jamais entre une véritable obligation civile et ce qu'on commence à appeler à époque médio- et tardo-classique une « obligation prétorienne ».

De même, un sabinien de l'époque de Trajan comme Javolenus, emploie très probablement, en commentant le *ius civile* de Cassius, le terme d'*obligatio* dans son sens originel, à savoir un lien de droit personnel fondé sur et régi par le *ius civile*, et il identifie parfaitement une *obligatio* derrière les actions de mandat et de gestion d'affaires⁷⁹³.

A la même époque, Neratius emploie le même langage à propos de la *locatio conductio* et de l'*emptio uenditio*⁷⁹⁴: il utilise même *obligatio* dans son sens dynamique ancien, comme nom d'action, à savoir l'acte de s'obliger. Ces deux contrats sont vus comme des actes civils au même titre que la *stipulatio*: on leur applique de la même manière le parallélisme des formes pour l'extinction volontaire des obligations nées du contrat.

La jurisprudence tardo-classique quant à elle n'hésite à aucun moment sur la nature civile de l'obligation qu'exprime l'*intentio* des actions de bonne foi, en se référant à des principes anciens.

Lorsque Paul traite dans son commentaire à Sabinus du problème du *beneficium competentiae* et de la condamnation *in id quod facere potest* dans la restitution de la dot⁷⁹⁵, il précise le champ de ce *beneficium*, qui est en principe personnel au mari et qui assurément ne profite pas de plein droit à la femme si le mari intentait contre elle une action *ex promissione dotis*. Elle sera néanmoins protégée même par une exception, et il compare cette situation à celle où elle a été associée, et où elle sera

⁷⁹² Par exemple Dig. 17.1.14.1 Ulpianus 31 ad ed. Si fideiussori duo heredes extiterint et alter eorum a coherede emerit hereditatem, deinde omne quod defunctus fideiusserat stipulatori solverit, **habebit aut ex stipulatu aut ex empto obligatum coheredem suum**: idcirco is mandati actionem habebit.

⁷⁹³ Dig. 3.5.27 Iavolenus 8 ex Cass. Si quis mandatu titii negotia seii gessit, titio mandati tenetur lisque aestimari debet, quanto seii et titii interest: titii autem interest, quantum is seio praestare debet, cui vel mandati vel negotiorum gestorum nomine **obligatus** est. titio autem actio competit cum eo, cui mandavit aliena negotia gerenda, et antequam ipse quicquam domino praestet, quia id ei abesse videtur in quo **obligatus** est.

⁷⁹⁴ Dig. 2.14.58 Nerva 3 membr. Ab emptione venditione, locatione conductione ceterisque similibus obligationibus quin integris omnibus consensu eorum, qui inter se obligati sint, recedi possit, dubium non est.

protégée par la même exception, et ce « *quamvis iure civili sit obligata* »⁷⁹⁶, bien qu'elle soit obligée en vertu du droit civil: c'est dire que l'*actio pro socio* sanctionne une *obligation civile* au même titre qu'une action *ex promissione dotis*, puisque Paul oppose très clairement le moyen prétorien, l'exception, à l'obligation civile protégée par l'*actio pro socio*, à laquelle la femme reste *iure civili* soumise. Ce parallèle, ainsi que les termes employés, remonte peut-être même à Proculus (si l'on considère le texte comme une citation directe), qui donc dès le premier siècle voit derrière l'*intentio* de l'*actio pro socio* une véritable obligation civile.

Ulpien quant à lui nous explique la raison d'être de la formule *in factum* délivrée contre l'*agrimensor*⁷⁹⁷: on a considéré que cette situation ne pouvait s'intégrer au type de la *locatio conductio*. Et significativement, il explique alors que, dans le cas où l'on agirait par la formule de l'*actio locati* ou *conducti*, « *nec tenere intentionem* »; le *reus* ne sera pas tenu par cette *intentio*. Les compilateurs n'ont pas effacé cette claire allusion à la procédure formulaire: l'*intentio* qui en principe éteint et nove le rapport substantiel, ne lie pas dans ce cas le défendeur s'il s'agissait d'un *agrimensor*. La suite du texte au §1 montre très clairement que le rapport substantiel visé dans l'*intentio* évoquée plus haut était une *obligatio iuris civilis*. En effet, par contraste avec la formule *in ius* de l'*actio locati* ou *conducti*, la formule *in factum* ne vise que le dol, et ce parce que cela a semblé suffisant contre quelqu'un qui n'était même pas obligé civilement. Si l'explication historique d'Ulpien est correcte, les *ueteres* dont il parle (*ueteres...uisum est...*) et qui sont d'époque soit tardo-républicaine soit du début du principat, ont déjà jugé que la formule *in ius* de l'*actio locati* ou *conducti* avait une typicité imposée par le *ius civile* qui excluait que le prêteur la rende contre ou au bénéfice d'un *agrimensor*: cette formule, sans doute *in factum*, dut être créée d'assez bonne heure pour venir remédier aux limites de la typicité de la *locatio conductio*, et dans la mesure où elle intéressait une situation typique du *ius civile*⁷⁹⁸. Mais la

⁷⁹⁵ Paul 7 ad Sab. (Dig. 24.3.13, 24.3.15, 24.3.17).

⁷⁹⁶ Dig. 24.3.17.1 Paulus 7 ad Sab. *Item si mulier ex promissione conveniatur, magis placuit defendendam eam per exceptionem: idem et proculus ait: sicuti cum socia fuit, dabitur ei exceptio, quamvis iure civili sit obligata.*

⁷⁹⁷ Dig. 11.6.1pr. et 11.6.1.1 Ulpianus 24 ad ed. *Adversus mensorem agrorum praetor in factum actionem proposuit. a quo falli nos non oportet: nam interest nostra, ne fallamur in modi renuntiatione, si forte vel de finibus contentio sit vel emptor scire velit vel venditor, cuius modi ager veneat. ideo autem hanc actionem proposuit, quia non crediderunt veteres inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco praeberi et id quod datur ei, ad remunerandum dari et inde honorarium appellari: si autem ex locato conducto fuerit actum, dicendum erit nec tenere intentionem. Haec actio dolum malum dumtaxat exigit: visum est enim satis abundeque coerceri mensorem, si dolum malus solus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est.*

⁷⁹⁸ En effet, l'archaïque *actio de modo agri*, au double, est fondée sur une responsabilité objective qui pèse sur le *mancipio* dans. Le recours contre l'*agrimensor* est dès lors un correctif prétorien nécessité par ce type de rapport.

nécessité d'une pareille création ne s'explique que si les contours de l'*obligatio locati* et l'action qui la sanctionne échappaient totalement, dans leur principe, au pouvoir de juridiction du préteur.

Toutefois, d'où procède ce classement? De la présence du verbe « *oportere* », derrière lequel les juriconsultes identifiaient une obligation reconnue et régie par le *ius civile*. Dans la mesure où l'on peut difficilement remonter au delà de l'époque de Servius, nous n'avons que le témoignage de la jurisprudence classique. Et, à notre connaissance, personne ne nie cette identification à époque classique d'une *obligatio iuris civilis* derrière l'emploi d'*oportere* dans l'*intentio*. Il reste à se demander si cette classification a une pertinence pour l'époque républicaine ou si les prudents ont été victimes d'un leurre, d'une illusion optique, et si le préteur n'avait pas pu employer originellement ce lexème pour désigner un lien de droit fondé uniquement sur son propre pouvoir de juridiction.

2.1.2.1.2. *Oportere, oportere ex fide bona et ius civile à l'époque républicaine (II)*

Les juriconsultes identifient des obligations civiles derrière cet *oportere* qu'il constatent dans l'*intentio*; aurait-ils été victimes d'un leurre, d'un quiproquo sur cet *oportere*? L'*oportere*, originellement, aurait-il été un terme neutre vis-à-vis du caractère civil de l'obligation? Autre chose est l'identification d'une action comme civile de par la présence d'un terme dans la formule, autre chose est le choix originaire des termes lors de la conception des formules. Les juristes auraient, avec plus ou moins de bonne foi, associé les *iudicia in quibus additur ex fide bona* aux autres actions civiles, du fait d'un dénominateur commun, le verbe *oportere*: *Error commune facit ius...*

C'est cette hypothèse d'un « *oportere* prétorien » propre à l'époque républicaine que défendent, entre autres, A. Magdelain⁷⁹⁹ et M. Kaser⁸⁰⁰. Leurs principaux arguments sont les suivants:

⁷⁹⁹ *Actions civiles*, p.49 ss.

⁸⁰⁰ « *Oportere und ius civile* », ZSS, 83, 1966, p.30 ss.

-le terme *oportere* exprime en général le devoir en latin; on ne voit donc pas pourquoi il aurait constitué un tabou insurmontable pour le préteur, puisque ce terme n'est pas réservé à la langue du droit; il est à ce point fade et neutre en lui-même qu'il n'est pas présent dans les textes de loi qui garantissent des actions pour sanctionner une obligation. Et de fait, il existe plusieurs textes qui font état d'un emploi prétorien d'*oportere*; et cela serait d'autant plus vrai qu'il emploierait *oportere* avec *ex fide bona*.

-par voie de conséquence, une chose serait l'*oportere* dit « de droit strict »; autre chose serait l'*oportere ex fide bona*, syntagme qui formerait un tout indissociable exprimant la pure obligation morale fondée sur un concept éthique mais captée et protégée par la juridiction du préteur⁸⁰¹.

Pourtant, il est à divers titres impossible de concevoir un *oportere* prétorien., ou un *oportere ex fide bona* distinct d'un *oportere*.

Car, d'un point de vue lexical, il existe un lien originaire entre *oportere* et le *ius ciuile* (A), et, d'un point de vue syntaxique, il n'y a aucun lien causal privilégié entre *oportere* et *ex fide bona* (B).

2.1.2.1.2.1. *Le lexique: Un lien originaire entre oportere et ius ciuile (A)*

Magdelain n'a eu de cesse de souligner le caractère neutre d'un terme comme *oportere*, soulignant qu'à lui tout seul il ne pouvait pas viser exclusivement le *ius ciuile*. Il n'exprimerait que le devoir, sans connotation juridique particulière; à plus fort raison, selon lui, lorsqu'on emploie un *oportere ex fide bona*. Cette remarque mérite à tous points de vue d'être nuancée. Le principe reste qu'*oportere* dans une *intentio* appartient au lexique du *ius ciuile* (1), et l'*oportere ex fide bona* ne constitue nullement une dérogation à ce principe (2).

⁸⁰¹ *Actions civiles*, p.46.

1. Le principe: l'appartenance d'*oportere* au lexique du *ius ciuile*

Cette appartenance de principe ne fait aucun doute si l'on considère la valeur en contexte du verbe *oportere* (1°), et ce malgré les emplois dits « prétoriens » d'*oportere* (2°).

1° Soulignons tout d'abord que la neutralité d'un terme dans la langue courante ne signifie pas sa neutralité dans la langue juridique, ou dans un secteur de la langue juridique: c'est la valeur en contexte qui est significative. En soi, le terme d'obligation en français n'est pas du tout réservé à la langue du droit, ni même à la langue du droit civil. Il prend pourtant un sens très spécifique dans la langue des civilistes. De même, le fait que ce verbe soit employé tout le temps dans les traités de morale de Cicéron n'implique nullement la neutralité du terme dans la langue juridique, et surtout dans la langue des *intentiones*, lorsqu'il se retrouve au contact d'un *dare*, d'un *dare facere*, d'un *praestare* ou d'un *decidere*.

Le verbe est tout sauf neutre et ce depuis le droit archaïque. Il appartient au langage du *ius ciuile*. Qu'est-ce à dire? Il n'appartient pas au langage de la *lex*: significativement, nous ne possédons aucun verset de la loi des douze tables contenant ce verbe. La *lex* fulmine des sanctions à l'impératif futur pour montrer son caractère éminemment contraignant, mais n'utilise pas un verbe de modalité comme *oportet*. Cela n'implique nullement que le terme soit neutre au regard du *ius ciuile* par opposition aux *uerba* de la *lex*, bien au contraire. Il appartient au langage de la jurisprudence, du « *proprium ius ciuile* », et sans doute de la plus ancienne jurisprudence pontificale, celle qui confectionna les solennités et formules orales des *legis actiones*; on le retrouve dans la *condictio*⁸⁰², mais aussi dans la *iudicis arbitriue postulatio*⁸⁰³, et très vraisemblablement dans le *sacramentum in personam* où il était sans doute apparu même avant la loi des Douze Tables. C'est indépendamment de la lettre du texte législatif qu'on voit apparaître ce mot que la jurisprudence investit pour distinguer des liens de droit personnels, des obligations, par opposition au droits réels (*esse ex iure quiritium, ius esse*); ce terme, dans les *legis actiones*, n'est donc pas un calque de la loi, mais bien l'élément d'un langage assez hermétique initialement monopolisé par les Pontifes. Et très vraisemblablement, la tradition

⁸⁰² Gaius IV, 17b

jurisprudentielle a conservé cet usage lors du lent passage du système des *legis actiones* à la procédure formulaire: le mot est chargé d'un certain potentiel en ce qu'il vise une obligation identifiée par le *ius civile*. Indépendamment, d'ailleurs, du langage de la procédure, il semble avoir ce lien très fort avec l'idée d'obligation à l'époque de la procédure formulaire; ainsi, la règle du « *dare oportere-condemnari oportere-iudicatum facere oportere* »⁸⁰⁴, qui remonte au moins au Ier siècle avant J.C., n'emploie pas de manière neutre le verbe, puisque c'est grâce à son emploi dans l'*intentio* que la *deductio in iudicium* opère de plein droit une sorte de novation de l'obligation.

Force est de constater que cet usage jurisprudentiel est minutieusement respecté par le préteur. A preuve, ce dernier ne l'emploie pas toujours lorsqu'il confectionne une formule: en principe, s'il veut faire acte de nouveauté, il se sent contraint de confectionner une formule qui omet sciemment le verbe *oportere* comme centre verbal de l'*intentio*, alors même que l'institution qu'il protégera est fort proche d'une autre sanctionnée quant à elle par une formule à *oportere*; on ne voit pas pourquoi il aurait rédigé dans de nombreux cas des formules *in factum* s'il s'était senti libre d'employer « *oportere* »; de nombreuses situations auraient reçu une protection processuelle adaptée avec une formule *in personam* mentionnant ce verbe. Et il n'est pas possible que le préteur, dans la confection des premières formules, ait commencé par contrevenir à cet usage jurisprudentiel qui remonte aux temps archaïques pour commencer à le respecter seulement lorsque le souvenir de la jurisprudence archaïque était définitivement affaibli. Aussi l'emploi de ce terme était-il réservé en principe à certaines formules d'actions, et ne pouvait donc être neutre: chaque fois que le préteur l'employait, c'est qu'il considérait le rapport juridique sous-jacent comme producteur de *ius* indépendamment de son pouvoir propre de juridiction: les jurisconsultes avaient déjà identifié un *oportere* substantiel, une *obligatio*, pour qu'elle sous-tende la formule.

Historiquement, il y aurait d'ailleurs un certain paradoxe, voire une certaine contradiction, à ce que le préteur ait originellement pu employer ce verbe de façon neutre, pour qu'ensuite la jurisprudence y surajoute une valeur civile, et qu'il se soit plus tard senti privé de ce pouvoir. En effet on s'accorde généralement à dire que le

⁸⁰³ Gaius IV, 17a

préteur ne peut *stricto sensu* créer de *ius*, et que l'expression de *ius honorarium* n'apparaît que timidement dans la jurisprudence médio-classique; originellement, pas plus qu'il ne peut « faire un héritier », ou faire un propriétaire, il ne peut créer *ex nihilo* des obligations, ou des types d'actes créateurs d'obligations: il est même significatif que les formules qu'il reporte à sa juridiction pour sanctionner de nouveaux *negotia* soient des formules qui ressemblent en tout point à celles qu'il crée en vertu de son pouvoir de police, pour châtier quiconque contreviendrait à la réglementation de ses édits: les formules *in factum*. Aussi la notion d'obligation prétorienne n'apparaît-elle pas avant le Gaius des Aurei, et l'idée d'*obligatio* est réservée aux rapports du *ius civile*, au point que le terme d'*obligatio iuris civilis* sonna pendant longtemps comme une redondance. Pourquoi donc l'idée d'obligation prétorienne aurait-elle mis autant de temps à se constituer si le terme servant à exprimer dans les formules l'idée d'obligation avait pu être utilisé sans tabou par le préteur dès l'époque républicaine? Le tabou initial des prudents sur l'idée d'obligation honoraire a nécessairement dû correspondre à un tabou du préteur sur l'emploi du verbe *oportere* dans les formules qu'il créait de toutes pièces. Les seules situations où il l'employait dans l'*intentio* d'une action prétorienne sont significatives. Soit il avait identifié un rapport d'obligation reconnu par le *ius civile*, mais changeait le nom du reus (*formules adiecticiae qualitatis* contre le *filius familias*, par exemple: le *filius familias* s'oblige déjà lui-même, bien qu'il soit sans patrimoine, d'où la possibilité d'une *intentio iuris civilis* avec *oportere* qui soit vérifiée) soit il identifiait exactement le prérequis manquant pour que soit constituée une obligation civile afin d'inviter le juge à faire comme s'il était rempli (formules fictives en tous genres, où, significativement, le préteur emploie non pas le subjonctif présent du système potentiel, mais le subjonctif imparfait et plus-que-parfait du système irréel et reconnaît l'irréalité effective du rapport civil). Le seul fait qu'il ait songé à des actions fictives en exprimant *oportere* à l'irréel prouve le potentiel sémantique que le préteur voyait dans ce verbe qu'il se refusait à employer inconsidérément dans la confection des formules, et ce nonobstant ses emplois dits « prétoriens ».

2° Différents textes sont invoqués pour montrer l'absence de lien spécifique entre *oportere* et le *ius civile*: certains n'ont aucune pertinence pour le langage des actions. D'autres sont en apparence d'authentiques emplois prétoriens d'*oportere*.

Ecartons tout de suite certains textes que Kaser⁸⁰⁵ et surtout Magdelain⁸⁰⁶ considèrent comme des témoignages d'un *oportere* prétorien, notamment dans des édits d'époque républicaine. Ces textes ne montrent rien: personne n'a jamais contesté que le préteur puisse, dans un édit, ou dans une matière administrative, exprimer l'idée générale de devoir par un verbe courant de la langue latine. Ce que nous contestons, c'est l'emploi d'un *oportere* prétorien faisant état d'un devoir de *dare* ou de *dare facere*, et ce notamment dans l'*intentio* des formules, liant le *reus* à l'*actor*. Aussi la plupart de ces exemples ne sont-ils en rien probants: il ne s'agit pas du langage des *intentiones* dans la procédure formulaire.

Plus curieux est en revanche le terme de l'*actio fiduciae*: « *ut inter bonos bene agier oportet* ». Si l'on suit la reconstitution de Lenel il s'agirait d'une formule *in factum*, et l'on serait en présence d'un *oportere* prétorien. Toutefois, cet *oportere* n'aurait pas pour fonction d'exprimer la prétention juridique de l'*intentio* et ne serait donc pas son centre verbal qui unirait effectivement et nominalement l'*actor* et le *reus* (*Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere*). Significativement, il n'est pas question de *dare facere oportere*, mais uniquement d'un standard impersonnel⁸⁰⁷; il ne servirait pas à exprimer la *ueritas* de l'obligation⁸⁰⁸.

Les formules de l'*actio de eo quod certo loco* ou de l'*actio operarum* ne sont pas davantage une preuve d'un *oportere* prétorien, pour d'autres raisons cependant. Certes, ces formules sont souvent considérées comme prétoriennes, et leur *oportere* est exprimé à l'indicatif présent dans une *intentio*. Mais le préteur ne confectionne pas *ex nihilo* un lien de droit civil. Dans l'*actio de eo quod certo loco*, il existe bien une obligation du *ius civile* sous-jacente qui justifie l'*oportere*; c'est le système d'évaluation que le préteur a bouleversé en demandant au juge de tenir compte du lieu de paiement, après avoir invité le juge dans l'*intentio* à vérifier la réalité du rapport

⁸⁰⁵ « Zum Ediktsstil », in *Festschrift Fritz Schulz*, II, (1951), p.53 ss., « *Oportere und ius civile* », *ZSS*, 83, 1966, p.30.

⁸⁰⁶ *Actions civiles*, p.46.

⁸⁰⁷ A ce titre, nous le verrons, cet *oportere* ne pourrait en aucun cas, par la *deductio in iudicium*, consumer *ipso iure* une obligation. C'est dire, de manière générale, que le préteur se permet de l'employer dans une formule *in factum* uniquement lorsqu'elle ne peut conduire à l'extinction de plein droit de l'action. A contrario, cet emploi dans une tournure impersonnelle prouve encore mieux à quel point il répugne à l'employer de manière à lier le nom de l'*actor* et celui du *reus* pour désigner autre chose qu'une obligation civile.

juridique (*epheso dari oportere*) d'après les règles générales du *ius civile*. Dans l'*actio operarum*, le préteur n'invente pas non plus de nouveau lien entre le patron et l'affranchi ; c'est le *ius civile* qui a déterminé et réglementé ces rapports, en reconnaissant même une possibilité de s'obliger par un acte unilatéral comme le *iusiurandum*. Il fait acte de *propria iurisdictio* simplement lorsqu'il promet de refuser toute action où le montant de la réclamation contre l'affranchi dépasserait une certaine valeur et alourdirait démesurément le prix de sa liberté, mais la proposition exprimée dans l'*intentio* sera vérifiée ou infirmée selon le *ius civile*.

Le préteur ne rédige donc l'*intentio* avec *oportere* que lorsqu'il a identifié une obligation, qui reste extérieure à sa *propria iurisdictio*. Il en va de même dans le cas des actions de bonne foi.

2. Un principe sans dérogation: L'*oportere* (*ex fide bona*) et son appartenance au lexique du *ius civile*

Malgré ces considérations, la doctrine de l'*oportere* prétorien⁸⁰⁹ soutient qu'à supposer qu'*oportere* soit l'expression d'une obligation civile, il n'en irait pas de même lorsque ce verbe est accompagné d'une clause *ex fide bona*, qui exprimerait un autre fondement juridique que l'*oportere* simple. Il y a plusieurs doutes à formuler de prime abord contre l'idée d'un « *oportere ex fide bona* » qui dénoterait le caractère prétorien de l'*oportere* (1°), avant d'examiner les textes avancés pour conforter l'idée d'un *oportere ex fide bona* prétorien (2°).

1° D'une part, si le préteur avait voulu exprimer une simple obligation morale qu'il allait faire respecter par sa juridiction, il pouvait formuler l'*intentio* tout autrement: « *quidquid est ex fide bona...* » aurait pu convenir, ou même simplement un « *quantum aequum bonum erit* », ou un « *quod aequius melius erit...* »: certes, le *quantum aequum* n'est pas considéré comme une *intentio*, mais, dans la mesure où

⁸⁰⁸ Par ailleurs, notons encore que l'argument est d'autant plus fragile que la formule de la fiducie est l'une des plus controversées dans sa reconstruction, et nombreux sont ceux qui pensent qu'elle est *in ius*. Elle ne peut donc servir d'appui solide à la démonstration de l'existence d'un *oportere* prétorien.

différentes formules *in aequum bonum conceptae* ont elles aussi une *demonstratio*, et qu'il est souvent question de quantifier un préjudice à valeur incertaine comme dans les actions de bonne foi, où l'*intentio* a valeur estimatoire, cette formulation aurait tout à fait convenu pour exprimer des règles morales « captées » par la juridiction du préteur. Celui-ci pouvait viser de différentes façons une obligation morale sans utiliser le vieux langage du *ius civile* pour désigner dans la procédure une obligation.

A contrario, à supposer qu'il existe un syntagme « *oportere ex fide bona* » qui distingue l'obligation de par sa source, il n'en reste pas moins que le préteur a employé le vocable *oportere*, qui présuppose à l'origine une *obligatio iuris civilis*. Le fait que l'on exprimerait sa source en adjoignant *ex fide bona* n'ôterait donc rien à l'emploi du verbe *oportere*. Le fait même de l'employer trahirait à soi tout seul que le préteur n'avait l'impression que de transposer du *ius*, dont chaque citoyen était en principe titulaire indépendamment de sa *iurisdictio*. A supposer que cet *oportere* ne procède pas de la loi, une obligation civile, envisagée abstraitement (*oportere*) pourrait parfaitement ne pas provenir directement de la loi, comme c'est le cas pour le *mutuum* à l'époque des *legis actiones*, où seul le *modus agendi* était civil. Dès lors, l'*oportere* pourrait soit être *ex lege*, soit *ex fide bona*: sa nature ne changerait pas, quoique son fondement soit différent. Aussi conviendrait-il de montrer au moins que la *fides bona* est explicitement considérée comme une sous-catégorie parmi des sources prétorienne. Mais l'on en cherchera vainement la preuve: toutes les actions prétorienne qui protègent une valeur comme la *fides* aux dires des jurisconsultes manquent d'*oportere* et sont des formules *in factum*.

On peut bien entendu considérer qu'au contact d'un *ex fide bona, oportere* n'a pas sa valeur archaïque et désigne un nouveau type de lien juridique qu'a décidé de protéger le préteur, qui par cette clause aurait voulu prévenir qu'il n'employait pas le verbe *oportere* dans le sens où l'entendait la vieille jurisprudence. Il serait, ne serait-ce que de prime abord, curieux que son message ait été si mal compris par la jurisprudence classique, qui s'est empressée d'identifier une obligation civile malgré la clause, ce qui paraît attesté dès l'époque de Servius; il paraîtrait en outre peu judicieux de sa part de formuler une *intentio* aussi proche par sa structure de celle de l'*actio ex*

⁸⁰⁹ M.KASER, « *Mores majorum und Gewohnheitsrecht* », ZSS, RA, 59, 1939, p. 52, et W.KUNKEL, *Fest. Koschaker* II, p.1 ss., P.FREZZA, « *Ius gentium* », RIDA, 2, 1949, p.259. A.MAGDELAIN, *Actions civiles*, p.47 n.2, parle ainsi d'une *oportere* moral et prétorien.

stipulatu ou *ex testamento*, qui sont civiles. Aussi ne comprend-t-on pas l'intention du préteur: aurait-t-il voulu prévenir que cet *oportere* n'était pas civil, ou au contraire aurait-t-il voulu masquer que cet *oportere* n'était pas civil? Pour défendre la théorie d'un *oportere ex fide bona* prétorien, il faut soit présupposer un manque de clarté de la part du préteur, soit un manque de perspicacité de la part des prudents.

2° Toutefois, Magdelain a invoqué certains textes pour montrer l'emploi prétorien d'*oportere ex fide bona*.

Peu probante est la formule *ex fide bona* pour sanctionner la stipulation prétorienne *damni infecti* dans la *lex de Gallia Cisalpina*⁸¹⁰, qui est une formule fictive. Magdelain⁸¹¹ veut voir dans cette formule la preuve du caractère prétorien de l'*oportere*, au motif qu'elle viendrait sanctionner une stipulation prétorienne. Or on n'en voit pas bien la raison: s'il l'on prend comme exemple l'action Publicienne, le « *esse ex iure quiritium* » est bien civil et dénote un droit réel dans sa signification abstraite, et c'est son application aux cas considérés qui nécessite une subterfuge prétorien, à savoir une fiction d'usucapion et un changement de mode (*paret=>pareret*), un passage à l'irréel du présent. Ce texte prouverait donc même plutôt le contraire: la fiction est l'hommage que rend le droit prétorien au droit civil. Le fait même de constituer une fiction de stipulation prétorienne et de ne pas oser, donc, mettre *oportere ex fide bona* à l'indicatif pour sanctionner le refus de *cautio damni infecti*, est plutôt la preuve que cet *oportere* est bien civil dans son principe et suit le même sort qu'un *oportere* simple. Le préteur ne choisirait pas le détour d'une fiction de stipulation plutôt que d'exprimer sous forme d'action directe un *oportere* moral, qu'il pourrait protéger par sa juridiction. Ce texte n'apporte donc aucune preuve tangible d'un emploi prétorien d'*oportere*.

Le dernier texte manifestant en apparence le caractère prétorien de l'*oportere ex fide bona* est la fameuse exception proposée par Quintus Mucius dans son édit pour la province d'Asie : « *extra quam si ita negotium gestum est ut eo stari non oporteat ex fide bona* »⁸¹². On la considère généralement comme une proto-exception de dol, au bénéfice des provinciaux contre les publicains. Du seul fait que l'action soit par

⁸¹⁰ Chapitre XX, lignes 20-28 et 30-36

⁸¹¹ *Actions civiles*, p.50 ss.

⁸¹² Ad Att. VI, 1,14: *De Bibuli edicto nihil novi praeter illam exceptionem de qua tu ad me scripseras nimis gravi praeiudicio in ordinem nostrum.' ego tamen habeo isodunamouan sed tectiorem ex Q. Muci P. L edicto Asiatico, EXTRA*

essence intentée contre des provinciaux, Magdelain⁸¹³ déduit qu'elle est étrangère au *ius civile*. Toutefois, cet argument est peu probant. L'action à laquelle l'exception se greffe n'est pas nécessairement une action étrangère au *ius civile* comme le prétend Magdelain, au motif que le procès concernerait des provinciaux. En outre, l'action du publicain est réglementée par la *lex censoria*, qui avait bien concédé une *pignoris capio* au publicain. Autre chose est la nature de *iudicium imperio continens*, parce qu'on est dans une province, autre chose une action prétorienne.

En revanche, la véritable difficulté est la suivante: il est vrai que l'exception est en principe la voie de défense fondée sur la juridiction du préteur. Sa formulation montrerait d'une manière d'autant plus saillante que « *oportere ex fide bona* » est une expression propre au droit prétorien.

Nous étudierons plus en profondeur ce texte, mais pour l'instant, notons que:

-une exception peut tirer sa substance de la *lex* ou de ce qui « *legis uicem obtinet* », et n'est dès lors pas nécessairement et invariablement honoraire dans son contenu.

-l'exception de Mucius n'est pas formulée nominale, en visant le rapport qui unit l'*actor* et le *reus* et dont le contenu serait le *dare facere*⁸¹⁴. Dès lors, cet *oportere* serait employé avec une proposition infinitive impersonnelle tout comme dans la formule de la fiducie, *ut inter bonos bene agier oportet*. En outre, *ex fide bona* peut être le complément portant sur *eo stari* (se tenir « fidèlement » au *negotium*).

-l'exception mucienne est une formulation originale (propre à l'édit asiatique de Quintus Mucius) dont Dario Mantovani⁸¹⁵ a montré la portée euphémique. Elle est calquée sur les actions de bonne foi parce que celles-ci ont un régime original lié à l'inhérence de l'exception de dol. Cicéron en souligne plutôt la génialité et l'originalité, puisqu'elle sert à masquer l'offense qui serait faite à un publicain si on visait explicitement son dol ou sa fraude dans une exception; c'est d'ailleurs pour cette raison que Cicéron la reprend. C'est un moyen euphémique de dernier recours, et Mucius s'est prévalu du caractère limitatif du *dare facere oportere ex fide bona*: la clause *ex fide bona* permet s'il y a lieu d'infirmer *ipso iure* l'*oportere* de l'*intentio*(en

QVAM SI ITA NEGOTIVM GESTVM EST VT EO STARI NON OPORTEAT EX FIDE BONA, multaue sum secutus Scaevolae (...)

⁸¹³ *Actions civiles*, p.49-50, où il montre que cette exception soumet les étrangers « au critère international de la bonne foi ».

⁸¹⁴ Là encore, dans la mesure où cet *oportere* ne lie pas nominale l'*actor* et le *reus*, dans la mesure où il est formulé de surcroît négativement, cet expression ne saurait, par la délivrance de la formule, éteindre *ipso iure* une quelconque obligation substantielle.

pratique, invoquer un dol du demandeur dans la phase *apud iudicem*); certes, dans un *iudicium stricti iuris*, cet effet *ipso iure* n'existe pas, et c'est pourquoi Mucius est intervenu par voie d'exception, en reprenant sans doute l'*oportere* de l'*intentio iuris ciuilis* que possédait la formule offerte au Publicain, et en le niant sur le modèle des actions de bonne foi: il obtenait ainsi une exception « euphémisée », en pastichant la disparition *ipso iure* de l'obligation sous l'effet du dol du demandeur dans les actions de bonne foi. Significativement, ce qu'a fait Mucius n'est pas de constituer une obligation, d'exprimer un *dare facere oportere*, mais de donner les moyens de la rendre nulle, en se référant ingénieusement à la sanction du dol du demandeur dans une action de bonne foi. Sans doute y verra-t-on un coup de force de la part de Mucius: en soi, et *stricto sensu*, lorsqu'une *intentio* peut être contrée par une *exceptio doli*, l'*exceptio doli* conditionne la condamnation, et il serait faux de dire « *reum dare non oportere* » car *stricto iure*, il y a encore un *oportere*: c'est pourquoi d'ailleurs il choisit une tournure impersonnelle⁸¹⁶. Toutefois, il est contraint de trouver une manière de formuler une exception de fraude ou de dol qui ne soit pas insultante pour les publicains, et a trouvé cette formulation qui, à défaut d'être parfaitement orthodoxe, permettait de contourner une formulation offensante contre tout l'ordre des chevaliers aux dire d'Atticus.

Aussi n'y aurait-il pas lieu de donner à « *oportere ex fide bona* » une nature prétorienne. Cette hypothèse nous paraît encore contestable d'un point de vue syntaxique en ce qu'elle hypostasie un syntagme spécifique « *oportere ex fide bona* » qui viserait une obligation qui procéderait non pas du *ius*, mais de la morale.

2.1.2.1.2.2. La syntaxe: L'absence dans la formule de lien privilégié entre *oportere* et *ex fide bona* (B)

A la suite de Kunkel⁸¹⁷, Magdelain a hypostasié un « *oportere ex fide bona* » pour exprimer la force du lien syntaxique qu'elle voit entre les deux éléments de la

⁸¹⁵ L'Editto come codice, p.171 ss.

⁸¹⁶ Là encore, elle n'aurait, de toute manière, pas vocation à avoir un quelconque effet sur l'obligation substantielle, quand bien même il s'agirait d'un *iudicium legitimum*.

formule: ce serait le pendant d'un *oportere ex lege* qui serait le seul « *oportere* civil ». Mais la force de ce lien syntaxique nous paraît à maints égards douteuse.

Ce lien syntaxique ayant nature causale nous paraît difficile en tant qu'il repose sur de faux parallèles (1.) et en tant qu'il ne tient pas compte du caractère additionnel et surabondant de la clause dans l'*intentio* (2.)

1. La construction « *oportere ex fide bona* » induite par de faux parallèles

La doctrine qui a cherché à faire ressortir un « *oportere ex fide bona* » face à un « *oportere* » simple considère donc que *ex fide bona* est un complément exprimant un fondement de l'obligation. En réalité, le verbe « *oportere* », en ce qu'il signifie un devoir absolu, n'a pas de complément naturel, entrant dans son régime, pour exprimer le plan (juridique ou moral ou social, etc.) duquel l'obligation se réclame, parce que dans la langue, il signifie un impératif catégorique uniforme⁸¹⁸.

Il n'est donc pas étonnant de constater que ce verbe n'a pas de construction naturelle en *ex*+ablatif: *ex fide bona* ne peut en aucun cas faire partie de sa structure actancielle, de sa valence.

Il est à ce titre inexact sur un plan purement linguistique de se demander si *oportere* « se construit » avec *ex fide bona*: *oportere* n'a pas de régime en *ex*+abl, à strictement parler et en conséquence, hypostasier un éventuel **oportere ex fide bona* est de toute façon assez délicat. Aussi convient-il de se demander si *ex fide bona* peut être tout de même un simple complément circonstanciel, donc un complément du premier niveau de proposition, dont le centre verbal est *oportet*, et exprimant la cause juridique de l'obligation et justifiant l'emploi d'*oportere*. Malgré un parallèle trompeur avec le syntagme *ex iure Quiritium*(1°) et avec un hypothétique « *oportere ex lege* »(2°), *ex fide bona* ne peut faire partie des compléments de cause expliquant l'*oportere* (3°).

⁸¹⁷ *op.cit.*, p.4.

⁸¹⁸ Cicéron, Or., §74 : *oportere enim perfectionem declarat officii, quo et semper utendum est et omnibus, decere quasi aptum esse consentaneumque tempori et personae.*

1° Il est tentant de voir dans la clause *ex fide bona* concluant les *intentiones* de nos *iudicia* le pendant du droit quiritaire auquel il est fait référence dans l'*intentio* des formules des actions en revendication, dont le modèle est reproduit par Gaius en IV,41⁸¹⁹. On en viendrait naturellement à faire de la *fides bona* une source parallèle et concurrente du droit quiritaire.

Toutefois, le parallèle ne peut être poussé très loin, et hormis un point commun, la préposition *ex*, tout différencie ces syntagmes :

-Tout d'abord, le verbe employé n'est pas « *oportere* », réservé aux formules des actions personnelles : très significativement, jamais une formule « de droit strict » personnelle n'a présenté un *oportere ex iure quiritium*. L'expression exacte de la source ne se rencontre que dans les actions réelles. Le manuscrit de Vérone, concernant la formule fictive de l'action Publicienne, semble certes rendre un « *oporteret* » à proximité d'un *ex iure Quiritium*⁸²⁰. Notons tout d'abord que le texte semble corrompu puisqu'il est étonnant de voir une action réelle avec *oportere* ; aussi presque toutes les éditions restituent-elles un *pareret*. Par ailleurs, à supposer même, de façon très invraisemblable, que la formule comporte un *oporteret*, *ex iure Quiritium* n'aurait strictement aucun lien avec cet *oportere*, et serait le complément circonstanciel de la proposition infinitive « *eius esse ex iure Quiritium* » sur le modèle d'une action en revendication directe: il ne ferait que qualifier un rapport de droit entre l'acteur et la chose revendiquée, mais n'exprimerait certainement pas le fondement de cet (assez improbable) *oportere*.

-naturellement, le complément *ex iure quiritium* est souvent exprimé avant le verbe, comme c'était d'ailleurs déjà le cas dans les paroles du *sacramentum* relatées par Gaius en IV,16, tandis que *ex fide bona* n'est exprimé qu'à la toute fin de l'*intentio*, à une place qui paraît assez étrange pour le complément de cause.

-Ce parallèle se réduit donc à la préposition « *ex* » ; certes, dans une vision sémantique naïve qui chercherait toujours à donner aux prépositions un sens spatialisant et localisant, « *ex* » représenterait alors la meilleure expression d'une « *fons iuris* » ; mais « *ex* » reçoit avant tout son sens local soit en raison d'un verbe affecté, par nature ou en contexte, d'un sémantisme local ou directionnel, soit en raison du syntagme nominal qui le suit. Or « *oportere* » n'a pas de complément

⁸¹⁹ *Si paret fundum, quo de agitur, ex iure Quiritium Auli Ageri esse*

⁸²⁰ Gaius, IV, 37: *IVDEX ESTO. SI QVEM HOMINEM AVLVS AGERIVS EMIT ET IS EI TRADITVS EST, ANNO POSSEDISSET, TVM SI EVM HOMINEM, DE QVO AGITVR, EIVS EX IVRE QVIRITIVM ESSE OPORTERET et reliqua.*

naturel ou de régime en ex +abl., et n'est de toute manière pas affecté, du moins à époque historique, d'un quelconque sémantisme spatial-local⁸²¹. Par ailleurs, ce qui permet de considérer légitimement « *ex iure Quiritium* » comme l'expression d'une *fons iuris* sur laquelle repose le droit réel revendiqué, ce n'est pas tant la préposition « *ex* », puisqu'à elle toute seule l'expression pourrait simplement signifier « conformément au droit des Quirites », mais bien la signification du « *ius quiritium* » comme équivalent du « *ius civile* » qui est reconnu explicitement comme une source générale du droit ; or il est à prouver encore que la *fides bona* soit elle aussi considérée par les Romains comme une *fons iuris*.

Le parallèle est tout aussi douteux si l'on considère que l'*oportere ex fide bona* s'oppose à un *oportere ex lege*.

2° L'image d'un « *oportere ex fide bona* » est en effet confortée par l'opposition avec un prétendu « **oportere ex lege* » : or ce terme est lui aussi une pure création contemporaine. Aucune formule « de droit strict » n'exprime ainsi son fondement « légitime », qui serait surabondant, d'autant que c'est l'*agere* qui doit être expressément reconnu par la loi, non nécessairement la cause d'un *oportere*.

Sans doute objectera-t-on qu'il existe dans la langue des occurrences d'*oportere* à proximité d'un « *ex lege* ». Nous n'en avons trouvé que trois, toutes chez Cicéron, à deux reprises dans le second discours contre Verrès⁸²², et une fois dans le *De Inventione*⁸²³. Mais remarquons plusieurs différences :

-il ne s'agit jamais de l'*oportere* employé dans le contexte du droit des obligations et des actions personnelles, de l'*oportere* accompagné d'un *dare* ou d'un *dare facere*. Il ne s'agit même pas métaphoriquement d'un lien déontique entre deux personnes. Dans le premier cas, il s'agit de savoir ce qu'il convient de faire pour que le testament soit valable. Aussi l'exemple est-il de toute manière fort peu probant pour démontrer qu'un *oportere ex fide bona* s'oppose à un *oportere ex lege*.

⁸²¹ On pourrait sans doute objecter que le verbe *oportere* descendrait d'un **ob-uortere*, qui alors aurait eu un sémantisme local-directionnel : toutefois, cette étymologie est discutée et discutable, tant du point des changements phonétiques que du changement sémantique ; en réalité, rien ne permet d'indiquer que le latin, à une époque historique, ait affecté d'un quelconque sémantisme spatial le verbe *oportere*.

⁸²² In Verr., II, 1, 117 : *si de hereditate ambigitur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo (...) uno signo ut sit minus quam ex lege oportet, non des possessionem*

⁸²³ *De Inu.*, I, 118 : " *MERETRIX CORONAM AUREAM NE HABETO; SI HABUERIT, PUBLICA ESTO* ", *contra eum, qui meretricem publicari dicat ex lege oportere, possit dici neque administrationem esse ullam publicae meretricis neque exitum legis in meretrice publicanda(...)*

-significativement, conformément à l'ordre latin, le complément de cause est employé naturellement avant le verbe, ce qui n'est jamais le cas dans les *iudicia in quibus additur ex fide bona*.

-ce n'est pas parce que la *lex* est effectivement une *fons iuris*, que sa mention avec *ex* prouve qu'*oportere* se construit naturellement avec *ex* pour exprimer l'origine du lien obligatoire et pour viser la source générale du droit dont il se réclame. A notre avis, dans le texte du *De Inventione*, où Cicéron prend l'exemple d'une loi imaginaire pour nous expliquer comment il convient de réfuter l'interprétation d'une loi par notre adversaire en montrant les difficultés qu'une interprétation stricte impliquerait, « *ex lege* » est un complément pour marquer la conformité avec la lettre du texte de la loi, et devra être traduit par « à suivre la lettre de la loi » : « si l'adversaire prétend qu'à suivre la lettre de la loi la courtisane doit être *publicata* ». Il n'est pas question, dans ce cas, de rappeler le fondement de l'*oportere* au sens où il marquerait un lien juridique obligatoire entre deux sujets de droit reconnu par le *ius civile*, mais simplement d'insister sur l'interprétation stricte de la loi.

Le texte des Verrines, quant à lui, concernant la *possessio secundum tabulas*, semble bien exprimer une nécessité imposée par la loi, encore qu'il ne s'agisse nullement de la force d'un lien obligatoire. Or d'un point de vue syntaxique, *ex lege* n'est que le complément circonstanciel de cause. En fait, d'un point de vue syntaxique, le rapport entre *ex lege* et *oportet*, exprimant l'obligation de sceller le testament d'un nombre de signatures, n'est pas différent syntaxiquement du rapport entre *ex sponsione* et *dare oportet* exprimant l'obligation « contractuelle » de *dare* en vertu d'une *sponsio* : la syntaxe ne manifeste pas de différence entre source générale et formelle du droit (norme juridique générale), d'une part, et source immédiate et efficiente d'une obligation d'autre part (acte juridique particulier). D'ailleurs, même d'un point de vue purement juridique, la théorie des sources semble avoir été suffisamment confuse encore à l'époque républicaine pour qu'on mette sur le même plan un acte de droit privé comme la stipulation et une norme générale comme la *lex rogata*⁸²⁴, dans les énumérations des *partes iuris*.

Reste alors à savoir si *ex fide bona* peut être rangé, comme ce *ex lege*, parmi les compléments de cause possibles de la proposition incluant le verbe « *oportet* » dans le langage des formules et de la procédure civile.

⁸²⁴ cf. Cicéron *Part. Or.* §130

3° Dans le langage formulaire, « *oportere* » manifeste par lui-même un lien fondé juridiquement, ne se réclame pas explicitement d'un fondement général et peut simplement être accompagné d'un complément circonstanciel exprimant une cause productrice d'obligations reconnue par le droit. En effet, dénotant par lui-même la nature proprement juridique du lien d'obligation dans le langage de la procédure civile, il ne peut être accompagné que d'un complément exprimant l'origine immédiate de l'obligation⁸²⁵.

Ainsi en est-il des paroles solennelles de la *iudicis postulatio* rapportées par Gaius en IV,17a :

EX SPONSIONE TE MIHI X MILIA SESTERTIORVM DARE OPORTERE AIO

C'est la le seul type de « *ex* » exprimant la cause civile d'un *oportere*. De même encore, l'*intentio* de l'action *ex testamento* du bénéficiaire d'un legs *per damnationem* ou *sinendi modo*, rapportée par Gaius en II,213 exprime la cause de l'*oportere* :

QUIDQUID HEREDEM EX TESTAMENTO DARE FACERE OPORTET

« *Ex testamento* » semble bien être non pas le complément de *dare facere*, mais bien un complément de phrase qui exprime la cause de l'*oportere*, au vu de la suite du texte de Gaius (« *Sunt tamen, qui putant ex hoc legato non uideri obligatum heredem, ut mancipet* »).

De la même manière, l'*intentio* de l'*actio furti* exprime un pareil lien causal: « *quam ob rem eum pro fure damnum decidere oportet* »; la cause d'*oportet* est dans l'expression anaphorique « *quam ob rem* ». Et très similairement, dans une *intentio incerta*, cette cause est exprimée sous la forme d'un « *ob eam rem* » anaphorique reprenant la *demonstratio* :

QUIDQUID OB EAM REM NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTET (ex fide bona)

Le « *ex fide bona* » peut alors difficilement prendre la place d'un complément circonstanciel de cause ou d'origine dans l'*intentio*, parce que cette place est déjà occupée par *ob eam rem* anaphorique de la *demonstratio*. Ce *ob eam rem* permet d'ailleurs d'expliquer les expressions jurisprudentielles comme *obligatus ex uendito*, *ex locato*, *ex legato*, *ex stipulatione* etc., tandis que qu'on ne peut jamais être « *obligatus ex fide bona* ».

Considérons à présent, d'un point de vue purement linguistique, l'*intentio* de la formule destinée à sanctionner la *stipulatio damni infecti* dans la lex de Gallia Cisalpina :

Si ...repromississet, tum quicquid eum Q(uintum) Licinium ex ea stipulatione L(ucio) Seio dare facere oportet/ex]ret ex f(ide) b(ona)

Là encore, si *ex ea stipulatione*, tout comme *ex sponsione* ou *ex testamento*, est le complément de cause, exprimant donc la cause immédiate de l'*oportere*, on ne voit pas comment celui-ci pourrait être accompagné sans coordination d'un second complément circonstanciel de cause *ex fide bona* qui exprimerait une autre cause⁸²⁶. On peut en déduire que soit le sens du complément *ex fide bona* est différent de celui d'un complément de cause, soit son rapport syntaxique au reste de la phrase est plus complexe qu'il n'y paraît. En tous les cas, il est certain que *ex fide bona* ne peut exprimer une source de l'obligation au sens où un acte formaliste, une stipulation, etc., créent une obligation. Elle ne peut dès lors représenter le fondement (non civil) de l'obligation, qui est (fictivement) la stipulation.

Si enfin « *ex fide bona* » ne peut avoir la même fonction syntaxique que « *ex testamento* » ou « *ex sponsione* » ou « *ex ea stipulatione* » ou *ob eam rem*, et si par ailleurs « *ex lege* » a la même fonction du point de vue syntaxique qu'*ex testamento*, *ex sponsione*, *ex stipulatione*, ou *ob eam rem*, on peut raisonnablement en déduire que la séquence *quidquid...oportet ex fide bona*, ne construit pas *oportet* avec *ex fide bona* comme Cicéron construirait *oportet* avec *ex lege*. L'*oportere* ne

⁸²⁵ D'ailleurs, il semblerait même que cette distinction entre source générale du droit (loi, constitution impériale, etc.) et source productrice d'une obligation (contrat, stipulation, délit) ne soit pas aussi tranchée et réfléchie dans la jurisprudence.

représente donc pas une obligation qui procéderait de la *fides bona*, et ne peut absolument pas être opposé à un quelconque « *oportere ex lege* »: en bref, « *ex fide bona* » ne doit pas être compris comme un complément circonstanciel de cause exprimant le fondement de l'*oportere*.

Ces raisons rendent, nous paraît-il, quelque peu suspecte une construction **oportere ex fide bona*, laquelle est rendue d'autant plus douteuse qu'elle ne fait pas grand cas du caractère manifestement excroissant et additionnel de la clause *ex fide bona*.

2. Un lien syntaxique douteux au regard du caractère excroissant et additionnel de la clause.

A trois reprises, l'œuvre de Cicéron qualifie nos formules de « *iudicia/arbitria in quibus additur ex fide bona* »⁸²⁷.

Bien qu'on ne la rencontre que trois fois, c'est la seule et unique qualification chez Cicéron de ce groupe de formules à clause *ex fide bona* pris dans son ensemble, qualification qui, de surcroît, est mise en *De Off. III,70* dans la bouche de Quintus Mucius. On peut donc raisonnablement lui prêter une certaine permanence et considérer qu'elle est d'usage ordinaire à l'époque de Cicéron.

Or le rôle fondementiel que l'on prête habituellement à la clause *ex fide bona* nous paraît en contradiction avec le caractère additionnel de la clause ainsi manifesté (1°) ce qui semble confirmé discrètement par certaines mentions des *intentiones* des actions de vente et de dépôt dans le livre IV des Institutes de Gaius (2°) ainsi que par l'inexistence dans tout le corpus des commentaires à la formule, d'une suite « *oportet ex fide bona* »(3°).

⁸²⁶ A ce titre, on ne peut souscrire au parallèle que prétend faire A.MAGDELAIN, *De la Royauté*, p.200, entre un *ex testamento oportere* et un *ex fide bona oportere*.

⁸²⁷ De Off., III, 70 : *Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA (...)* De Off, 3,61 : *Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adulescentium lege Plaetoria et sine lege iudiciis, in quibus additur EX FIDE BONA.* Top.,66 : *In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus EX FIDE BONA est additum (...) parati eis esse debent*

1°Quelle que soit la véracité d'une pareille perception, l'emploi du verbe « *additur* » révèle que Cicéron perçoit la clause comme un ajout à la fin de l'*intentio*, sans doute en référence à d'autres formules où « *oportere/oportet* » clôt l'*intentio*.

Ce caractère additionnel se manifeste par le sens du verbe *addere* tout d'abord: ce verbe préfixé signifie très généralement « ajouter », « donner/mettre en surcroît », « attacher », au sens propre comme au sens figuré⁸²⁸.

Certes, on prête à ce verbe un sens dérivé plus neutre « mettre dans, placer dans, appliquer à ». Toutefois, on remarquera d'une part que ces emplois-là font rarement perdre au verbe le sémantisme de l'addition et de l'ajout et que d'après les exemples cités dans les dictionnaires, ces emplois sont de toute manière extrêmement peu nombreux chez Cicéron. D'autre part, dans les contextes où il est question de parole, de mots et d'écriture, le verbe est communément employé dans le sens d'« ajouter ». Enfin, les emplois qui semblent le plus faire perdre à « *addere* » le sème de l'addition et qui expriment de façon assez neutre « mettre dedans », ne sont jamais des constructions absolues, mais des constructions en *in* ou *ad* + accusatif, ou en datif ; or, dans « *iudicia in quibus additur ex fide bona* », le groupe *in* + ablatif (« *in quibus* ») ne représente pas, *a contrario*, la construction naturelle du verbe *addere*, n'entre donc pas dans sa valence ni dans son schéma actanciel, mais n'est qu'un simple complément circonstanciel de la proposition, ce qui implique que le verbe est ici employé de façon absolue, et donc garde plus probablement tout son sémantisme de l'addition et de l'ajout. Le sens de l'expression cicéronienne a donc toutes les chances d'être « des formules, dans lesquelles il y a ajout, surcroît d'une clause *ex fide bona* ».

Deuxièmement, dans l'extrait du *De officiis* en III,61, la présence de l'idée d'addition et d'excroissance est confortée par la suite du texte⁸²⁹. Comparant maintenant aux formules avec clause « *ex fide bona* » d'autres formules (la formule de l'*actio fiduciae* et celle de l'*actio rei uxoriae*), Cicéron nous dit que, dans celles-ci, ce sont ces mots, *haec uerba* (le fameux « *ut inter bonos bene agier* », et le « *quod eius aequius melius* ») qui, à proprement parler, dépassent, se détachent, « *excellunt* ». Il le dit par rapport à son propos précédent, ce qui confirme a posteriori que la clause *ex fide bona* elle aussi se détachait, représentait une excroissance aux

⁸²⁸ Voir L.LOMBARDI, *Dalla Fides*, p.188.

⁸²⁹ Reliquorum autem iudiciorum haec uerba maxime excellunt: in arbitrio rei uxoriae melius aequius, in fiducia ut inter bonos bene agier

yeux de Cicéron, et il y a tout lieu de croire qu' « *additur* » reçoit dans cette expression son sens commun d'addition.

Si elle représente donc une excroissance, c'est donc bien que la fin de l'*intentio* « *oportet ex fide bona* » ne représente pas une unité linguistique indissociable. Et Cicéron, à tort ou à raison, ne voyait pas dans cet « *oportet* » un « *oportet ex fide bona* » radicalement différent de celui des autres formules *in ius* d'actions *in personam*. Il ne voyait de différence que dans « l'ajout d'une clause *ex fide bona* ».

Il y a plus : il ne voyait pas non plus, sans doute, dans la clause *ex fide bona* le fondement stable de cet *oportere*. En effet, pour marquer la présence pure et simple de la clause, l'emploi du perfectif qui marque un état de fait accompli, « *additum est* » serait mieux venu. Or, dans les trois extraits de Cicéron présentés ci-dessus, seul l'extrait des *Topiques* présente la forme perfective. L'emploi de l'imperfectif « *additur* »/ « *adderetur* » à deux reprises (« des formules où l'on ajoute une clause *ex fide bona* ») semble manifester une certaine précarité de cette clause face à la stabilité du modèle des *intentiones incertae* (*quidquid...oportet*), ce qui s'accorde mal avec l'idée qu'elle exprimerait le fondement de l'*oportere* au point de lui donner une nature spécifique, différente de l'*oportere* des autres *intentiones*. Si Quintus Mucius employait aussi cette expression, c'est peut-être qu'il identifiait lui aussi une véritable obligation civile derrière cet *oportere*, d'autant qu'il glose lui-même les *intentiones* de ces *iudicia* par un *oportere* de droit commun: « *quid quemque cuique praestare oporteret* ».

2° Cette précarité de la clause est encore confirmée discrètement par le livre IV des *Institutes* de Gaius. Par deux fois, il nous confirme l'aspect « additionnel » qu'on prête à la clause en nous rapportant l'*intentio* de l'action de dépôt⁸³⁰ et de l'action de vente⁸³¹.

A deux reprises, donc, le manuel fait mention d'*intentiones*, cette partie de la formule qui exprime la prétention substantielle du demandeur, en omettant la clause habituelle *ex fide bona*, alors qu'il ne fait pas cette omission lorsqu'il mentionne une

⁸³⁰ Inst.,IV,60 : *cum duae sunt depositi formulae...deinde inferatur iuris intentio his uerbis: QUIDQUID OB EAM REM ILLVM ILLI DARE FACERE OPORTET, (...)*

⁸³¹ Inst.IV,131a : *Item si uerbi gratia ex empto agamus (...) totius illius iuris obligatio illa incerta actione: QUIDQUID OB EAM REM NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTET, per intentionem consumitur*

fois l'intégralité d'une formule (celle du dépôt) avec sa clause *ex fide bona*⁸³². La clause, déjà perçue comme une addition par Cicéron, peut inversement et naturellement être soustraite pour Gaius sans défigurer la teneur générale d'une *intentio in ius* et le lien de droit substantiel qu'elle exprime, et l'*oportere* peut se soutenir sans la clause *ex fide bona*. Ce lien de droit n'a aucune originalité face aux autres *intentiones*. A plus forte raison la clause *ex fide bona* ne semble pas représenter le fondement de l'*oportere* : il n'y a aucune spécificité de cet *oportere* face à celui qu'on rencontre dans les *intentiones* sans clause *ex fide bona* au point de vue du fondement.

C'est encore ce qui est confirmé indirectement par Paul⁸³³, lorsqu'il présente un *legs sinendi modo* consistant à obliger l'héritier à faire remise de l'obligation *ex locato* à un locataire: l'*intentio* exprimant l'obligation *ex locato* est reprise sans *ex fide bona* lorsqu'on veut la traiter comme l'expression d'un droit qu'on prétend éteindre, exactement comme le faisait Gaius lorsqu'il parle de l'*intentio* de la formule de l'*actio empti* en IV,131a. Plus significativement encore, la sentence de Quintus Mucius en *Off.* III,70 prend soin, lorsqu'elle pastiche la forme générale des *intentiones* avec clause *ex fide bona* de dire *quid quemque cuique praestare oporteret*, et non *quid quemque praestare oporteret ex fide bona*.

Cette impression est en fait en cohérence avec l'inexistence, dans la langue jurisprudentielle, d'une suite *oportere ex fide bona*.

3°En conséquence, jamais on ne rencontre nulle part hors d'une formule ou d'une stipulation la suite « *oportet ex fide bona* ». Jamais un jurisconsulte ne paraît avoir écrit une phrase comme « **oportet ex fide bona uenditorem rem emptori tradere* » ou *oportet ex fide bona tutorem rationes reddere*. Il nous semble que ce trait est significatif, vu l'art avec lequel les jurisconsultes reprenaient, en les intégrant naturellement dans leur discours, des termes et expressions significatives présents dans les formules: certes, les allusions trop marquées à la procédure formulaire ont

⁸³² Inst., IV, 47 : *illa enim formula, quae ita concepta est: IVDEX ESTO. QVOD AVLVS AGERIVS APVD NVMERIVM NEGIDIVM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUIT, QVA DE RE AGITVR, QVIDQVID OB EAM REM NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, EIVS, IVDEX, NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO CONDEMNATO. SI NON PARET, ABSOLVITO, in ius concepta est.*

⁸³³ Dig. 34.3.16 Paulus 9 ad plaut. *Ei cui fundum in quinquennium locaveram legavi quidquid eum mihi dare facere oportet oportebitve ut sineret heres sibi habere. nerva atilicinus, si heres prohiberet eum frui, ex conducto, si iure locationis quid retineret, ex testamento fore obligatum aiunt, quia nihil interesset, peteretur an retineret: totam enim locationem legatam videri.* Voir encore, à propos de l'*obligatio* du tuteur telle qu'elle est garantie par la *cautio rem saluam pupilli fore*

été évitées et non reprises au Digeste, mais celle-ci n'aurait nullement dérangé les compilateurs s'ils l'avaient rencontrée.

Certes, on ne trouve à notre connaissance qu'une seule variation notable et qui semblerait confirmer l'existence d'une construction *oportet ex fide bona*, dans une stipulation imaginaire inventée par Paul pour les besoins de la cause au livre 5 de ses Réponses et exprimant l'étendue de l'obligation de la caution d'un locataire envers son bailleur⁸³⁴. On pourrait a priori penser, d'après ce texte que nous examinerons en détail plus loin, que la suite "*ex fide bona oportebit*" témoigne, par rapport à la formule, d'une liberté dans l'ordre des mots qui vient confirmer et interpréter le lien entre *oportere* et *ex fide bona* en les remettant dans leur ordre latin naturel. La clause représenterait ainsi la cause d'un *oportere*. A notre avis, il n'en est rien, parce que *ex fide bona* représente le paramètre du *quantum* de la condamnation, non la source de l'*oportere*: significativement, le *ex fide bona* se retrouve encore ici pour circonscrire une proposition indéfinie se référant à un *incertum*.

D'autre part, il est notable que ce ne serait pas l'obligation substantielle de *dare facere* qui serait fondée sur la *fides bona*, mais l'*oportere condemnari*; ce qui tend plutôt à prouver, puisqu'il est clairement fait référence ici à l'*intentio* de la formule de l'*actio locati*, que la clause *ex fide bona* entretient un lien subtil avec l'ensemble de la formule, et notamment avec la *condemnatio*; aussi ce texte est-il bien loin de prouver un quelconque lien entre "*dare facere oportet*" et "*ex fide bona*".

Enfin, l'*oportere condemnari* est sans doute employé ici au sens technique du terme comme le fait Gaius en *Inst.* III, 180⁸³⁵: il ne peut être raisonnablement fondé sur la *bona fides*, il est fondé sur la *litis contestatio* et sur l'ordre du prêteur incarné dans la formule, et dans un *iudicium in quo additur ex fide bona*, ce devoir est un devoir d'évaluer la condamnation selon le paramètre de la *fides bona*. Au demeurant, *ex fide bona* renvoie implicitement à l'*officium iudicis* mentionné plus haut, qui est justement de "*condemnare ex fide bona*", de condamner en tenant compte de la bonne foi. *Ex fide bona* représente donc dans ce texte le paramètre de "*condemnari*", certainement

(EP³, §288), un texte de Neratius Dig. 46.6.11 Nerva 4 membr.; pour un cas similaire, voir un cas de libération par legs de l'obligation *negotiorum gestorum*, Dig. 34.3.19 (Modestin. 9 reg.).

⁸³⁴ D. 19. 2. 54 (...) *usurae enim in bonae fidei iudicis etsi non tam ex obligatione proficiscantur quam ex officio iudicis applicentur, tamen, cum fideiussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur ipsum quoque agnoscere onus usurarum, ac si ita fideiussisset: " in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse iubes?"*(...)

⁸³⁵

pas le fondement de l'« *oportere* » et encore moins la source d'un "*dare facere oportere*".

L'autre texte manifestant en apparence un lien consubstantiel entre *oportere* et *ex fide bona* serait la note de Valerius Probus: « OEFB=*oportebit ex fide bona* »; toutefois, le futur nous conduit à penser qu'il ne s'agit pas des termes d'une formule, mais bien, comme nous le verrons, d'une stipulation portant explicitement sur un *incertum* et calquée sur les *intentiones* des actions de bonne foi: dans le langage des stipulations, l'*oportere* renverrait de toute manière au contenu d'une obligation, sans doute. Au demeurant, cette abréviation ne prouve qu'une seule chose: c'est que cette suite linguistique est une constante avant laquelle il peut y avoir des variations, comme *dare facere*, ou *praestare*, ou un *oportet oportebit*. Elle ne prouve pas une unité consubstantielle.

Alors même qu'il aiment intégrer de manière immédiate, au fil de leur discours, les termes des formules comme s'ils se les réappropriaient, les juriconsultes n'emploient donc jamais librement dans leurs commentaires une suite unie *oportet ex fide bona*, mais se contentent de reprendre simplement « *oportet* », ou bien de construire des tours comme « *est ex fide bona* »: cette dissociation permanente tend à infirmer l'idée de l'unité d'une séquence « *oportere ex fide bona* ».

Tout cela nous conduit à penser que le préteur a employé *oportere* dans son sens « civil » lorsqu'il a construit les premières formules, et il a adjoint à cette *intentio* un *ex fide bona*, sans percevoir une différence de statut entre deux *oportere*. Et en l'absence de différence, il n'y a aucune raison de considérer l'un comme civil et l'autre comme prétorien. Le préteur visait donc bien une obligation non seulement reconnue mais encore régie par le *ius civile*.

2.1.2.2. *L'édition de la formule in ius comme mode d'extinction d'une obligatio iuris ciuilis (Sous-section 1)*

Une *intentio* n'a pas pour seule fonction d'exprimer abstraitement une situation juridique, et dans le cas d'une *intentio iuris ciuilis*, un rapport d'obligation; elle a aussi certains effets sur elle, qui sont de la « déduire en justice ». L'expression employée par la jurisprudence, « *deductio in iudicium* »⁸³⁶ a une signification qui ne représente pas seulement abstraitement la liaison du contentieux. Elle a un sens concret qui ne se comprend que dans la procédure formulaire.

Concernant le sens du mot *deductio*, le droit romain connaît une autre forme de *deductio* très fréquente, la *deductio in stipulationem*. « *Deducere in stipulationem* » signifie faire rentrer un rapport juridique dans le moule de la *stipulatio*, contrat *uerbis*, et même contrat par excellence du droit romain, donc par là même lui donner la forme d'une stipulation, avec les actions qui vont de pair (*actio certae creditae pecuniae/rei*, ou action *ex stipulatu*). On peut ainsi déduire dans une stipulation l'obligation née d'un *mutuum*, une obligation de l'héritier envers le légataire en vertu du testament; on peut encore déduire dans une stipulation ce qui auparavant ne pouvait être considéré que comme une obligation naturelle, ou encore ce qui n'était protégé que par une action prétorienne; on peut déduire ce qui n'était qu'un pacte nu. On peut encore déduire dans une stipulation les obligations nées d'un contrat consensuel. Si l'on déduit dans une stipulation une obligation civile préexistante, celle-ci est éteinte, et, pour ainsi dire, novée.

Dans l'expression « *deducere in iudicium* », *iudicium* a sans doute originellement un sens concret, celui de formule délivrée par le préteur, et qui représente un acte juridique au même titre qu'une stipulation; de même qu'une situation, un rapport juridique peuvent être déduits dans une stipulation, de même elle peut être déduite dans la formule qui est délivrée à la fin de la phase *in iure*. Un rapport juridique a été moulé dans une formule, s'est pour ainsi dire transmué et résumé en formule. Sur un

⁸³⁶ Voir M.WLASSAK, *Die Litiskontestatio*, p.35. En parlant d'édition de la formule, nous n'entendons pas dire que la *litiskontestatio* serait dans la procédure formulaire la seule délivrance, et nous reconnaissons personnellement sa nature (idéale) de contrat judiciaire. Voir encore A.GIFFARD, *Etudes*, p.84.

plan plus procédural, cette *deductio in iudicium* est l'expression de la *litis contestatio*, de la liaison définitive et fixatrice du contentieux⁸³⁷.

Plus en aval encore, la *lis (contestata)* peut être « *deducta in condemnationem* »; ce nouveau rapport juridique qu'est le litige et exprimé dans la formule pourra lui-même être déduit et transmué dans une condamnation.

Cette délivrance de la formule empêche en principe que le demandeur puisse à nouveau faire valoir avec succès sa prétention dans une seconde action, et ce selon des modalités diverses. Car la *deductio in iudicium* n'a pas toujours les mêmes effets selon la nature de l'action et les termes de la formule. Sous certaines conditions, elle a un effet radical sur les obligations civiles déduites « *in iudicium* », qui est de les éteindre *ipso iure* en même temps qu'elle les exprimait et les résumait⁸³⁸. Tout comme comme le légataire qui déduirait dans une stipulation les obligations nées du legs *per damnationem* n'aurait plus le droit de poursuivre son associé par l'*actio ex testamento* pour ces mêmes obligations, parce qu' il aurait « éteint » l'obligation et l'action *ex testamento*, de même, celui qui a déjà « déduit en justice » les obligations nées de ce legs ne pourra réintenter l'*actio ex testamento*, parce qu'il a perdu de plein droit son action en la transposant dans une formule. Cet effet « civil » de la déduction dans une formule, qui s'opère « *ipso iure* », s'oppose à un moyen prétorien de la faire valoir dans une seconde action, qui est l'« exception de chose jugée ou déduite en justice ».

Aussi peut-on mesurer (imparfaitement) le caractère civil des actions de bonne foi à l'aune des règles et des effets de la *deductio in iudicium*⁸³⁹. En effet, les actions de bonne foi se consomment *ipso iure* à l'époque classique (I) et cette situation fut sans doute la même à époque tardo-républicaine, malgré une anomalie apparente évoquée par Cicéron dans le 168 du livre I du *De Oratore* (II)

⁸³⁷ RZ, p.299 ss. GIFFARD, *Etudes*, p.84.

⁸³⁸ Voir M.MARRONE, *L'efficacia*, p.192.

⁸³⁹ EN revanche, l'effet de la sentence judiciaire nous paraît difficile à mesurer. La nature et la forme de l'*actio iudicati* en procédure formulaire sont trop mal établies pour pouvoir l'utiliser comme étalon. Voir là-dessus la théorie classique entre une *actio iudicati* prétorienne réservée au *iudicia imperio continentia* et une *actio iudicati* civile réservée aux *iudicia legitima*(et aux *actiones ciuiles*?) dans RZ, p.

2.1.2.2.1. *Les actions de bonne foi et la consommation ipso iure à l'époque classique (I)*

Mesurer l'effet extinctif de la *litiscontestatio* et de la *deductio in iudicium* à époque classique à partir des textes du Digeste est assez difficile, puisque cette originalité de la procédure formulaire n'avait plus aucun intérêt selon les compilateurs, au mieux certains textes la présupposent-ils; mais nous possédons heureusement plusieurs développements précieux à ce sujet dans les *Institutes* de Gaius.

La règle générale exposée par ce dernier (A) se trouve appliquée invariablement aux actions de bonne foi à l'époque classique (B).

2.1.2.2.1.1. *La règle générale selon Gaius (A)*

L'intérêt principal de l'oeuvre de Gaius est que les effets de la *deductio in iudicium* sont exposés à deux reprises, dans deux perspectives différentes, aussi bien dans un développement d'ordre purement procédural au livre IV consacré aux actions, que dans le livre III dans un développement de droit matériel consacré au régime général des obligations. C'est de leur rapprochement et de leur différence de présentation que nous pouvons mesurer le fondement et la portée de cette règle originale: les conditions générales de la consommation *ipso iure* (1), ainsi que sa sanction effective (2), trouvent leur fondement dans l'idée d'obligation civile(3).

1. Les conditions de la consommation *ipso iure* exposées au livre IV des *Inst.*

Pour que s'opère la consommation « *ipso iure* » de l'action, Gaius⁸⁴⁰ expose deux groupes de conditions cumulatives qui soit sont des conditions de pure procédure(1°) soit tiennent à la nature de la formule (2°).

1°La première condition est que le *iudicium* soit *legitimum*⁸⁴¹; la formule, comme programme du procès et comme instruction donnant au juge le pouvoir de trancher un

⁸⁴⁰ IV, 103-107

litige, doit être « légitime », et non « *imperio continens* »⁸⁴², ne pas reposer uniquement sur l'*imperium* donné d'un préteur.

Pour cela, il y a trois conditions cumulatives de pure procédure qui ne concernent pas la substance de l'action: il faut que les parties, ainsi que le juge, aient la citoyenneté romaine; que le procès se déroule à moins d'un mille de Rome; qu'il n'y ait qu'un seul juge, et non plusieurs récupérateurs.

Cette distinction entre *iudicia legitima* et *iudicia imperio continentia* a au demeurant une portée propre, indépendamment de la substance du droit litigieux, concernant la péremption de l'instance: les *iudicia imperio continentia* donnent seulement pouvoir au *iudex* de trancher aussi longtemps que celui qui les a délivrés conserve son *imperium*; à l'inverse, les *iudicia legitima* ne sont périmés qu'au bout de 18 mois en vertu de la *lex Iulia*, et très vraisemblablement ne connaissent aucune péremption avant cette loi.

Il est plus difficile en revanche de savoir si la distinction même remonte aux *leges Iuliae*, si du moins les conditions d'un *iudicium legitimum* n'étaient pas uniquement de pure procédure avant ces lois, ou bien si cette distinction remonte à l'époque de la *lex Aebutia*, qui n'aurait déjà fixé que des critères de pure procédure, de manière à « légitimer » la procédure formulaire en faisant des « *iudicia* » (formules) des actes légitimes à certaines conditions⁸⁴³, équivalant totalement à un *modus agendi* oral (*legis actio*).

Quoi qu'il en soit, pour que s'opère la consommation *ipso iure* de l'action, il faut que le *iudicium* soit *legitimum*: en d'autres termes pour que la formule soit un acte légitime qui puisse opérer une pareille consommation, il existe des conditions cumulatives de pure procédure, mais qui ne sont pas encore suffisantes à elles seules.

⁸⁴¹ IV,104. *Legitima sunt iudicia, quae in urbe Roma uel intra primum urbis Romae miliarium inter omnes ciues Romanos sub uno iudice accipiuntur; eaque e lege Iulia iudiciaria, nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant. et hoc est, quod uulgo dicitur e lege Iulia litem anno et sex mensibus mori.*

⁸⁴² IV. 105. *Imperio uero continentur recuperatoria et quae sub uno iudice accipiuntur interueniente peregrini persona iudicis aut litigatoris; in eadem causa sunt, quaecumque extra primum urbis Romae miliarium tam inter ciues Romanos quam inter peregrinos accipiuntur. ideo autem imperio contineri iudicia dicuntur, quia tamdiu ualent, quamdiu is, qui ea praecepit, imperium habebit.*

⁸⁴³ Voir TALAMANCA, *Riordinamento*, p. 194 ss., qui considère que les effets « civils » avait pour prérequis que la prétention soit fondée *iure ciuili*.

2° Pour que s'opère la consommation *ipso iure*, la nature de la formule est là encore déterminante⁸⁴⁴.

Il faut tout d'abord qu'elle soit *in personam*: cela exclut du champ de la consommation *ipso iure* toutes les actions réelles, qu'elles soient civiles ou prétoriennes; c'est une particularité remarquable de la procédure formulaire, puisque Gaius nous explique que dans le procès *per legis actiones* la préclusion processuelle, si elle devait avoir lieu, s'opérerait *ipso iure* même en cas d'action réelle⁸⁴⁵.

Enfin, c'est le point le plus important, il faut que la formule soit *in ius*. La consommation *ipso iure* ne peut donc jamais résulter de plein droit de la délivrance d'une formule *in factum*.

Toutefois, il est à noter que la formule n'a pas nécessairement à être directe (et donc la formule *in ius* n'a pas nécessairement à exprimer une action civile). En effet, à époque tardo-classique du moins, la délivrance d'une formule à transposition de noms permet de consumer de plein droit l'action⁸⁴⁶. Et cela s'explique fort bien: c'est l'expression d'un *ius* dans l'*intentio* qui opère la *deductio in iudicium*. Donc l'*intentio in ius* consume l'obligation même si les formules à transposition de noms expriment des voies de droit reposant sur le pouvoir de juridiction du préteur⁸⁴⁷.

Ainsi, un *iudicium legitimum* conçu *in ius* et *in personam* entraîne comme conséquence la consommation *ipso iure* de l'action.

2. La sanction de la consommation *ipso iure*: l'impossibilité de réclamer l'*eadem res*

La sanction de cette consommation *ipso iure* de l'action est, envisagée abstraitement, l'impossibilité de plein droit d'intenter une nouvelle action *de eadem re* (1°), ce qui se répercute concrètement au niveau de la procédure dans la phase *in iure* (2°).

⁸⁴⁴ IV, 107. *Si uero legitimo iudicio in personam actum sit ea formula, quae iuris ciuilis habet intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio superuacua est; si uero uel in rem uel in factum actum fuerit, ipso iure nihilo minus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei iudicatae uel in iudicium deductae.*

⁸⁴⁵ IV, 108. *Alia causa fuit olim legis actionum. nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat; nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.*

⁸⁴⁶ Dig. 14.3.11.7 Ulpianus 28 ad ed. *Si institoria recte actum est, tributoria ipso iure locum non habet (...)*

⁸⁴⁷ Il est en revanche plus difficile de savoir ce qu'il en allait dans le cas de formules fictives: nous ne possédons, à notre connaissance, aucun texte qui permette de trancher la question, même si personnellement nous pencherions vers une exclusion de la consommation *ipso iure*, puisque l'*oportere* est exprimé à l'irréel du présent.

1° Comme nous le montre Gaius lui-même, cette impossibilité de plein droit d'intenter une nouvelle action *de eadem re* signifie qu'il est impossible d'intenter la même action, mais aussi impossible en principe d'intenter une autre action *de eadem re*. A l'inverse, si les conditions de la consommation *ipso iure* ne sont pas remplies, on peut encore agir de plein droit pour la même action.

-Gaius nous le souligne lui-même lorsqu'il aborde la nécessité des *praescriptiones*, et cela semble aller de soi, la *deductio in iudicium* empêche d'agir à nouveau selon la même action, et pour cause, on l'a perdue en agissant. Ainsi, si celui qui avait stipulé d'autrui des paiements échelonnés agit par une action *ex stipulatu* pour réclamer le paiement des dettes arrivées à échéance, il n'aura plus d'action pour réclamer ultérieurement le paiement des dettes futures: il aura tout simplement perdu son *ius persequendi*.

-Cette consommation *ipso iure* emporte aussi comme conséquence l'impossibilité d'intenter une autre action *de eadem re*. Ainsi, en principe, une action *reipersécutoire* empêchera d'intenter une autre action *reipersécutoire* s'il y a identité d'objet, de cause et de parties au rapport juridique: l'*intentio* de la première action a totalement éteint le rapport. Par ailleurs, si j'agis par l'*actio furti*, je n'ai plus d'action et ne puis agir par l'action *ui bonorum raptorum*. La seule limite à cette règle, et qui est cohérente, est que certaines actions n'ont par essence pas le même objet que d'autres: ainsi, une action *reipersécutoire* n'empêche jamais d'intenter une action pénale. Mais ce concours cumulatif tient à la différence d'objet: il n'y a pas d'*eadem res*⁸⁴⁸, puisque dans un cas on réclamera la *res ipsa*, dans l'autre cas la *poena*.

-*a contrario*: si les conditions (*iudicium legitimum*, formule *in ius in personam*) ne sont pas remplies, l'action ne se périmé pas automatiquement. Les règles civiles de la procédure n'empêchent pas alors de plein droit d'agir à nouveau. Et c'est ce que rappelle Gaius en IV,107: du point de vue du *ius civile*, les *iudicia imperio continentia* ou les formules qui ne sont pas *in ius* et *in personam* n'éteignent jamais de plein droit l'action.

Ces règles ont une répercussion concrète dans la phase *in iure*.

⁸⁴⁸ RZ; p.302 ss.; p.305.

2° Lorsque les conditions de la consommation *ipso iure* ne sont pas remplies, c'est par une voie prétorienne qu'on pourra faire valoir l'autorité de la chose jugée ou déduite en justice.

La sanction la plus évidente sera l'insertion d'une *exceptio rei iudicatae uel in iudicium deductae*⁸⁴⁹, comme nous le rappelle Gaius⁸⁵⁰: pour faire valoir l'autorité de chose jugée, le plaideur ne doit pas oublier de faire insérer, durant la phase *in iure*, cette exception. Significativement, au titre 44.2 du Digeste, alors même que dans la *cognitio extra ordinem* l'intérêt de la distinction entre deux manières de faire valoir l'autorité de chose jugée ou déduite en justice est quasi nul, l'essentiel des textes que les compilateurs ont pu recueillir sur l'*exceptio rei iudicatae* traitent d'actions *in rem*.

L'autre voie peut être simplement celle de la *denegatio actionis*, du refus d'action, dont on trouve des exemples au Digeste⁸⁵¹: le préteur ne délivrera pas de formule. Sans doute faut-il que le caractère d'action « *de eadem re* » soit manifeste et qu'il ne fasse nul doute que l'affaire portée devant le préteur était exactement la même que dans une action précédente, sans quoi il laisserait le soin de trancher cette question au *iudex*, par le jeu de l'exception insérée dans la formule.

A l'inverse, la consommation *ipso iure* de l'action signifie que le demandeur n'a plus de *ius persecuendi*, et ce de plein droit. La sanction effective de cette absence d'action peut se répercuter à deux niveaux. Soit l'affaire apparaît tellement simple que le préteur va là encore refuser de rendre une formule: cela pourrait s'apparenter à une *denegatio actionis* en ce qu'aucune formule ne sera délivrée, mais techniquement, ce n'est pas une *denegatio actionis*; le préteur n'interpose pas sa *iurisdictio* pour paralyser l'action, puisque tout simplement il ne fait que constater que le demandeur n'a pas d'action. Soit tout simplement, en cas de délivrance d'une formule pour une seconde action, le défendeur sera dispensé d'insérer une exception pour faire valoir que le litige avait déjà été tranché, en tout ou en partie, même sur le fondement d'une autre action: car alors, le demandeur « *inutiliter intendit* »: l'idée d'« *intentio inutilis* » se rapproche largement de l'idée de « *stipulatio inutilis* » et la formule sera délivrée, mais elle ne liera pas valablement les parties; ce sera toutefois au juge d'en décider, dans la phase *apud iudicem*. Cette situation devait être de loin la plus fréquente lorsque la seconde action intentée au mépris de la chose jugée ou déduite en justice

⁸⁴⁹ Pour le débat concernant l'existence dans l'album d'une exception unique ou de deux exceptions distinctes, voir RZ, p.302.

⁸⁵⁰ IV, 106-107

n'était pas la même, ou plus généralement lorsqu'il était difficile de trancher la question de l'*eadem res* dès la phase *in iure*. Ces règles ne sont pourtant pas que de pure procédure comme le montre le livre III des *Institutes*.

3. La règle exposée au livre III des *Inst.*: le fondement de la règle dans l'idée d'obligation civile.

Cette règle de la consommation *ipso iure* de l'obligation par la *litis contestatio* trouve sa place dans la théorie des modes civils d'extinction des obligations, à laquelle appartiennent les *iudicia legitima* (1°) et c'est pourquoi elle ne se trouve appliquée qu'à des obligations civiles (2°).

1° Au livre III des *Institutes*⁸⁵², Gaius expose la règle de la consommation *ipso iure* de façon beaucoup plus lapidaire qu'au livre IV, lorsqu'il finit de développer les modes civils d'extinction des obligations (*solutio, acceptilatio, solutio per aes et libram, nouatio, litis contestatio*). Les obligations, nous dit-il, se consomment par la *litis contestatio* dans un *iudicium legitimum*.

-L'expression de l'obligation dans l'*intentio* a éteint cette même obligation, tout comme l'obligation née d'un *mutuum* ou d'un legs peut être éteinte et déduite dans les termes d'une stipulation: le *debitor* est devenu un *reus* qui, formellement, n'est tenu que par la formule. C'est encore le langage employé par Gaius au livre IV, lorsqu'il présente les inconvénients de l'action *incerti*⁸⁵³. C'est encore le sens de la règle des *ueteres* « *ante litis contestationem dari oportere, post litiscontestationem condemnari oportere* ».

⁸⁵¹ Sur les rapports entre *denegatio* et *exceptio*, voir A.METRO, *La denegatio actionis*, p.76

⁸⁵² III,180-181. 180. *Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. nam tunc obligatio quidem principalis dissoluitur, incipit autem teneri reus litis contestatione. sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri. et hoc est, quod apud ueteres scriptum est ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere. 181. Unde fit, ut si legitimo iudicio debitum petiero, postea de eo ipso iure agere non possim, quia inutiliter intendo DARI MIHI OPORTERE, quia litis contestatione dari oportere desiit, aliter atque si imperio continenti iudicio egerim; tunc enim nihilo minus obligatio durat, et ideo ipso iure postea agere possum, sed debeo per exceptionem rei iudicatae uel in iudicium deductae summoueri. quae autem legitima sint iudicia et quae imperio continentia, sequenti commentario referemus.*

⁸⁵³ IV,131 *alioquin si sine hac praescriptione egerimus, ea scilicet formula, qua incertum petimus, cuius intentio his uerbis concepta est: QUID QUID PARET NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTERE, totam obligationem, id est etiam futuram, in hoc iudicium deducimus, (...).*

-Mais c'est une formule créant une instance qui remplit certaines conditions imposés par la loi qui peut seule être rangée parmi ces modes civils d'extinction des obligations. Si le *iudicium* est *imperio continens*, alors, « *obligatio durat* », et l'on ne peut dire, *stricto sensu*, que le demandeur a perdu son *ius persecuendi*. Seules les formules qui remplissent certains prérequis définis par la loi (*iudicia legitima*) sont un mode d'extinction des obligations, au même titre que la *deductio in stipulationem*.

La différence de régime entre *iudicia legitima* et *iudicia imperio continentia* est bien sûr en partie troublante: pourquoi seules les instances à moins d'un mille de Rome, avec *iudex unus* et entre citoyens romains ont-ils pareil effet extinctif? On peut chercher une réponse à travers la portée principale de la distinction *iudicia legitima/iudicia imperio continentia*. Si, à l'origine, elle concernait uniquement la péremption de l'instance, et qu'avant la *lex Iulia*, les *iudicia legitima* ne perdaient jamais leur efficace juridique une fois délivrés, tandis que les *iudicia imperio continentia* n'investissaient le juge de son pouvoir qu'aussi longtemps que durait l'*imperium* de celui qui les avait délivrés, alors il n'y avait aucune raison de considérer que de pareils actes juridiques, qui avaient une valeur temporaire, voire précaire, avaient le pouvoir d'éteindre des obligations du *ius ciuile*, indépendantes dans leur existence du pouvoir de juridiction du préteur; a contrario, celles qui rencontraient les prérequis sévèrement imposés par la loi pouvaient être considérés comme des *actus legitimi*, donc des actes du *ius ciuile*, de nature à pouvoir éteindre un lien reconnu et régi par le *ius ciuile*. De surcroît, si le pouvoir du *iudex* ne reposait que sur l'*imperium* du préteur ou du gouverneur, et puisque l'*imperium* ne peut, en aucune manière, éteindre un *ius* en principe reconnu et protégé par la loi, le préteur devait par d'autres moyens assurer l'autorité de chose jugée ou déduite en justice, en d'autres mots par sa *propria iurisdictio*, en délivrant des exceptions, mais personne ne pouvait dire *stricto sensu* que la formule délivrée par le titulaire de l'*imperium* avait pu éteindre à elle seule, en vertu de cet *imperium*, un *ius* du citoyen romain: la limite juridique se réclamait, pour ainsi dire, d'une limitation politique de l'*imperium* du magistrat chargé de dire le *ius*, limitation qui avait déjà eu un précédent dans la loi des XII tables⁸⁵⁴.

Cet effet extinctif ne peut bien entendu s'appliquer qu'à des obligations civiles.

⁸⁵⁴ Voir sur la question M.HUMBERT

2° Une formule ne peut éteindre et nover que des obligations civiles. Il est à ce titre intéressant de noter la différence de présentation de la règle entre le livre III et le livre IV⁸⁵⁵.

Au livre III, Gaius n'apporte qu'une distinction minimale pour comprendre quand l'action se consume *ipso iure*: il faut que le *iudicium* soit *legitimum*. Mais il ne précise pas, comme il le fera au livre IV, qu'il faut que la formule soit *in ius* et *in personam*, et pour cause: dans son propos, il ne s'agit que d'extinction des obligations. Cela prouve que pour lui la notion d'*obligatio* implique ou présuppose, originairement, une formule *in ius in personam*.

La règle n'a donc de sens que si la première action est exprimée dans une formule *in ius in personam*, et ce parce qu'on y identifie un *ius* (a), et un lien personnel (b).

(a) Ainsi, les formules *in factum* ne pouvaient, par essence, opérer de *deductio in iudicium*: elle ne sont pas l'expression d'un *ius*, elle n'expriment qu'un fait. Significativement, lorsque Gaius présente la règle au livre III, il n'a pas besoin de préciser qu'elle ne s'appliquera pas aux formules *in factum*: dans la mesure où il parle d'extinction des obligations, il va de soi pour lui (ou pour son maître) que ces obligations sont exprimées dans une formule *in ius*, avec un *praestare oportere*. Cette économie de détails dans la présentation de la règle montre donc a contrario que pour le Gaius des *Institutes*, une *obligatio* est nécessairement une *obligatio iuris civilis*, et que l'idée d'obligation prétorienne est encore pour lui (ou pour son modèle, que ce soit Sabinus ou un autre) une contradiction terminologique: la règle ne peut s'appliquer que là où est identifiée une obligation civile. Le Gaius d'Autun⁸⁵⁶ donne une explication plus concrète de cette exclusion des formules *in factum* du champ de la consommation *ipso iure*: une obligation peut être éteinte par un acte légitime telle que la délivrance d'une formule, mais exprimer qu'un fait a eu lieu ne peut en aucune manière anéantir ce fait⁸⁵⁷: on ne peut éteindre ou nover des faits, mais seulement des liens de droit. La seule manière, donc, de faire valoir l'autorité de chose jugée dans une formule *in factum*, sera une voie purement prétorienne et qui ne concerne pas la substance du droit, à savoir l'exception ou la *denegatio actionis*.

(b) La règle ne s'applique pas non plus lorsque la première action est une action réelle, et pour cause: le lien personnel que créent la formule et la *litis contestatio* peut

⁸⁵⁵ Voir, A. GIFFARD, *Etudes de droit romain*, 1972, p.

⁸⁵⁶ *Fragments d'Autun IV*, 97-114.

⁸⁵⁷ *Ibid.*, IV, 111: (...) *et in actum actio non consumitur quia quod factum est infectum fieri non potest*

éteindre et transposer dans un nouveau rapport un lien personnel précédent, exprimé dans l'*intentio*, mais en aucune manière il ne peut éteindre un droit réel: l'*intentio* « *esse ex iure quiritium* » ne saurait être comptée parmi les modes extinctifs des droits réels, et l'expression d'un droit réel opposable *erga omnes* dans un acte qui ne va lier que deux parties (la formule légitime) ne saurait en aucune manière le supprimer. Personne ne perd son *ius ad rem* lorsqu'il tente de le faire reconnaître face à une autre partie; c'est pourquoi, c'est seulement pour des motifs de procédure, d'équité et de bonne administration de la justice que le prêteur délivrera dans une seconde action une exception de chose jugée; mais la première formule délivrée ne saurait par elle-même affecter un droit réel, en principe opposable *erga omnes*. D'où l'explication concrète du Gaius d'Autun: le *dominus* ne perd pas un droit sur la chose en l'exprimant, puisqu'il peut énoncer autant de fois qu'il veut sa prétention sur la chose⁸⁵⁸. D'ailleurs, on ne peut « nover » non plus des droits réels.

Si nous résumons donc, la consommation *ipso iure* de l'action par la *litis contestatio* est un mode d'extinction des obligations *iuris ciuilis*, possible sous certaines conditions (*iudicium legitimum*); si l'on excepte le cas des formules à transpositions de noms, seules les actions civiles personnelles peuvent être ainsi éteintes ; là où il s'applique, il présuppose une *obligatio iuris ciuilis* à éteindre et à « nover ». Comment la jurisprudence classique applique-t-elle alors cette règle aux actions de bonne foi?

2.1.2.2.1.2. *La règle appliquée aux formules ex fide bona: la consommation ipso iure (B)*

Concernant les actions de bonne foi, l'application de cette règle montre indéniablement qu'elles sont civiles. Car les formules *ex fide bona* consomment en principe l'obligation *ipso iure* (1), malgré quelques dérogations apparentes dans la compilation(2).

⁸⁵⁸ *Ibid.* IV,109: (...) *Tamdiu potest tibi competere actio, quamdiu dominus es: nam recte dominus quandoque dicit SI PARET ILLAM REM MEAM ESSE EX IURE QUIRITIUM*(...)

1. Le principe de la consommation *ipso iure*

La consommation *ipso iure* des actions de bonne foi est la règle, tant aux dires de Gaius (1°) que d'autres jurisconsultes cités au Digeste (2°).

1° A elle seule, la présentation des contrats consensuels au livre III, peu avant la présentation des modes civils d'extinction des obligations, présuppose que les *actiones empti, uenditi, locati conducti, pro socio et mandati* entrent dans le champ d'application de cette règle et sont donc des actions civiles personnelles: car nulle part Gaius ne mentionne que ce mode civil d'extinction des obligations s'appliquerait restrictivement à une catégorie particulière d'obligations, comme il le fait pour la *solutio per aes et libram* ou pour l'*acceptilatio*. Mais Gaius le manifeste encore incidemment au livre IV, lorsqu'il présente l'intérêt des *praescriptiones pro actore*⁸⁵⁹. L'expression de Gaius est limpide: en agissant purement et simplement *ex empto* pour obliger le vendeur à manciper un fonds, l'acheteur s'expose au risque de ne plus pouvoir agir *ex empto* pour se voir délivrer la *uacua possessio* de la chose. Il explique ce mécanisme vicieux propre aux actions à *intentio incerta*: tout le *ius (totius illius iuris)* et tout le contenu de l'obligation *ex empto* sont consumés par l'*intentio* de l'*actio empti* qui, en les exprimant, les a éteints: aussi l'*actor* n'a-t-il plus d'*actio*, de *ius persequendi (nulla supersit actio)*. Il parle donc bien de consommation *ipso iure* à propos de l'*actio empti*.

Mais Gaius n'est pas le seul à nous montrer ainsi, indirectement, la nature civile des actions de bonne foi, en montrant que ces actions se consomment *ipso iure* par la délivrance de la formule. Citons-en quelques exemples.

2° En premier lieu, dans son commentaire à Sabinus, Paul nous rappelle l'opinion de Proculus, à propos du concours des actions *pro socio* et *communi diuidundo*, pour récupérer les impenses faites à raison des *res communes*⁸⁶⁰. Par l'expression « *altera actione alteram tolli* », Proculus signifie la consommation *ipso iure* de l'action

⁸⁵⁹ IV,131a. *Item si uerbi gratia ex empto agamus, ut nobis fundus mancipio detur, debemus hoc modo praescribere: EA RES AGATVR DE FVNDO MANCIPANDO, ut postea, si uelimus uacuum possessionem nobis tradi, [.] vv. I 1/4] re sumus, totius illius iuris obligatio illa incerta actione: QVIDQVID OB EAM REM NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTET, per intentionem consumitur, ut postea nobis agere uolentibus de uacua possessione tradenda nulla supersit actio.*

lorsqu'on l'intente l'autre: il n'y aura nul besoin d'insérer une *exceptio rei iudicatae uel in iudicium deductae*. Le propos de Proculus n'a d'ailleurs rien d'original, et il ne faut pas lui prêter le ton de la nouveauté. D'ailleurs, à supposer qu'il y ait nouveauté, ce n'est pas du tout sur la manière de faire valoir l'autorité de chose jugée, c'est plutôt de savoir s'il y a concours cumulatif ou électif entre ces deux actions. D'ailleurs, une apparente divergence semblait porter sur ce point, puisqu'Ulpian semble justement considérer que les deux actions ne portent pas exactement sur l'*eadem res*, et donc que l'*actio communi diuidundo* n'empêche pas d'intenter l'*actio pro socio*⁸⁶¹. Mais il semble exister un dénominateur commun entre les opinions divergentes, c'est que, s'il devait y avoir concours électif, il y aurait consommation *ipso iure*. Au demeurant, les deux opinions ne sont pas nécessairement contradictoires: lorsque l'*actio communi diuidundo* est intentée dans sa fonction adjudicatrice, elle ne peut être considérée comme extinctive de l'*actio pro socio*, et ces actions se consomment l'une l'autre uniquement lorsqu'elles sont intentées pour récupérer les impenses (car la formule de l'*actio communi diuidundo* possède elle aussi une *intentio in ius incerta* et une *condemnatio*).

De la même manière, lorsqu'Ulpian parle du concours cumulatif entre l'*actio furti* et l'*actio pro socio*⁸⁶² dans son commentaire à Sabinus, il ne dit pas que l'une ne pourrait bloquer l'autre par voie d'exception, mais il emploie la même tournure « *nec altera alteram tollet* »: car, s'il devait y avoir concours seulement électif (ce qui n'est pas le cas), sa sanction serait naturellement la *consumption ipso iure* d'une action par l'autre, ce qui présuppose qu'il s'agit de deux actions civiles personnelles. Le texte généralise la règle à toutes les actions de bonne foi (*idemque in omnibus bonae fidei iudiciis dicendum erit*). Malgré les suspicions d'interpolation qui pèsent sur cette généralisation, le texte de Paul qui suit⁸⁶³, étend au moins la règle à l'*actio mandati*, à l'*actio locati* et à l'*actio negotiorum gestorum* ainsi qu'à l'*actio tutelae*. Dans la

⁸⁶⁰ Dig. 17.2.38.1 Paulus 6 ad Sab. *Si tecum societas mihi sit et res ex societate communes, quam impensam in eas fecero quosve fructus ex his rebus ceperis, vel pro socio vel communi dividundo me consecuturum et altera actione alteram tolli proculus ait.*

⁸⁶¹ Dig. 17.2.43 Ulpianus 28 ad ed. *Si actum sit communi dividundo, non tollitur pro socio actio, quoniam pro socio et nominum rationem habet et adiudicationem non admittit. sed si postea pro socio agatur, hoc minus ex ea actione consequitur, quam ex prima actione consecutus est.*

⁸⁶² Dig. 17.2.45 Ulpianus 30 ad sab. *Rei communis nomine cum socio furti agi potest, si per fallaciam dolove malo amovit vel rem communem celandi animo contrectet: sed et pro socio actione obstructus est, nec altera actio alteram tollet. idemque in omnibus bonae fidei iudiciis dicendum est.*

⁸⁶³ Dig. 17.2.46 Paulus 6 ad sab. *Idem est et in colono et in eo qui negotia gerit et qui mandatum nostrum exsequitur et in tutore.*

mesure où les deux commentaires à Sabinus, celui de Paul et celui d'Ulpien traitaient sans doute du même passage de Sabinus concernant la société, et que les deux juristes Sévériens précisent que la règle s'applique aux autres *iudicia bonae fidei*, on peut considérer que cette opinion sur l'*actio pro socio* et l'*actio furti* est quasiment une reprise textuelle de Sabinus: c'est donc lui qui présupposait que s'il y avait eu concours électif (ce qu'il rejetait), la consommation se serait nécessairement opérée *ipso iure* si le *iudicium* était *legitimum*. Aussi considérait-il l'*actio pro socio*, (tout comme l'*actio furti nec manifesti*) comme une action personnelle civile.

Paul à son tour présuppose que les actions de bonne foi consomment *ipso iure* l'action, comme le montre son raisonnement autour du champ d'application de l'*exceptio iurisiurandi*⁸⁶⁴. Considérant le cas d'un serment décisoire prêté par le défendeur, avant même que ne soit délivrée la formule, Paul précise que ce serment donne droit pour le défendeur à une *exceptio iuris iurandi*, non seulement si l'on intente ensuite l'action pour laquelle le serment décisoire avait été déféré, mais encore s'il s'agit d'une autre action par laquelle on chercherait à réclamer la même créance sur laquelle portait ce serment décisoire. Il donne comme exemple de serment décisoire celui qui aurait bloqué l'*actio mandati*, l'*actio negotiorum gestorum*, ou l'*actio pro socio*. Si le même demandeur, astucieux, intente par la suite, pour la même créance, non pas l'*actio mandati*, l'*actio pro socio*, ou l'*actio negotiorum gestorum*, mais une *condictio certi*, le défendeur pourra utiliser là encore l'*exceptio iuris iurandi*. La justification donnée alors par Paul est analogique: l'*exceptio iuris iurandi* vaudra aussi pour la *condictio*, parce que si la première action avait été effectivement intentée, elle aurait consumé de plein droit la possibilité d'une *condictio*. Le langage qu'il emploie montre donc que ces trois actions, l'*actio mandati*, l'*actio pro socio* et l'*actio negotiorum gestorum*, qui sont toutes trois des actions de bonne foi, éteignent de plein droit la *condictio* intentée pour la même cause.

Un extrait d'Africanus⁸⁶⁵ confirme encore cette vue. Deux personnes avaient un fonds commun et s'accordèrent pour se le louer mutuellement et alternativement,

⁸⁶⁴ Dig. 12.2.28.4 Paulus 18 *ad ed.* *Exceptio iurisiurandi non tantum si ea actione quis utatur, cuius nomine exegit iusiurandum, opponi debet, sed etiam si alia, si modo eadem quaestio in hoc iudicium deducatur, forte si ob actionem mandati negotiorum gestorum societatis ceterasque similes iusiurandum exactum sit, deinde ex isdem causis certum condatatur, quia per alteram actionem altera quoque consumitur.*

⁸⁶⁵ Dig. 19.2.35.1 Africanus 8 quaest. *Cum fundum communem habuimus et inter nos convenit, ut alternis annis certo pretio eum conductum haberemus, tu, cum tuus annus exiturus esset, consulto fructum insequentis anni corrupisti. Agam tecum duabus actionibus, una ex conducto, altera ex locato: locati enim iudicio mea pars propria, conducti autem actione tua dumtaxat propria in iudicium venient. Deinde ita notat: nonne quod ad meam partem attinebit, communi dividendo*

d'une année sur l'autre, mais l'un des deux a sciemment corrompu la possibilité de récolte pour l'année suivante⁸⁶⁶. Selon Africanus, une telle convention était possible: l'autre pourra agir, pour moitié par l'*actio conducti* (en effet, en tant que *locator*, il devait lui fournir l'*uti frui licere*), pour moitié par l'*actio locati* (en tant que *conductor*, il devait lui restituer la chose louée en bon état). Le sujet de « *notat* » (très vraisemblablement Julien⁸⁶⁷) se demande si, pour le dommage causé à sa part à lui, il ne pourra pas aussi exiger réparation par l'*actio communi diuidundo*. Alors Africanus précise qu'il est cependant d'accord avec Servius, dont l'opinion était exprimée par la première partie du texte, mais il ajoute pour sa part une réserve que, s'il intente l'une ou l'autre action (*actio communi diuidundo* ou *actio ex locato*), l'autre « *peremittitur* »: il pose un concours électif entre les deux actions pour la poursuite du *damnum*. Par ce verbe, « *peremi* » la consommation *ipso iure* de l'action s'observe même entre l'*actio locati* et l'*actio communi diuidundo*: si j'agissais *ex locato*, l'obligation qui naîtrait du *damnum* serait éteinte *ipso iure* par la *deductio in iudicium* et m'empêcherait d'en réclamer réparation par l'*actio communi diuidundo*, tout comme le note Proculus entre l'*actio pro socio* et l'*actio communi diuidundo*⁸⁶⁸.

La règle de la consommation *ipso iure* semble donc établie et ne faire aucun doute, ni pour Proculus ou Sabinus, ni pour Ulpien ou pour Paul, ni pour Africanus, même s'il existe des dérogations apparentes dans la compilation.

praestabitur a te mihi damnum? Recte quidem notat, sed tamen etiam Servi sententiam veram esse puto, cum eo scilicet, ut, cum alterutra actione rem servaverim, altera perematur. (...)

⁸⁶⁶ Voir R.FIORI, *Locatio conductio*, p.230 ss.

⁸⁶⁷ Voir R.FIORI, *op.cit.*, *loc.cit.*

⁸⁶⁸ L'adhésion, que manifeste Africanus, à l'opinion de Servius, identifié sans peine comme le grand juriste tardo-républicain, pourrait peut-être même être une attestation indirecte de ce que la formule de l'*actio locati* consumait selon lui de plein droit l'obligation. Nous avons déjà vu qu'il considérait sans doute, aux dires de Gaius, que le mandat générait une véritable *obligatio*. Il est donc parfaitement naturel qu'il voit derrière l'*actio locati* une formule d'action civile dont la délivrance éteint l'obligation et assure de plein droit l'autorité de chose déduite en justice dans un second contentieux éventuel.

2. Les dérogations apparentes dans la compilation

Dans certains cas, il semblerait qu'une action de bonne foi ne consomme pas de plein droit toute nouvelle possibilité d'*actio de eadem re*, mais qu'il faille insérer dans la formule d'une seconde action l'exception de chose jugée ou déduite en justice. Ce ne sont que des dérogations apparentes.

Elles ne sont nullement dues au fait que l'*intentio* des actions de bonne foi ne serait pas une *intentio iuris ciuilis*, mais bien au fait qu'il manque certains autres prérequis pour qu'il y ait consommation *ipso iure*. Les textes du Digeste qui manifestent ainsi un échec de la seconde action *exceptionis ope* et non *ipso iure*, s'expliquent soit du fait qu'il s'agissait d'une formule *in factum* doublon d'une action de bonne foi (1°), soit du fait qu'il s'agissait d'un *iudicium imperio continens* (2°), soit du fait qu'il existe un régime distinct concernant l'effet de l'action directe sur l'action contraire (3°).

1° Nous ne citerons que trois de ces cas, où il s'agit vraisemblablement d'une formule *in factum*.

En premier lieu, Javolenus, commentant Cassius, élève de Sabinus, considère le cas d'un concours électif entre l'action de commodat et l'*actio furti nec manifesti*, si le commodataire a volé la chose⁸⁶⁹. Si le commodant a d'abord intenté l'*actio furti*, l'*actio commodati* est éteinte de plein droit; en revanche, s'il a intenté l'*actio commodati*, l'*actio furti* n'est pas éteinte de plein droit, mais sera repoussée par voie d'exception (de chose jugée ou déduite en justice). La nécessité d'une exception est due au fait qu'il ne s'agit pas de la formule *in ius* de commodat, rangée par Justinien dans les actions de bonne foi. Au contraire, il s'agit de sa formule *in factum*, qui était sinon la seule que connaissait très vraisemblablement Cassius, du moins celle qu'il privilégiait; dès lors, il était naturel que la consommation de toute action ultérieure ne s'opérât pas de plein droit. Et à supposer même qu'on veuille faire remonter la formule *in ius* de l'action de commodat à l'époque de Cassius, il parlait malgré tout nécessairement de sa formule *in factum*. En effet, s'il s'agissait de la formule *in ius*, qui exprimerait donc une action réipersécutoire, le texte contreviendrait totalement au principe du concours cumulatif des actions pénales et réipersécutoires, et notamment du concours entre l'*actio furti* et les actions de bonne foi exprimé par Paul en

17.2.45⁸⁷⁰. En revanche, il est beaucoup plus plausible, et même probable, que la formule *in factum* du commodat soit quant à elle plus neutre quant à la division entre actions pénales et actions réipersécutoires, et qu'on considère qu'elle est en concours simplement électif avec l'*actio furti*: simple remède prétorien, elle ne pouvait se cumuler avec une véritable action civile. Et pour faire valoir ce concours simplement électif, il faut nécessairement l'*exceptio rei in iudicium deductae*.

Lorsque Paul à son tour envisage l'action de dépôt intentée contre un héritier du dépositaire et examine son effet préclusif éventuel au bénéfice des autres héritiers⁸⁷¹, il raisonne en termes d'*exceptio rei iudicatae*. Mais il mentionne sans doute la formule *in factum*, et c'est pourquoi il est aussi insistant sur la mention explicite du *dolus malus* qui y figurait⁸⁷². Aussi la question de la préclusion de l'action se pose-t-elle nécessairement en termes d'*exceptio rei iudicatae*. Mais il ne s'agit nullement de la formule *in ius* de l'*actio depositi*.

C'est ce qui ressort encore d'un rescrit de l'empereur Gordien⁸⁷³. Dans le cas où l'on réclamerait et obtiendrait par l'action de dépôt la seule condamnation à la valeur du dépôt (ici en argent), on ne pourra réclamer les intérêts par une seconde action, qui sera bloquée *exceptionis ope*. Point n'est besoin de considérer qu'il s'agit d'une interpolation ou que l'empereur Gordien parlait déjà d'une *cognitio extra ordinem*, encore que cela soit possible. Ce rescrit, adressé très vraisemblablement à un citoyen de l'empire résidant loin de Rome, pourrait s'expliquer certes simplement: il s'agirait d'un *iudicium imperio continens*. Mais quand bien même il s'agirait d'un *iudicium legitimum*, il y a une explication fort simple à la nécessité d'une *exceptio rei iudicatae*. Dans la mesure où il est question de condamnation aux intérêts, la seconde action que comptait tenter le déposant était nécessairement une action de bonne foi. Mais en était-il de même pour la première? Si l'on considère que la première action

⁸⁶⁹ Dig. 47.2.72pr. Iavolenus 15 *ex cass. Si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit, agi cum eo et furti et commodati potest: et, si furti actum est, commodati actio exstinguitur, si commodati, actioni furti exceptio obicitur.*

⁸⁷⁰ A ce titre, nous ne partageons absolument pas l'opinion de G.FINAZZI, *Negotiorum gestio*, II, p.59-60, qui y voit la preuve qu'il s'agirait d'une action civile, ce que nous ne comprenons pas très bien: veut-il dire par là qu'il s'agirait a contrario d'une *actio furti* prétorienne?

⁸⁷¹ Dig. 44.2.22 Paulus 31 *ad ed. Si cum uno herede depositi actum sit, tamen et cum ceteris heredibus recte agatur nec exceptio rei iudicatae eis proderit: nam etsi eadem quaestio in omnibus iudiciis vertitur, tamen personarum mutatio, cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit. et si actum sit cum herede de dolo defuncti, deinde de dolo heredis ageretur, exceptio rei iudicatae non nocebit, quia de alia re agitur.*

⁸⁷² cf. encore Gaius *Inst.* IV,47.

⁸⁷³ CJ.4.34.4: *Imperator Gordianus. Si deposita pecunia is qui eam suscepit usus est, non dubium est etiam usuras debere praestare. sed si, cum depositi actione expertus es, tantummodo sortis facta condemnatio est, ultra non potes propter usuras experiri: non enim duae sunt actiones alia sortis alia usurarum, sed una, ex qua condemnatione facta iterata actio rei iudicatae exceptione repellitur. * Gord. a. Timocrati mil. * <>*

intentée pour le capital déposé était exprimée sous forme de formule *in factum*, le texte devient limpide. La séquence « *tantummodo sortis facta condemnatio* » désigne concrètement la conception de la *condemnatio* comme *pars formulae*, et non l'acte de condamnation par le *iudex*: le « *quanti ea res erit* » de la formule *in factum* vise bien la somme déposée, et c'est pourquoi la première action n'a dû aboutir qu'à une condamnation à la *sors*, c'est-à-dire au principal, parce que la formule *in factum* du dépôt ne permet pas de condamner aux intérêts moratoires. Le déposant, rusé, voudrait tenter une seconde action, cette fois l'action de dépôt *in ius ex fide bona* pour récupérer les intérêts, ce que lui refuse l'empereur en considérant qu'il ne bénéficiait que d'une seule action. Puisque la première action était sous forme de formule *in factum*, l'empereur a répondu très logiquement que l'échec de la seconde se produirait non pas *ipso iure*, mais par le jeu d'une exception.

2° Parfois, c'est une condition de pure procédure qui n'est pas remplie, rendant le *iudicium imperio continens* et nécessitant dans la seconde action l'emploi de l'*exceptio rei iudicatae uel in iudicium deductae*.

Ainsi, un texte de Julien en fait mention, à propos de l'*actio negotiorum gestorum* dirigée contre les curateur⁸⁷⁴. Le premier curateur d'un fou gérait mal ses affaires et n'avait pas fourni la *cautio rem furiosi saluam fore*, si bien qu'il fut démis de sa fonction par le proconsul et que le second curateur obtint sa condamnation en agissant contre lui au nom de la personne sous curatelle par l'*actio negotiorum gestorum*. Simplement, il avait lui aussi omis de donner bonne et suffisante caution pour sa gestion, ce qui l'empêchait de représenter valablement en justice le géré atteint de démence. Si les héritiers de ce fou sous curatelle décident à nouveau d'agir contre ce premier curateur, ce dernier tentera tout de même de leur opposer l'exception de chose jugée d'après le texte, et non la consommation de plein droit de l'action civile. L'explication de cette apparente anomalie nous est donnée par le texte lui-même. Ce premier curateur avait été démis de ses fonctions par un proconsul,

⁸⁷⁴ Dig. 27.10.7.2 Iulianus 21 Dig. *Cum dementis curatorem, quia satis non dederat et res male administraret, proconsul removerit a bonis aliumque loco eius substituerit curatorem, et hic posterior, cum nec ipse satisdedit, egerit cum remoto negotiorum gestorum, posteaque heredes dementis cum eodem negotiorum gestorum agant et is exceptione rei iudicatae inter se et curatorem utatur: heredibus replicatio danda erit: " aut si is qui egit satisdederat". sed an replicatio curatorum profutura esset, iudex aestimabit: nam si curator sequens pecuniam, quam ex condemnatione consecutus fuerat, in rem furiosi vertisset, doli triplicatio obstabit.*

donc un gouverneur de province: le *iudicium* ne se déroulait pas à moins d'un mille de Rome, et donc ne pouvait entraîner la perte *ipso iure* d'une action civile⁸⁷⁵.

Un cas plus complexe concerne l'action de tutelle, puisque deux textes de la même époque, l'un du Code, qui est une réponse de la chancellerie des Sévères⁸⁷⁶, l'autre dans le Digeste, qui est une réponse de Paul⁸⁷⁷, se réfèrent à un échec possible d'une seconde action par la voie d'une *exceptio rei iudicatae*, et non *ipso iure*. L'absence de consommation *ipso iure* peut fort bien s'expliquer comme dans le texte précédent. Le destinataire de la réponse de Paul tout comme le destinataire du rescrit étaient fort probablement dans une province, et le *iudicium* était nécessairement *imperio continens*, puisqu'il était à plus d'un mille de Rome; telle était la raison qui empêchait la consommation *ipso iure*. Rien ne le manifeste, certes, à la différence du cas précédemment examiné, mais la probabilité pour qu'un rescrit concerne un individu quelconque de l'Empire est bien plus élevée que le cas d'un citoyen résidant à Rome.

D.Mantovani⁸⁷⁸ s'est proposé de donner une explication plus structurelle à ces deux textes. En considérant la formule de l'action de tutelle dite « de Babatha », qui date de 121 ap. JC, et qui nomme des *xenokritai*, qui sont sans doute des *recuperatores*, il en a déduit que l'action de tutelle n'était jamais intentée devant un *iudex unus*, mais devant des *recuperatores*, ce qui rendait nécessairement ce *iudicium imperio continens*, et donc empêchait la consommation *ipso iure*. Sans doute son explication est-elle satisfaisante: toutefois, cela pourrait être une particularité apparue durant le Haut-Empire et qui ne s'est généralisée qu'après coup. Car certains textes semblent supposer que la délivrance de la formule *ex fide bona* de l'action de tutelle pouvait à l'origine consommer *ipso iure* toute action ultérieure. Par exemple, Paul dans son commentaire à Sabinus considère que si le pupille agit alors qu'il est encore impubère, « *nihil consumitur* »⁸⁷⁹: pour savoir si cette action que l'impubère a intentée aura quelque effet préclusif, il adopte le langage de la consommation *ipso iure*,

⁸⁷⁵ Voir en ce sens G.FINAZZI, *Negotiorum Gestio*, p.283-286.

⁸⁷⁶ CJ.3.1.2: *Imperatores Severus, Antoninus. Licet iudice accepto cum tutore tuo egisti, ipso iure actio tutelae sublata non est: et ideo si rursus eundem iudicem petieris, contra utilem exceptionem rei iudicatae, si de specie de qua agis in iudicio priore tractatum non esse adlegas, non inutiliter replicatione doli mali uteris. * Sev. et Ant. Aa. Valerio. * <a 210 pp. vi k. ian. faustino et rufo cons.>*

⁸⁷⁷ Dig. 26.7.46.5 Paulus 9 *Resp. Tutelae iudicio tutor conventus edidit librum rationum et secundum eum condemnatus solvit: postea cum a debitoribus paternis, quorum nomina libro rationum non inerant, exigere vellet pupillus, prolatae sunt ab his apochae tutoris: quaesitum est, utrum adversus tutorem an adversus debitores actio ei competat. paulus respondit, si tempore administrandae tutelae tutori tutelam gerenti debitores solvissent, liberatos eos ipso iure a pupillo: sed si cum tutore actum esset, posse eundem adulescentem propter eam causam tutelae experiri et adversus exceptionem rei iudicatae doli mali uti replicatione.*

⁸⁷⁸ *Le formule del processo romano*, p.57 n.62.

⁸⁷⁹ Dig. 27.3.4.2 Paulus 8 *ad Sab. Si adhuc impubes tutelae agat, nihil consumitur.*

et, en considérant que dans ce cas précis elle n'a pas lieu, il présuppose que la délivrance de la formule de l'action de tutelle est susceptible d'avoir cet effet consommatif de plein droit. Le même Paul envisage, dans une de ses réponses⁸⁸⁰, aussi bien la consommation *ipso iure* que l'*exceptio rei iudicatae* (pour les rejeter toutes deux) suite à une première action de tutelle contre l'héritier du tuteur, dans un cas où il est question de savoir son effet à l'encontre d'une action suivante intentée contre le curateur, mais le fait même d'envisager cette possibilité prouve qu'elle pouvait avoir un effet consommatif *ipso iure*, et qu'elle pouvait donc s'exprimer dans un *iudicium legitimum*. De la même manière, Ulpien semble se référer à la consommation *ipso iure* de l'*actio rationibus distrahendis* au cas où l'on a intenté auparavant l'action de tutelle, par le syntagme classique « *agi non potest* »⁸⁸¹, encore que l'expression soit équivoque dans le langage d'Ulpien⁸⁸². Ainsi, même si l'hypothèse de Mantovani se trouvait vérifiée et généralisée dans la pratique dès le II^e siècle, sans doute un juriste du I^{er} siècle comme Sabinus considérait-il, *in abstracto*, les conditions originelles de l'action de tutelle et se plaçait du point de vue d'un *iudicium legitimum*, donc avec un *iudex unus*.

Quoi qu'il en soit, que l'on admette ou non la subtile hypothèse de Mantovani, ces textes manifestent, non pas que l'action de tutelle n'aurait pas de véritable *intentio iuris civilis*, mais simplement qu'il s'agissait d'un *iudicium imperio continens*, et ils ne représentent donc, là encore, que des dérogations apparentes.

3° La dernière dérogation apparente est illustrée par un texte d'Ulpien concernant la compensation dans l'action de commodat⁸⁸³. Il concerne fort probablement l'*actio commodati in ius*⁸⁸⁴: si le juge à l'action directe a rejeté au fond comme inexistantes les contrecreances invoquées en compensation par le défendeur commodataire, alors le commodant, défendeur cette fois à l'action contraire intentée à son tour par le

⁸⁸⁰ Dig. 27.3.23 Paulus 9 *Resp. Convento herede tutoris iudicio tutelae curatorem eiusdem neque ipso iure liberatum videri neque exceptionem rei iudicatae ei dandam: idemque in heredibus magistratuorum observandum.*

⁸⁸¹ Dig. 27.3.1.21 Ulpianus 36 *ad Ed. In tutela ex una obligatione duas esse actiones constat: et ideo, sive tutela fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest, sive contra, tutelae actio quod ad speciem istam perempta est.*

⁸⁸² En effet, par un parallélisme intéressant, de même qu'apparaît à partir de l'époque médio-classique la notion d'obligation prétorienne, et donc de fondement prétorien de l'obligation, de même apparaît à cette époque l'idée de « consommation » prétorienne de l'obligation, à savoir par la voie de l'exception. Toutefois, dans ces cas-là, il est toujours précisé que l'obligation s'éteint par la voie de l'exception « *per exceptionem consumitur* ».

⁸⁸³ Dig. 16.2.7.1 Ulpianus 28 *ad ed. Si rationem compensationis iudex non habuerit, salva manet petitio: nec enim rei iudicatae exceptio obici potest. aliud dicam, si reprobovavit pensationem quasi non existente debito: tunc enim rei iudicatae mihi nocebit exceptio.*

⁸⁸⁴ Pour des opinions contraires, qui y voient de toute manière un commentaire à la *deductio* au bénéfice du *bonorum emptor*, voir P. PICHONNAZ, *La compensation*, p.37 et p.54-55.

commodataire, pourra repousser cette action contraire par une exception de chose jugée; l'échec de cette action contraire se fait donc *exceptionis ope*, et non par la voie de la consommation *ipso iure*. Toutefois, ce n'est là encore qu'une dérogation apparente: en principe, l'obligation déduite en justice par l'action directe de commodat est l'obligation du commodataire, et les juges prennent uniquement en compte ses contrecréances pour moduler le montant de la condamnation. C'est celle-là que l'action consume *ipso iure*, et non les obligations du commodant: autrement la possibilité même d'une action contraire serait systématiquement exclue. Aussi la manière de faire valoir dans un second procès le rejet au fond d'une compensation est-il nécessairement l'exception de chose jugée⁸⁸⁵, car, du point de vue du *ius civile*, l'action directe ne pouvait éteindre *ipso iure* la contrecréance qu'avait le défendeur, puisque formellement elle ne la déduisait pas; elle était simplement prise en compte du fait du *liberum officium iudicis*. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que, dans ce cas, il n'y ait pas de consommation *ipso iure*.

Ces textes sont donc en parfait accord avec la nature civile des *iudicia bonae fidei*: la jurisprudence classique, conséquente, tirait toutes les suites logiques nécessaires de leur nature d'action civiles personnelles. L'obligation civile était susceptible de s'éteindre *ipso iure* par l'effet de la *litis contestatio* et de la délivrance de la formule qui l'exprimait. En était-il de même à époque républicaine?

2.1.2.2.2. *Les actions de bonne foi et la consommation ipso iure à l'époque républicaine: De Or., I,168. (II)*

Il n'existe à proprement parler aucun texte manifestant qu'au dernier siècle de la République les actions de bonne foi auraient ignoré la consommation *ipso iure*; aussi n'y aurait-il aucune raison sérieuse de croire que ce qui était vrai du temps de Proculus ne l'était pas du temps de Quintus Mucius. La citation plus ou moins exacte que fait Africanus de Servius, si on la tient pour exacte, tendrait à faire présumer qu'il en était ainsi dès le dernier siècle de la république. Il serait d'ailleurs extrêmement difficile d'expliquer comment on serait parvenu à changer ainsi les effets d'un groupe

⁸⁸⁵ RZ, p. 302 n.9.. Voir M.MARRONE, *Efficacia*, p.205 ss.

particulier de formules, et comment on aurait obtenu une consommation *ipso iure* si auparavant l'autorité de chose déduite en justice était sanctionnée *exceptionis ope*⁸⁸⁶.

Mais il existe un texte de Cicéron dans le livre I du *De Oratore* qui a suscité des doutes. Le voici :

[XXXVII] [168] *Quid? In his paucis diebus nonne nobis in tribunali Q. Pompei praetoris urbani familiaris nostri sedentibus homo ex numero disertorum postulabat, ut illi, unde peteretur, vetus atque usitata exceptio daretur CIVIS PECUNIAE DIES FUISSET? Quod petitoris causa comparatum esse non intellegebat, ut, si ille infitiator probasset iudici ante petitam esse pecuniam, quam esset coepta deberi, petitor rursus cum peteret, ne exceptione excluderetur, QVOD EA RES IN IVDICIVM ANTE VENISSET.*

Crassus, contrairement à Antonius, considère qu'un grand orateur doit maîtriser les subtilités du droit civil et de la procédure, sous peine de faire perdre stupidement un procès à son client. Il cite le cas d'un avocat du défendeur qui réclamait l'insertion de l'*exceptio* « *cuius pecuniae dies fuisset* », en réalité sans doute une *praescriptio*,

⁸⁸⁶ On pourrait simplement envisager une hypothèse, à rejeter à nos yeux, pour expliquer pourquoi, spécifiquement, les actions de bonne foi seraient passées de la consommation *exceptionis ope* à la consommation *ipso iure*. Il s'agirait d'une illusion d'optique à partir de laquelle on aurait déduit *ex post* que l'*oportere ex fide bona* visait une obligation civile, alors qu'il n'aurait visé originellement qu'un devoir moral et n'avait pas plus de valeur qu'une formule *in factum*. Voici le raisonnement, qui en viendrait à inférer une nature à partir d'un régime. L'inhérence de l'exception de dol caractéristique des actions de bonne foi implique comme corollaire que « *bona fides non patitur ut bis idem exigatur* », dès lors qu'on considèrerait que la bonne foi mentionnée dans la formule pouvait viser très spécifiquement un dol purement processuel. Si une action de bonne foi était intentée pour une créance et se retrouvait intentée une seconde fois pour la même créance, l'inhérence de l'exception de dol dans la seconde action aurait conduit à rejeter « *ipso iure* » la demande comme contraire à la bonne foi, quand bien même il n'y aurait pas eu d'*exceptio rei iudicatae* insérée dans la formule. Ce scénario pouvait se produire assez tôt, dès l'époque républicaine: dans cette situation, le rejet de la demande lors de la seconde action serait dû à la clause *ex fide bona* dans la formule de la seconde action. Par une illusion d'optique, comme cela reviendrait au même que la consommation *ipso iure*, les juriconsultes auraient prêté cet effet, non pas à la clause *ex fide bona* de la formule de la seconde action, mais à la présence d'un *oportere* dans la formule de la première action intentée, qui aurait déduit et éteint l'obligation, ce qui revenait à lui imputer une nature civile. Ainsi les actions de bonne foi se seraient civilisées *ex post*: le régime de la seconde instance aboutissant au même résultat que si la première action avait été civile, on aurait, plus ou moins consciemment, conclu à la nature civile de la première action. Toutefois, ce scénario ne tient pas, et nous l'envisageons simplement pour la forme, sans l'avoir même trouvé chez aucun romaniste qui défend l'idée d'une nature originellement prétorienne des actions de bonne foi, outre qu'il manque totalement de preuves. D'une part, les juriconsultes depuis Quintus Mucius sont de plus en plus attachés à montrer le pouvoir et la spécificité de cette clause *ex fide bona*, il ne l'auraient pas dépouillée d'une pareille efficacité. Par ailleurs, la situation la plus fréquente, si quelqu'un de rusé voulait tenter une seconde action, était d'intenter une action de droit strict comme la *condictio*, et alors, il n'y avait pas de clause *ex fide bona* dans la seconde action pour continuer cet effet d'optique, et il aurait alors fallu, dans ce cas là, une véritable exception de chose jugée dont nous n'avons pas trace, si les actions de bonne foi avaient été prétoriennes. Certes, l'effet d'optique aurait pu être continué si deux actions à formule *ex fide bona* différentes (par exemple *mandati*, et *negotiorum gestorum*) étaient intentées. Mais, significativement, ce qu'on voit, c'est qu'il faut une *exceptio rei iudicatae* encore à l'époque classique pour contrecarrer une action contraire lorsque la compensation a été rejetée au fond dans l'action directe, ce qui a dû constituer de très loin la plus sérieuse tentative de contournement de l'autorité de chose jugée ou déduite en justice: cela aurait été pourtant la situation où l'implication « *bona fides non patitur ut bis idem exigatur* » aurait dû produire le plus tôt et le plus utilement son effet préclusif *ipso iure*, or elle ne l'a pas fait. Donc une pareille situation n'aurait pu être le pivot de la « civilisation » des actions de bonne foi. Toutefois, nous développons cette hypothèse à titre d'expérience de pensée, pour qui se sentirait convaincu de la nature originellement prétorienne de ces actions et souhaiterait expliquer leur transformation jurisprudentielle en actions civiles.

alors que celle-ci est une *praescriptio pro actore*, favorable au demandeur et dont la fonction nous est bien connue par Gaius (IV 130-136)⁸⁸⁷. Ce dernier nous explique que les *intentiones* incertaines du type *quidquid...oportet* ont l'inconvénient de pouvoir éteindre *ipso iure* l'ensemble des obligations protégées par cette action: si le débiteur devait payer de manière échelonnée, et que le demandeur intentât l'action pour la dette arrivée à échéance, le demandeur ne pourrait désormais agir à nouveau pour les paiements suivants, et ce en vertu de l'effet extinctif de l'*intentio iuris ciuilis*, la *praescriptio* insérée devant la formule permet une simple consommation partielle de l'action. Or Crassus, lorsqu'il présente cet inconvénient auquel vient remédier la *praescriptio*, semble considérer que la préclusion processuelle qu'elle cherche à éviter ne s'opère pas *ipso iure*, mais *exceptionis ope*.

Si l'on considère que la *praescriptio pro actore* « *cuius rei dies fuit* » trouvait uniquement son champ d'application dans des actions à *intentio incerta* en *quidquid...oportet*, et si elle ne permettait pas d'empêcher la consommation *ipso iure* mais l'effet prétorien de l'*exceptio rei iudicatae uel in iudicium deductae*, cela pourrait signifier que, contrairement à Gaius, Crassus ne considérait pas encore ce type d'*intentiones* comme des *intentiones iuris ciuilis*, parce qu'elles n'exprimaient pas une obligation civile. On pourrait dès lors considérer qu'en visant une action de bonne foi, ce texte manifestait leur prétendue nature prétorienne au début du premier siècle av. JC.

Mais si l'invocation d'une préclusion processuelle *exceptionis ope* est en contraste avec la doctrine professée par Gaius (A), ce contraste n'est en réalité qu'apparent (B).

2.1.2.2.2.1. Une préclusion processuelle *exceptionis ope*: le contraste avec Gaius (A)

⁸⁸⁷ IV, 131 (...) *si ergo uelimus id quidem, quod praestari oportet, petere et in iudicium deducere, futuram uero obligationis praestationem in integro relinquere, necesse est, ut cum hac praescriptione agamus: EA RES AGATVR, CVIVS REI DIES FVIT. alioquin si sine hac praescriptione egerimus, ea scilicet formula, qua incertum petimus, cuius intentio his uerbis concepta est: QVIDQVID PARET NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTERE, totam obligationem, id est etiam futuram, in hoc iudicium deducimus (...)*

Le contraste lexical avec Gaius est évident, par l'emploi technique du terme *exceptio* (1); mais tout dépend de la portée réelle qu'on donne à ce contraste, qui a donné lieu à trois grands types d'interprétations (2).

1. Un contraste lexical: l'emploi technique du terme *exceptio*

Une explication fort insatisfaisante de ce contraste lexical entre les propos de Crassus et ceux de Gaius serait à chercher dans l'emploi vague du terme *exceptio* pour indiquer toute forme de moyen de défense. Mais l'emploi technique du terme « *exceptio* » se manifeste avant tout par le contraste avec le paragraphe précédant le texte (1°), et ne peut s'expliquer par des conditions purement processuelles ou par la référence à un *iudicium imperio continens* ou à une formule *in factum*(2°).

1° Crassus parle véritablement de l'*exceptio rei iudicatae uel in iudicium deductae*. Certes, il la cite simplement dans sa substance, « *quod ea res in iudicium uenisset* », ce qui pourrait faire penser à un emploi général du terme *exceptio* pour désigner tous les moyens de défense. Toutefois, il emploie le syntagme caractéristique « *exceptione excludi* », qui est tout aussi fréquent qu'*exceptione summoueri*. Par ailleurs, le contraste avec le paragraphe précédent ôte bien des doutes: le même Crassus montre un autre cas où deux avocats favorisaient en réalité chacun l'adversaire⁸⁸⁸. Le demandeur risquait de voir son action, qui est fort probablement l'*actio rationibus distrahendis*, échouer pour cause de *pluris petitio*. Le *modus agendi* choisi semble être la *legis actio (lege agendo)*, ce qui est rendu probable par la date du procès⁸⁸⁹. Et le langage employé par Crassus vise assez manifestement la consommation *ipso iure* qui caractérisait de manière générale toutes les *legis actiones*⁸⁹⁰: si le défendeur

⁸⁸⁸ De Or., I, 166: "Potes igitur, "inquit Crassus" ut alia omittam innumerabilia et immensa et ad ipsum tuum ius civile veniam, oratores putare eos, quos multas horas exspectavit, cum in campum properaret, et ridens et stomachans P. Scaevola, cum Hypsaeus maxima voce? plurimis verbis a M. Crasso praetore contenderet, ut ei, quem defendebat, causa cadere liceret, Cn. autem Octavius, homo consularis, non minus longa oratione recusaret, ne adversarius causa caderet ac ne is, pro quo ipse diceret, turpi tutelae iudicio atque omni molestia stultitia adversarii liberaretur?" [167] "Ego vero istos," inquit - "memini enim mihi narrare Mucium - non modo oratoris nomine sed ne foro quidem dignos vix putarim." "Atqui non defuit illis patronis" inquit Crassus "eloquentia neque dicendi ratio aut copia, sed iuris civilis scientia: quod alter plus lege agendo petebat, quam quantum lex in XII tabulis permiserat, quod cum impetrasset, causa caderet; alter iniquum putabat plus secum agi, quam quod erat in actione; neque intellegebat, si ita esset actum, litem adversarium perditurum."

⁸⁸⁹ Voir contra, A.METRO, *La denegatio actionis*, p.11, qui considère qu'il peut tout de même s'agir d'un procès *per formulas*.

⁸⁹⁰ Gaius, IV, 108. *Alia causa fuit olim legis actionum. nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat; nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.*

laissait le demandeur agir *plus petendo*, il serait « libéré » du « *tutela iudicium* » parce que celui-ci « *causa caderet* ». Nulle référence, ici, au terme d'« *exceptio* ». Ce contraste manifeste *a contrario* que dans le second paragraphe, le terme *exceptio* est employé au sens technique du terme, d'autant que Cicéron connaît bien l'opposition entre le *causa cadere iure ciuili* et la *praetoris exceptio*⁸⁹¹.

2° Cette référence à une *exceptio* ne peut s'expliquer à raison d'un *imperium iudicio continens* ou d'une *formula in factum*.

On ne peut en soi expliquer que Crassus présuppose dans sa moquerie contre cet avocat maladroit une consommation *exceptionis ope* de l'action parce qu'il aurait en tête une affaire où il s'agirait d'un *iudicium imperio continens*. La consommation *exceptionis ope* est envisagée alors que le procès allait se dérouler devant un *iudex unus* (*si probasset iudici*). Le procès se déroulait à Rome, puisqu'il était devant le *praetor urbanus* Quintus Pompeius. Il était sans doute entre citoyens romains, puisqu'il s'agissait du *praetor urbanus*. Sans doute pourra-t-on faire la remarque qu'en principe, à l'époque de Cicéron, le préteur dit « urbain » est plus communément désigné par la périphrase « *praetor qui ius inter ciues dicit* », par opposition à celui « *qui ius inter peregrinos dicit* », et que « *praetor urbanus* » peut désigner un préteur qui est à la ville (aussi bien le préteur urbain ou que le préteur pérégrin), par opposition à ceux qui sont dans les provinces; on pourrait encore envisager que, quand bien même il s'agirait du préteur urbain, celui-ci se serait vu confier, comme il arrive souvent, la « *provincia* » du préteur pérégrin. Aussi serait-il possible que la condition de citoyenneté des parties ne soit pas remplie pour qu'il y ait *iudicium legitimum* et donc consommation *ipso iure* de l'obligation, puisqu'il s'agirait du préteur pérégrin. Toutefois, cette solution semble à rejeter, puisque le même préteur Quintus Pompeius s'est retrouvé compétent pour interdire et quasiment exhéredier le fils de Quintus Fabius Maximus par un décret; même si la procédure semblait quelque peu illégale, il est fort à parier qu'il a été préteur urbain, et rien ne laisserait penser qu'à la date du procès, ce préteur urbain se voit vu confier la juridiction du préteur pérégrin pour cause d'un départ hors de Rome⁸⁹². Et de toute manière, l'explication ne serait

⁸⁹¹ De Inv, II,35: *Nam et praetoris exceptionibus multae excluduntur actiones et ita ius civile habemus constitutum, ut causa cadat is, qui non quemadmodum oportet egerit*. Le *ius ciuile* semble ici faire référence aux *legis actiones*, et n'est pas sans rappeler l'anecdote célèbre des *uites succisae* rapportée par Gaius, IV, 11.

⁸⁹² Voir sur ces pratiques F.SERRAO, *La iurisdictio del pretore peregrino*, Milan, 1954, p. 18-30 et ss. *Passim*, lequel au demeurant donne de ce texte une analyse qui, se rapproche de nos conclusions par certains points, p.129 n.38.

pas entièrement satisfaisante, puisque le propos où il est fait mention de la consommation *exceptionis ope* paraît trop général et dépasser le cadre de ce cas précis.

L'action est bien entendu *in personam*; reste à savoir si elle est *in ius*. Il est peu probable que la *praescriptio cuius pecuniae dies fuit* accompagne une formule *in factum*; la *pecunia debita* suppose un *credere*, et l'on ne voit pas pourquoi donc il ne s'agirait pas d'une formule qualifiée par Gaius de formule *in ius*, car une *pecunia debita* est quasi-nécessairement une obligation. Par ailleurs, il est fort probable que la formule soit une formule à *intentio incerta* en *quidquid...oportet*, étant donné qu'une *praescriptio cuius rei dies fuit* est avant tout envisageable dans un rapport juridique qui ne concerne pas une seule dette certaine d'argent⁸⁹³. Certes, dans la mesure où cet avocat est maladroit et se trompe, il pourrait tout à fait réclamer l'insertion de la *praescriptio* à mauvais escient dans une *actio certae creditae pecuniae*. Mais le propos porte justement sur la raison d'être générale de cette *praescriptio*, et, à s'en tenir à ce qu'on sait de Gaius, il semblerait qu'elle n'ait été insérée que devant les formules à *intentio incerta*.

Quelle serait alors la portée exacte de ce contraste entre les propos de Crassus et la doctrine professée 250 ans plus tard par Gaius?

2. La portée exacte du contraste et ses différentes interprétations

Ce contraste par rapport à Gaius a reçu trois grands types d'interprétations, qui militeraient plus ou moins en faveur d'une nature prétorienne des actions de bonne foi à l'époque de Crassus.

1° D'après Kaser⁸⁹⁴, ce texte serait la preuve ultime que la *lex Aebutia* n'a fait que « légitimer » la *condictio* formulaire portant sur une *certa res* ou une *certa pecunia*, mais non les autres formules: l'emploi anodin que fait Crassus du terme *exceptione summoueri* prouverait que pour lui, ces actions n'auraient pas été encore civilisées, et auraient gardé un statut prétorien: ils auraient été nécessairement *imperio continentia*.

Cette vision du texte et de la *lex Aebutia*, remarquons-le, est assez neutre eu égard au problème du statut civil ou prétorien des actions de bonne foi. La théorie de Kaser

⁸⁹³ Voir l'étude de la PELLECCHI, *La praescriptio*, p.

implique de considérer qu'hormis l'*actio certae creditae pecuniae* et l'*actio certae creditae rei*, toutes les formules étaient encore des *iudicia imperio continentia*. Si les actions de bonne foi n'avaient donc pas d'effet préclusif *ipso iure*, ce n'était pas tant parce qu'elles n'auraient pas représenté une prétention civile, mais bien parce que la procédure formulaire ne serait pas encore légalisée et que ce *modus agendi* restait en principe fondé sur l'*imperium* du préteur, qu'il s'agisse de formules d'actions dites de droit strict ou d'actions dites de bonne foi. D'ailleurs, Kaser⁸⁹⁵ considère que l'action incertaine dont parle ce texte a toutes les chances d'être l'*actio ex stipulatu*.

Toutefois, ce texte ne saurait prouver que toutes les formules étaient encore des *iudicia imperio continentia* à l'exception de l'*actio certae creditae rei/pecuniae*, puisqu'il ne pouvait faire référence qu'à des actions à *intentio incerta*.

2° En réaction à la théorie de Kaser sur la portée extrêmement limitée de la *lex Aebutia*, Pugliese⁸⁹⁶ a proposé d'interpréter ce texte autrement. Selon lui, il serait neutre vis-à-vis du contenu de cette loi et au mieux ferait présumer que les formules à *intentio incerta* ne seraient pas encore légitimées, ou du moins ne seraient jamais entrées en concurrence avec des *legis actiones*. Selon lui, en effet, la procédure des *legis actiones* n'aurait pu protéger une *obligatio incerta* et la *iudicis arbitriue stipulatio* viendrait sanctionner une *sponsio* portant sur un *certum*; aussi les obligations incertaines ne seraient-elles pas encore régies par le *ius civile*, si bien qu'il ne serait pas étonnant qu'il n'y ait pas de consommation *ipso iure*. Cette hypothèse implique donc que, aussi bien l'*actio ex stipulatu* que les actions de bonne foi ne représenteraient pas une procédure légitime, ce qui expliquerait l'absence de consommation *ipso iure* et la nécessité d'une *exceptio rei iudicatae uel in iudicium deductae*. Une pareille explication militerait donc fortement en faveur d'un statut prétorien des actions de bonne foi. C'est ainsi en tous les cas que l'interprète par exemple N. Bellocci⁸⁹⁷ en se référant à Pugliese, considérant qu'à cette date, l'*obligatio incerta* n'avait pas encore teneur véritablement « civile ».

⁸⁹⁴ « Die Lex Aebutia », in *Stud. Albertario*, I, 1953, p.25 ss.

⁸⁹⁵ *Loc. cit.*, p.25

⁸⁹⁶ *Processo civile*, II, p.60.

⁸⁹⁷ *La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana*, Milan, 1974, p.111

3° Cette hypothèse, ainsi que celle de Kaser, a été rejetée par Talamanca⁸⁹⁸, qui, fidèle à la théorie classique de Wlassak sur la *lex Aebutia* concernant son large champ d'application⁸⁹⁹, a proposé d'expliquer le texte autrement.

D'une part, selon lui, cette loi a eu pour fonction de légaliser la procédure formulaire dans la stricte mesure où une formule pouvait concurrencer la *legis actio* qu'elle venait doubler, en quel cas il était nécessaire d'assurer l'autorité de chose jugée quelle que soit la première procédure utilisée⁹⁰⁰. Aussi a-t-elle sans doute la première fixé les conditions de ce qu'était un *iudicium legitimum*: outre les trois présumés donnés par Gaius (*iudex unus*, citoyenneté Romaine, procès dans la ville de Rome), elle aurait impliqué une quatrième condition, disparue à l'époque classique (sans doute suite aux *leges Iuliae*), qui était que l'action soit civile et reconnue dans l'ancienne procédure des *legis actiones*. Aux conditions purement procédurales connues du temps de Gaius s'ajoutait alors encore une condition substantielle, portant sur le fondement civil de l'action. Une action sans précédent sous forme de *legis actio* ne pouvait avoir selon Talamanca d'effet consommatif *ipso iure*. Une des traces de cet état du droit est consignée selon lui par l'expression « *iudicia quae legitimo iure consistunt* », que Gaius emploie une fois pour parler des *iudicia legitima*⁹⁰¹.

D'autre part, il considère qu'il ne peut s'agir dans ce texte d'une action *ex stipulatu*, puisque selon lui la *iudicis arbitriue postulatio* pouvait déjà sanctionner une stipulation incertaine. Nécessairement, donc, la formule de l'action *ex stipulatu* pouvait être un *iudicium legitimum*, en quel cas la *litis contestatio* devait bien pouvoir empêcher *ipso iure* toute nouvelle action portant sur la même obligation. La seule explication possible, dès lors, à ce texte, serait de considérer qu'il s'agissait d'une *actio locati* ou d'une *actio uenditi*, où le paiement était échelonné, d'où l'intérêt, voire la nécessité d'une *praescriptio*⁹⁰². Et l'absence d'effet extinctif *ipso iure*, la nécessité

⁸⁹⁸ Riordinamento, p.171-172 ss.

⁸⁹⁹ Bien entendu, il s'écarte très largement de M.WLASSAK, *Römische Prozessgesetze*, p.37 concernant la raison d'être de cette loi et le mécanisme juridique qu'elle entend promouvoir. En effet; M.TALAMANCA, *Riordinamento*, considère que la *lex Aebutia* n'a fait que légitimer les formules d'actions civiles, leur assurant une effet préclusif *ipso iure*, au même titre que les *legis actiones* qu'elle n'avait pas abolies, tandis que M.WLASSAK considère que l'objet principal de la loi était de fixer la *mors litis*. Néanmoins, il partage ce point commun avec la théorie de WLASSAK que selon lui la *lex Aebutia* n'a pas eu pour objet de supprimer un type particulier de *modus agendi*.

⁹⁰⁰ En effet, selon M.Talamanca, si l'on procédait d'abord par *legis actio*, on pouvait sur ce fondement bloquer la seconde procédure *per formulas*; en revanche, si l'action était d'abord intentée *per formulam*, alors qu'elle n'avait aucun effet consommatif puisqu'elle était non légitime, rien n'empêchait d'intenter ensuite la *legis actio*, dans laquelle il n'y avait pas d'équivalent d'exception de chose jugée. C'est en cela que R.FIORI, *Ea res agatur*, p.134, voit dans cette théorie une théorie « normative » de la *lex Aebutia*, par opposition au théories de l'obligatorietà, comme celle de Wlassak ou de Betti, qui concidère que c'est le *condemnari oportere* et l'accord matérialisé par la délivrance de la formule qui ont été civilisées. Nous nous reconnaissons personnellement plutôt dans cette théorie.

⁹⁰¹ IV, 103. *Omnia autem iudicia aut legitimo iure consistunt aut imperio continentur.*

⁹⁰² *Riordinamento, cit.*, p.171.

donc d'une exception *rei iudicatae uel in iudicium deductae* s'expliquerait d'une manière bien simple: le *quidquid ...oportet ex fide bona* de ces actions ne serait pas encore considéré comme une *intentio iuris ciuilis*, mais viserait un devoir moral, simplement plus tard interprété comme l'expression d'une *obligatio iuris ciuilis* susceptible d'être éteinte *ipso iure* par la *litis contestatio*. Les actions de bonne foi seraient donc prétoriennes à l'époque de Crassus.

Ainsi s'expliquerait le contraste entre la doctrine professée par Gaius et l'expression de Crassus.

Mais à notre avis, ce contraste est seulement apparent et peut recevoir une autre explication.

2.1.2.2.2. Un contraste simplement apparent (B)

A nos yeux, on ne trouvera dans ce texte aucune preuve du caractère prétorien des actions de bonne foi . D'une part, l'action que concerne le propos de Crassus a toutes les chances de ne pas être une action de bonne foi (1); d'autre part, *stricto sensu*, il faut comprendre le propos de Crassus dans une perspective pratique et selon les fins de l'argumentation de Cicéron(2).

1.La difficulté à identifier l'action concernée.

Il existe une difficulté à identifier l'action concernée. D'une part, la nécessité générale d'une *praescriptio cuius rei dies fuit* trouve avant tout son application générale dans les actions *ex stipulatu* (1°), d'autre part le cas précis évoqué par Crassus pouvait paradoxalement concerner une *actio certae creditae pecuniae* (2°).

1°Si l'on interprète « *quod comparatum esse ut...ne...* » comme l'introduction d'une proposition finale, Crassus dit que la *praescriptio* fut inventée « pour que... » . Son propos paraît donc assez général pour qu'il vise l'utilité commune de la *praescriptio*, qualifiée de « *uetus atque usitata exceptio* ». Il est peu probable, à maints égards, qu'il vise spécifiquement le cas d'une action de bonne foi sans même nous le dire.

D'une part, lorsque Gaius nous présente cette *praescriptio* « *cuius rei dies fuit* », elle est à son époque intégrée « de série » dans les formules à *intentio incerta* de l'*actio ex stipulatu* proposées dans l'édit, parce que c'est là qu'elles étaient le plus nécessaires. Il est donc fort probable que le propos général de Crassus sur l'utilité de la *praescriptio* vise le cas le plus commun, à savoir la nécessité de se protéger d'une perte de l'action *ex stipulatu*. En effet, l'importance économique de la *stipulatio incerta* est très grande. D'ailleurs, même en matière de *locatio conductio*, le plus fréquemment sans doute, on déduisait dans des stipulations les obligations pécuniaires nées du contrat consensuel, et surtout les obligations pécuniaires du *conductor*. Il en va de même des obligations *ex uendito*. Les chances pour qu'il pense spécifiquement au cas d'une action de bonne foi sont de ce fait extrêmement minces.

D'autre part, le langage employé « *petere* », « *pecunia debita* », est d'ailleurs davantage celui utilisé pour les *stipulationes*.

Aussi doit-on considérer, comme le fait la majorité de la doctrine, qu'il n'a pas spécifiquement en vue une action de bonne foi. Le propos général de Crassus s'applique donc au moins, indifféremment, à toutes les actions incertaines, et en privilégiant le cas de la formule de l'*actio ex stipulatu*⁹⁰³. On est donc très loin de pouvoir expliquer ce texte en considérant que l'*oportere ex fide bona* ne déduirait pas en justice une obligation civile parce qu'il ne ferait qu'exprimer un devoir moral étranger au *ius civile*.

Il n'en resterait pas moins que le texte serait étrange, puisqu'il laisserait entendre que l'*actio ex stipulatu* n'est pas susceptible d'effet consomptif *ipso iure*. Dès lors, l'ensemble des actions personnelles incertaines (les actions de bonne foi incluses) pourrait apparaître comme étranger au *ius civile*, conformément à l'interprétation que fait de ce texte N. Belloci⁹⁰⁴.

2° Toutefois, remarquons simplement une étrangeté du texte de Crassus, qui pourrait tout à fait faire référence à une action à *intentio certa*, une *actio certae creditae pecuniae*.

⁹⁰³ Nous suivons en cela les sages propos de L.PELLECCHI, *op.cit.*, qui juge fort peu vraisemblable l'hypothèse de M.TALAMANCA, *op.cit.*, p.

⁹⁰⁴ Laquelle nous paraît surinterpréter la position de Pugliese: il tirait de ce texte la preuve que l'*actio ex stipulatu* n'a pas de précédent dans les *legis actiones*, mais il ne présentait pas l'*actio ex stipulatu* d'époque républicaine comme une action prétorienne.

Le propos de Crassus expliquant la nécessité de la *praescriptio* est assez étrange si on le considère à la lettre: il nous dit que les suites de cette *praescriptio* sont favorables au demandeur, qui, même si le défendeur prouvait au *iudex* que l'argent avait été réclamé avant qu'il ne soit dû, pourrait tout de même réintenter avec succès l'action. En fait, ce que vise Crassus dans l'affaire considérée est une *pluris petitio tempore*. C'est assez étrange, car Gaius de son côté ne nous présente pas comme fonction spécifique de la *praescriptio cuius rei dies fuit* celle d'éviter la *pluris petitio tempore*⁹⁰⁵. Au contraire, dans l'*actio ex stipulatu* envisagée par Gaius, pour des paiements échelonnés, le danger est de déduire l'ensemble des dettes échelonnées, même futures, alors qu'il existe déjà une dette exigible⁹⁰⁶. Mais ce n'est pas stricto sensu un cas de *pluris petitio tempore*; le demandeur ne va pas « *causa cadere* » et perdre son procès, il va simplement obtenir la condamnation du demandeur uniquement pour les dettes échues, et ne pourra réclamer le paiement des dettes futures, sans qu'il y ait *pluris petitio tempore* au sens technique du terme. Donc, formellement, le propos de Crassus est étrange s'il avait en vue l'*actio ex stipulatu* pour un paiement échelonné. Il pourrait concerner une *actio certae creditae pecuniae*, où les cas de *pluris petitio tempore* sont sans doute plus fréquents.

Certes, en principe, la *praescriptio* ne sert qu'à éviter une fâcheuse préclusion processuelle dans les actions incertaines, et à se réserver le droit de réclamer à l'avenir le reste des obligations, d'après ce qu'on sait de Gaius. Toutefois, significativement, l'avocat du défendeur dont parle Crassus a commis une maladresse aberrante et semblait étonnamment ignorant de l'intérêt d'une pareille *praescriptio*. Il est donc tout à fait possible qu'il ait voulu l'insérer à mauvais escient dans une *actio certae creditae pecuniae* pour faire valoir une *pluris petitio tempore*, ce qui rajouterait du piquant au propos moqueur de Crassus: par sa maladresse, l'avocat du défendeur ne faisait qu'épargner incidemment au demandeur, si le prêteur donnait suite à sa demande, les suites fâcheuses d'une *pluris petitio tempore*. L'expression utilisée par Crassus, d'ailleurs, pour désigner le défendeur, « *infitiator* », semble particulièrement bien choisie pour parler du défendeur à une formule à *intentio* en « *si paret* », .

⁹⁰⁵ Voir à ce sujet G.PROVERA, *Pluris petitio*, p.97ss, p.135 ss, mais aussi 186.

⁹⁰⁶ IV, 131: *Saepe enim ex una eademque obligatione aliquid iam praestari oportet, aliquid in futura praestatione est, uelut cum in singulos annos uel menses certam pecuniam stipulati fuerimus (...)*

Car de deux choses l'une. Ou bien le demandeur réclamait une somme d'argent en vertu d'une stipulation échelonnée des paiements: on ne voit pas pourquoi lui, de son côté, n'avait pas demandé la *praescriptio* « *uetus atque usitata* ». Parce que son avocat était tout aussi mauvais que celui du défendeur et avait oublié de la demander? Crassus n'aurait pas manqué de l'évoquer pour faire le parallèle avec la situation précédente du §166, où il s'agissait là de deux mauvais avocats qui favorisaient chacun, à leur insu, leur adversaire respectif. Ou bien la *pecunia debita* n'est pas échelonnée; mais alors, si elle est certaine, il tenterait sans doute l'*actio certae creditae pecuniae*.

Si l'on suit cette hypothèse, il faudrait alors reconnaître, contre Kaser, que Crassus parlerait de consommation *exceptionis ope* même à propos de l'*actio certae creditae pecuniae*!

En réalité, à notre avis, Crassus n'a pas en tête précisément la nature incertaine ou certaine de l'action intentée, sans doute en vertu d'une stipulation; Cicéron ne lui aurait pas fait changer de propos s'il avait parlé plus précisément d'*actio certae creditae pecuniae*, et, quand bien même on considérerait que la stipulation incertaine n'était pas à l'origine un acte civil, il serait peu vraisemblable qu'à l'époque de Crassus on la considère encore comme un acte étranger au *ius ciuile*.

L'explication de ce contraste apparent entre la présentation de Gaius et l'expression de Crassus doit être donc cherchée ailleurs.

2. Une explication: la vision pratique de Crassus après la « civilisation » de la procédure formulaire

Il est vrai que lorsque les prudents de l'époque classique évoquent dans l'absolu et sans autre précision la préclusion processuelle en matière d'actions civiles *in personam*, ils semblent se référer, à défaut de précision, à la consommation *ipso iure*. Toutefois, c'est là leur vision théorique. Sabinus, en commentant le *ius ciuile*, considère *in abstracto* les institutions et les actions comme si les conditions processuelles (*iudex unus*, procès à moins d'un mille de Rome, parties romaines) d'un *iudicium legitimum* étaient remplies. En se plaçant du point de vue du *ius ciuile*, il présuppose que toutes les conditions sont remplies pour que les formules aient des effets « civils ». De même, lorsque Gaius évoque en IV,131a, pour expliquer l'utilité

des *praescriptiones*, le danger d'une consommation *ipso iure* de l'*actio empti*, elle semble être une propriété de droit commun et fermement établie pour les actions civiles personnelles, et il ne prend pas soin alors de préciser qu'il faudrait l'*exceptio rei in iudicium deductae* si la formule était délivrée dans une province, ou pour/contre un pérégrin. Toutefois présenter ainsi théoriquement la consommation *ipso iure* comme le droit commun sans préciser la condition de *iudicium legitimum*, était-il aussi évident deux cents ans auparavant, lorsqu'on considérait la pratique de la procédure formulaire peu avant ou peu après la *lex Aebutia*?

Ce qui explique le mieux, à notre avis, l'évocation par Crassus de l'*exceptio rei iudicatae uel in iudicium deductae*, c'est que tout simplement il évoque ici, en passant, la préclusion processuelle dans la procédure formulaire peu de temps après sa « légitimation » (1°), la consommation *ipso iure* de l'action par la *deductio in iudicium* reposant sur des bases nouvelles et récentes (2°).

1° Crassus nous a donné, avons-nous vu, deux exemples, respectivement aux §166 et 167, de maladroites d'avocats lamentables concernant les subtilités de la procédure *in iure*, qui toutes deux pouvaient sauver le demandeur de la préclusion processuelle qui aurait pourtant bénéficié à leur client. Il a varié son propos, à notre avis, en choisissant deux exemples tirés des deux procédures que connaissent alors les Romains: dans le premier, déjà assez ancien, il évoquait très certainement une *legis actio*; dans le second, beaucoup plus récent, et qui nous intéresse, il s'agit de la procédure formulaire. Il voulait nous décliner les nécessités d'une connaissance technique du droit tant en matière de *legis actiones* qu'en matière de procédure formulaire, pour contrer à l'avance une objection fort valable dans le débat qu'il tient avec Antonius sur la nécessité pour l'orateur de connaître le *ius civile*⁹⁰⁷. En effet, Antonius pourrait lui rétorquer que la connaissance précise des subtilités du *ius civile* s'avérait sans doute nécessaire lorsqu'il était question de *legis actiones*, du fait de la *nimia subtilitas ueterum*, mais que la procédure formulaire est plus souple et nécessite moins de connaissances techniques. C'est d'ailleurs une objection tellement valable en apparence que Cicéron la reprendra, en vrai, contre Servius Sulpicius, dans le *Pro Murena*⁹⁰⁸. Et dans un propos qui cherche à montrer la nécessité d'une

⁹⁰⁷ Voir à ce titre la réponse subtile d'Antonius, notamment les §236 et suivants.

⁹⁰⁸ [28] *Itaque, ut dixi, dignitas in ista scientia consularis numquam fuit, quae tota ex rebus fictis commenticiisque constaret, gratiae vero multo etiam minus. Quod enim omnibus patet et aequae promptum est mihi et adversario meo, id esse*

formation solide en droit pour l'orateur, même dans la procédure formulaire, Crassus est naturellement incité à évoquer les « *exceptiones* », s'il le peut, car elles représentent une des ses subtilités les plus dangereuses de la nouvelle procédure pour le plaideur naïf et inaverti.

Il nous semble donc que Crassus nous reflète encore un état de la doctrine très proche de la situation d'avant la *lex Aebutia* en nous livrant pour chacune de ces deux procédures le droit commun en matière de préclusion processuelle.

Le droit commun est que les *legis actiones* éteignent *ipso iure* l'action (« *bis de eadem re ne sit actio* »), qu'il s'agisse des actions réelles ou des actions personnelles. Sans doute avant la *lex Aebutia* une formule en revanche ne pouvait-elle jamais être un « *iudicium legitimum* ». Aussi la seule façon d'invoquer la préclusion processuelle était-elle d'insérer dans la phase *in iure* l'*exceptio rei iudicatae uel in iudicium deductae*. Certes, le procès se déroule en 91, mais si l'on considère *stricto sensu* la phrase de Crassus comme ayant une portée générale sur les motifs qui ont conduit à inventer la *praescriptio* (motifs que semble ignorer l'avocat du demandeur), il nous dit que ce procédé de la *praescriptio* fut inventé en faveur du demandeur (*comparatum esse...ut...ne...*) pour qu'il ne soit pas ensuite bloqué dans une seconde action par l'exception de chose jugée. Or cette *praescriptio* est « *uetus atque usitata* »: donc, la *praescriptio cuius rei dies fuit* date sans doute d'avant la *lex Aebutia*, lorsque les formules ne pouvaient encore être *legitimae* et ne pouvaient donc éteindre de plein droit une obligation civile. Il paraît alors très conséquent de dire que la *praescriptio* fut inventée à l'origine pour éviter la consommation *exceptionis ope*, puisque la *praescriptio* fut inventée dans le cadre d'un *modus agendi* qui originellement n'avait pas encore pour effet de consumer *ipso iure* l'obligation.

Le propos de Crassus serait alors cohérent avec celui de Gaius, qui présente quant à lui la situation juridique d'après la *lex Aebutia*, et même d'après les *leges Iuliae*.

gratum nullo pacto potest. Itaque non modo benefici conlocandi spem sed etiam illud quod aliquamdiu fuit 'Licet consvlere?' iam perdidistis. Sapiens existimari nemo potest in ea prudentia quae neque extra Romam usquam neque Romae rebus prolatis quicquam valet. Peritus ideo haberi nemo potest quod in eo quod sciunt omnes nullo modo possunt inter se discrepare. Difficilis autem res ideo non putatur quod et perpaucis et minime obscuris litteris continetur. Itaque si mihi, homini vehementer occupato, stomachum moveritis, triduo me iuris consultum esse profitebor. Etenim quae de scripto aguntur, scripta sunt omnia, neque tamen quicquam tam anguste scriptum est quo ego non possim 'Qua de re agitvr' addere; quae consuluntur autem, minimo periculo respondentur. Si id quod oportet responderis, idem videre respondisse quod Servius; sin aliter, etiam controversum ius nosse et tractare videare.

Mais considérons même le propos de Crassus comme s'il renvoyait à l'ordonnancement juridique d'après la *lex Aebutia*. Le droit commun dans la procédure formulaire, même après cette loi, reste en réalité l'*exceptio rei iudicatae*. Car, pour qu'il y ait consommation *ipso iure*, les conditions cumulatives sont trop nombreuses (*iudex unus*, procès à Rome, parties Romaines, action personnelles) pour que celle-ci apparaisse à un praticien comme le droit commun de la préclusion processuelle. C'est plutôt la consommation *ipso iure* de l'action intentée *per formulam* qui apparaît encore, en pratique, aux yeux de Crassus comme une situation exceptionnelle par rapport à ce qu'il connaît des *legis actiones*: s'il n'obtient pas le rejet pur et simple de la demande dans la phase *in iure*, un avocat scrupuleux demande toujours l'*exceptio rei iudicatae* quand le procès est *per formulas*. À considérer l'ensemble de l'édit, à considérer pratiquement l'ensemble des procès *per formulas* qui se déroulent en 91 av. JC, la consommation *ipso iure* de l'action apparaîtrait peut-être encore comme une rareté, surtout lorsqu'on le mettait en parallèle avec le procès *per legis actiones*.

Dès lors, il est naturel que, par ellipse et par métonymie, Crassus évoque le moyen le plus fréquent de faire valoir l'autorité de la chose jugée dans la procédure formulaire, et surtout, celle qui sera toujours valable, quand bien même elle serait inutile parce qu'il y aurait eu consommation *ipso iure*. Ce n'est donc pas dans un sens mou qu'il emploie *exceptio* pour désigner tout moyen de défense, mais simplement par métonymie: l'*exceptio* paraît encore pour lui la voie de droit commun pour faire valoir l'autorité de chose jugée dans un procès *per formulas*. Gaius, tout autant qu'Ulpian ou Paul, parlera, lorsqu'il considère dans l'abstrait une formule *in ius in personam*, de consommation *ipso iure* mais c'est là encore une métonymie, et il devrait, formellement, préciser pour être exact « en cas de *iudicium legitimum* »: simplement, la consommation *ipso iure* apparaît à son époque comme un « principe », là où il apparaissait peut-être à Crassus comme un effet exceptionnel et dérogoire, lié à certaines formules et entouré d'une série de conditions cumulatives: le droit commun, pour Crassus, était qu'en matière de procès *per formulas* on aurait le plus souvent recours à des exceptions.

2° Cette consommation *ipso iure* dans la formule apparaît donc encore comme exceptionnelle, mais surtout comme une nouveauté, puisqu'elle ne peut reposer sur les mêmes fondements que la consommation de l'action dans les *legis actiones*. Ce

modus agendi assurait *ipso iure* la préclusion processuelle même en cas d'*actio in rem*; la procédure formulaire, elle, n'attribue pareil effet qu'aux *actiones in personam*. Une telle différence implique nécessairement un fondement différent, et la consommation *ipso iure* dans la procédure formulaire est liée à l'idée d'extinction de l'obligation et à l'idée de « *deductio* » de celle-ci dans un *iudicium legitimum*: dans la mesure où la formule, une fois légitimé ce *modus agendi*, crée un rapport personnel entre les parties, on a pu concevoir qu'il était susceptible d'effets extinctifs quant à des rapports personnels préexistants entre les parties, tout comme la *deductio in stipulationem*⁹⁰⁹. Elle n'est pas une continuation de la règle existant dans les *legis actiones*, car on ne voit pas pourquoi elle aurait pris un aspect aussi limité une fois transcrite dans la procédure formulaire.

On ne peut savoir précisément si c'est la loi qui a explicitement prévu une pareille consommation *ipso iure*, ou si c'est la jurisprudence qui l'a construite à partir de l'idée que ces *iudicia*, étant « *legitima* », pouvaient produire des effets civils tels que l'extinction d'une obligation. Quoi qu'il en soit, les *ueteres* à qui Gaius attribue la règle « *ante litis contestationem dari oportere, post litis contestationem condemnari oportere* »⁹¹⁰, ne devaient pas encore être des *ueteres* pour Crassus, et parlaient bien de la procédure formulaire: ils avaient en effet modélisé par cette maxime les effets de la *litis contestatio* uniquement pour les *actiones in personam*. Mais Crassus, en bon praticien, devait sans doute toujours considérer qu'on allait le plus souvent insérer dans la formule une *exceptio rei in iudicium deductae*, ce qui serait toujours le procédé le plus sûr.

Une explication hypothétique alternative pourrait d'ailleurs être que, si l'extinction *ipso iure* de l'obligation par sa *deductio in iudicium* fut une extrapolation jurisprudentielle tirée de la notion de *iudicium legitimum*, la jurisprudence n'avait pas encore à l'époque de Crassus fini de tirer toutes les conséquences de la « légitimation » de la procédure formulaire, et n'avait pas encore pris unanimement conscience que la *litis contestatio* et la *deductio in iudicium legitimum* pouvaient être des modes civils d'extinction des obligations⁹¹¹. L'expression de Crassus

⁹⁰⁹ On a tendance à parler d'effet « novatoire » de la *litis contestatio*, en considérant que l'«oportere condemnari» représente une novation conditionnelle de l'obligation du « dari oportere »; toutefois, le parallèle ne peut être poussé fort loin, car tout distingue la novation romaine de la *litis contestatio*; significativement, elle représente un mode sui generis d'extinction des obligations pour Gaius. cf. à ce propos, les explications de R. FIORI, *Ea res agatur*, p.

⁹¹⁰ *Inst.*, III, 180.

⁹¹¹ Il est vrai que cette hypothèse est souvent rejetée, motif pris de ce qu'un des objets de prédilection des *leges* en matière civile concerne la procédure, et que les prudents n'auraient pu ainsi légitimer *ex nihilo* de nouvelles règles de

représenterait dès lors un état du droit transitoire où l'idée d'extinction de l'obligation par sa *deductio in iudicium* n'était pas encore fermement acquise chez tous les prudents.

Toutefois, à notre avis, nous pencherions vers l'explication la plus simple: c'est simplement que pour Cicéron comme pour Crassus qui voit les choses en praticien, vu l'ensemble des conditions cumulatives requises pour qu'il y ait extinction, il apparaît toujours plus naturel d'évoquer l'*exceptio rei in iudicium deductae* comme la voie de droit commun dans la procédure formulaire, la consommation *ipso iure* comme la dérogation. Ils associent grossièrement la perte *ipso iure* de l'action aux *legis actiones*, et grossièrement l'insertion d'exceptions comme le procédé typique de la procédure formulaire. C'est une stylisation grossière qu'on retrouve ailleurs chez Cicéron⁹¹², qui oppose l'exception propre à la procédure formulaire garantie par l'édit du préteur à la perte *ipso iure* de l'action dans les *legis actiones* garanties de toute manière par la loi, et c'est sans doute ce binôme que reproduisent les paragraphes §167 et 168 du livre I du *De Oratore*: un exemple tiré des *legis actiones*, un exemple tiré de la procédure *per concepta uerba*.

En conclusion, ce texte ne nous apprend rien sur la nature civile des obligations sanctionnées par une action de bonne foi: outre qu'il ne concerne probablement pas une action de bonne foi, il est loin de montrer que leurs formules n'exprimaient pas ni ne « déduisaient » des obligations . Dans le doute, il est préférable, donc, de

procédure (voir M.TALAMANCA, *Riordinamento*, cit., p.185). Sans en faire un objet de combat, nous remarquerons simplement qu'il ne l'auraient pas fait, dans le cas présent, *ex nihilo* et dans un domaine de pure procédure, ce sur quoi l'hypothèse avancée par M.MARRONE *Efficacia pregiudiziale*, cit., p.539 ss, n'est pas sans fondement. L'objet principal de la distinction entre *iudicia legitima* et *iudicia imperio continentia* est la péremption de l'instance, et il est fort probable, comme le pensait Wlassak, que la loi *Aebutia* a fixé les conditions pour que le procès fondé sur une formule et le pouvoir du *iudex* n'expirent pas dès qu'expire l'*imperium* du préteur qui l'a délivrée; car un pareil point de procédure est typiquement du domaine de la loi. Toutefois, la notion de *iudicium legitimum* qui en est née peut avoir été travaillée et réfléchi par la jurisprudence, qui lui aurait donné cet effet qui ne relève pas seulement de la procédure, mais bien du régime des obligations, et qui est d'éteindre, par une sorte de novation, des obligations tout comme le ferait une *stipulatio*. La question de savoir si un acte ou un fait juridique éteint ou non une obligation est typiquement quant à elle une des questions ouvertes qui ne trouve de réponse que dans la jurisprudence (cf. par exemple les débats sur l'effet extinctif de la dation en paiement en *Inst.* III,168, les débats sur l'effet extinctif de la *novatio* par *stipulatio inutilis* *Inst.* III, 176-179, la divergence sur le champ d'application de la *solutio per aes et libram* à la fin du §175, la possibilité contestée d'extinction partielle par *acceptilatio*, etc.). La jurisprudence n'a pas de son propre chef considéré les formules comme des actes légitimes, mais elle a très bien pu tirer des conséquences audacieuses de la légitimité qu'elles avaient reçue de la *lex*. Le lecteur aura donc compris de lui-même que nous restons, dans ses grandes lignes, attachés à l'hypothèse de Wlassak sur la *lex Aebutia*, comme ayant légitimé cette nouvelle forme de « contrat judiciaire » exprimé par une formule. Toutefois, peu importe que ce soit cette *lex* qui l'ait fait. La règle de la *consumptio ipso iure* suppose de pouvoir considérer à certaines conditions les formules comme des *iudicia legitima*: ce n'est certes pas avant le II^e siècle av. JC qu'on a pu y parvenir.

⁹¹² *De Inv.* II, §57: *Nam et praetoris exceptionibus multae excluduntur actiones et ita ius civile habemus constitutum, ut causa cadat is, qui non quemadmodum oportet egerit*. La phrase de Cicéron rappelle autant les propos qu'il prête à Crassus

considérer que l'état du droit décrit par Gaius ou ses prédécesseurs était théoriquement le même, à ceci près qu'il constituait pour Crassus encore une nouveauté, et à supposer qu'il ne le fût pas, que cela serait dû au statut général de la procédure formulaire à époque républicaine, non à une nature spécifique des actions de bonne foi.

Ces actions n'ont pas une nature foncièrement différente des autres actions civiles, ni lorsque les prudents les considèrent du point de vue de leur fondement, ni lorsqu'ils procèdent à l'analyse de leur formule.

De fait, elles durent, de très bonne heure, voire dès leur création, être qualifiées d'actions du *ius civile*. Et cette qualification était encore justifiée du fait qu'ils représentaient initialement des *iura* du citoyen romain.

lorsqu'il présente un procès *per legis actionem* en *De Or.* I,166, mais encore ceux de Gaius en IV,11 et IV,30 à propos de la perte du procès en cas d'erreur de l'*actor* dans la phase *in iure*.

2.2. Chapitre Second. La qualification doublement justifiée en actions civiles: des *iura secretés* dans le droit propre aux citoyens romains

Le défaut de prévision législative des actions de bonne foi ne peut être une erreur d'optique due aux contingences de la transmission des textes. Sans doute faut-il là encore être prudent: on se souviendra que l'un des plus grands romanistes du XXème siècle, V. Arangio-Ruiz⁹¹³, a considéré en 1912 l'*actio communi diuidundo* comme une action de bonne foi sans fondement législatif, et que la découverte du Gaius d'Egypte en 1933 nous a appris qu'une loi avait originairement fondé cette action avec un *modus agendi* oral. Sans doute à l'inverse, il existe certaines actions dont nous ne connaissons jamais le fondement législatif exact, sans jamais pour autant contester son existence. Sans doute encore, d'un point de vue philologique, le seul texte qui nous donne des renseignements historiques crédibles sur l'origine d'une action est-il le manuel de Gaius, et sans lui nous ne connaîtrions que très mal, à partir du Digeste, le fondement législatif de la plupart d'entre elles. Aussi est-ce sur un manuscrit unique, une oeuvre singulière qui n'a pas vocation à faire oeuvre d'antiquaire mais à donner quelques renseignements historiques succincts pour comprendre l'état du droit de son époque, que nous nous fondons pour établir que jamais une loi n'a garanti explicitement l'*actio empti*, ou l'*actio locati*, ou l'*actio mandati*.

Mais, outre que l'*actio communi diuidundo* est entrée tardivement dans le catalogue des actions de bonne foi, il serait absurde d'attribuer à un pareil aléa philologique un silence de toute la littérature latine et qui concerne un ensemble d'actions aux formules très similaires et qui représentent une catégorie très spécifique.

⁹¹³ Formule *con demonstratio*, cit. p.379.

Expliquer à la fois l'existence de véritables obligations *iuris ciuilis* tout en expliquant le défaut de prévision législative à époque républicaine a conduit à une explication célèbre⁹¹⁴. Certaines institutions sanctionnées par une action de bonne foi sont dites « *iuris gentium* », par opposition au *ius proprium ciuium romanorum*: c'est notamment le cas de la vente, de la location, de la société, du dépôt, du commodat. C'est l'un des rares énoncés jurisprudentiels qui manifeste en apparence ce qu'on pourrait appeler leur fondement. De cette qualification, on a déduit, à nos yeux trop aisément, même en l'étayant d'arguments sérieux, l'idée que les actions de bonne foi seraient nées de l'essor des échanges économiques et commerciaux avec les pérégrins. L'idée, fort séduisante, était la suivante. Cette distinction *ius ciuile/ius gentium* serait une opposition entre deux sources formelles⁹¹⁵ et indiquerait que leur fondement est autre que celui des vieilles actions civiles prévues par la loi des douze tables et par la législation post-décemvirale, accessibles uniquement aux citoyens romains hors prévision conventionnelle. Face à l'impossibilité pour les étrangers d'y accéder, et face à leur inadéquation aux nouvelles exigences du commerce, alors même que les échanges économiques avec l'étranger et la constitution des premières provinces exigeaient une sanction juridique efficace des rapports de négoce entre Romains et pérégrins, le préteur (sans doute celui *qui ius inter peregrinos dicit*) aurait constitué des remèdes en justice fondés non pas sur la *lex*, mais sur le *ius gentium*, un dénominateur juridique commun aux étrangers et aux Romains, et cette prise en considération d'échanges économiques et commerciaux aurait conduit à reconnaître des institutions juridiques non-formalistes par opposition au *ius ciuile* archaïque et solennel. Ces négoce auraient été producteurs de véritables obligations, car elles reposeraient sur un système normatif différent, non pas la loi, mais la *fides bona*, qui serait l'expression spécifique du *ius gentium* en droit des obligations.

La question est en réalité double. Il est question de définir à la fois le fondement matériel intemporel à trouver à ces institutions (*ius gentium/proprius ius ciuile*) et les situations concrètes qui ont déterminé leur création: est-ce le contact croissant avec les étrangers qui a conduit le préteur pérégrin à créer des formules en

⁹¹⁴ Voir V. ARANGIO-RUIZ, *Formole*, p.378, mais encore plus récemment M.TALAMANCA, *Bona fides*, cit. p.107, moins circonspect que dans *Contractus e pactum*, cit. p.48.

⁹¹⁵ Sans doute les tenants actuels de cette théorie en ont-ils une vision plus complexe et plus étoffée. Voir R.FIORI, *Ea res agatur*, p.

reconnaissant l'existence d'obligations juridiques dont le fondement serait paralégislatif et supranational (*fides bona/ius gentium*)?

Un premier fait est frappant mais dicte la réponse à ces deux questions: aucun texte de jurisprudence concernant une action de bonne foi de l'album ne nous mentionne une paternité manifeste du préteur pérégrin⁹¹⁶, ou un lien aux négoce avec les pérégrins. Si, pour certaines actions, tel a pu être le cas, le trait n'est pas apparu comme caractéristique des origines de l'institution concernée, et ce déni historique serait surprenant. Car les romains sont généralement assez enclins à reconnaître ce qui leur vient de l'étranger, ou ce qui leur vient du contact avec les étrangers. Jamais nous n'avons la moindre évocation d'une pareille origine historique, alors que par exemple Gaius n'hésite pas à nous présenter, sans doute un peu cavalièrement, l'origine des fidéicommiss dans l'impossibilité d'instituer comme héritier ou comme légataire un pérégrin⁹¹⁷. La charge de la preuve à ce titre pèserait plutôt sur les partisans d'une origine « pérégrine » des premières institutions sanctionnées par un *iudicium in quo additur ex fide bona*. Cette donnée a elle seule incite à se demander si vraiment les échanges avec les pérégrins ont pu être un facteur décisif dans la création des obligations protégées par une action de bonne foi.

Il n'est certes pas question de contester que la civilisation romaine a connu de profondes mutations à époque médio- et tardo-républicaine, dues à une ouverture sans précédent sur l'étranger; que ces profondes mutations ont considérablement modifié la conscience juridique romaine par un jeu d'interactions complexes⁹¹⁸; que la naissance des actions de bonne foi eût donc été parfaitement impossible sans ce changement, car elle supposait nécessairement un changement de conscience juridique par rapport à celle qui animait la première jurisprudence pontificale de l'époque archaïque. Mais c'est à dessein que nous prenons un peu cavalièrement le contrepieds de cette hypothèse qui fait de l'essor du commerce international avec les étrangers à partir de l'époque médio-républicaine non seulement la toile de fond, mais la raison majeure et déterminante expliquant la reconnaissance d'obligations non prévues par la législation archaïque: qu'elles soient considérées dans leur ensemble ou chacune dans sa

⁹¹⁶ Pour la *Lex de Gallia Cisalpina*, voir *infra*

⁹¹⁷ *Iust.* II.285. *Ut ecce peregrini poterant fideicommissa capere, et fere haec fuit origo fideicommissorum. sed postea id prohibitum est, et nunc ex oratione diui Hadriani senatus consultum factum est, ut ea fideicommissa fisco uindicarentur.*

⁹¹⁸ F.WIEACKER, *RRG I*, p.;

singularité, elles n'offrent aucun indice majeur ni d'une origine internationale ni d'une origine « commerciale »⁹¹⁹.

Car à nos yeux, la relation *fides bona-ius gentium* n'offre aucun caractère bi-univoque (section 1), et il semble que l'élément d'extranéité n'a nullement dicté, d'un point de vue historique, le mode de formation ou le régime de ces obligations. C'est plutôt dans le « *proprium ius ciuile* », par une interprétation *a contrario* de la *lex* (section 2), que la jurisprudence est parvenue à sanctionner ces nouvelles obligations à la *res ipsa*.

Section 1: *Fides bona* et *ius gentium*: une relation ténue et équivoque

Section 2: *Proprium ius ciuile* et *interpretatio*: la reconnaissance jurisprudentie

⁹¹⁹ Ainsi est-ce avec une certaine ironie que F.WIEACKER, ZSS 1980, p.12-13, parle d'un « pathos » du *ius gentium* et du préteur pérégrin.

2.2.1. *Fides bona* et *ius gentium*: une relation ténue et non bi-univoque (Section 1)

De nombreuses institutions faisant naître une action de bonne foi sont qualifiables de « *ius gentium* », quoique nulle part un lien net ne soit fait en jurisprudence entre *fides bona* et *ius gentium*. Un lien très fort existe certes entre *fides* et *ius gentium*: le droit des traités, et de manière générale le droit international public tel qu'il est conçu par les Romains sont largement régis par la *fides*, notamment dans le *ius fetiale*⁹²⁰. Mais autre chose est la *fides*, autre chose est la *fides bona*. Au mieux ce rapport rend-il légitime la question du lien entre *fides bona* et *ius gentium*, lien sinon superficiel, du moins assez ténue à nos yeux⁹²¹, puisqu'il n'offre dans la jurisprudence aucun caractère de bi-univocité. Ainsi, les obligations *ius gentium* ne reçoivent pas nécessairement une sanction par des actions de bonne foi (sous-section 1), tandis que les obligations de bonne foi sont loin de toute procéder d'institutions qualifiées de *ius gentium* (sous-section 2).

Sous-section 1: les obligations *ius gentium* et leur sanction marginale par une action de bonne foi

Sous-section 2: les obligations « de bonne foi » et leur rapport marginal au *ius gentium*

⁹²⁰ Voir D.NÖRR, *Die fides im römischen Volkerrecht*, Heidelberg, 1991. M.KASER, *Ius Gentium*, 1993, p.10 ss et G.LOMBARDI, « *Diritto romano e ius gentium* », SDHI, 1950, p.250.

⁹²¹ Voir M.KASER, *Ius Gentium*, p.117 ss. En sens totalement contraire, ce lien est soutenu par P.FREZZA, « A proposito di *fides* e *bona fides* come valore normativo in Roma nei rapporti dell'ordinamento interno e internazionale », SDHI, 57, 1991, p.297

2.2.1.1. Les obligations *iuris gentium* et leur sanction marginale par une action de bonne foi (Sous-section 1)

Les nombreuses institutions qui participent du « *ius gentium* » sont pour la plupart étrangères à la discipline des *iudicia bonae fidei*. Le principe reste que le *ius gentium* ne convoque nullement en droit des obligations une référence à la *fides bona* (I), nonobstant le cas des stipulations et notamment de celle mentionnée par la *lex de Gallia de Cisalpina* (II).

2.2.1.1.1. Le principe: l'obligation *iuris gentium* n'implique pas de référence à la *fides bona* (I)

La notion de *ius gentium* offre, sinon une certaine polysémie, du moins un éventails d'emplois assez étonnant⁹²²: il représente à la fois une approche anthropologique et comparative du droit romain avec les autres droits, et c'est ce qui rend fort ambivalent son rapport au « *ius civile* » (A), mais il représente encore une approche fonctionnelle pour résoudre concrètement certains problèmes de droit international privé, d'où il suit que les institutions sanctionnées par les actions de droit strict peuvent tout à fait être dites *iuris gentium* (B).

⁹²² Dans la mesure où notre documentation sur cette notion est essentiellement celle du IIème-IIIème siècle, elle apparaît largement comme une construction. Voir à ce propos M.TALAMANCA « *Ius gentium* da Adriano ai Severi » in *La codificazione de Diritto dall'antico al moderno*, 1998, p.191.

2.2.1.1.1.1. *L'approche anthropologique et comparative: un rapport ambivalent entre ius ciuile et ius gentium (A)*

Cette notion est autant dans un rapport d'opposition avec le *ius ciuile*(1) que dans un rapport d'intégration (2).

1.un rapport d'opposition entre *ius ciuile* et *ius gentium*

Cette notion a d'abord et avant tout une fonction descriptive, qui relève d'une proto-anthropologie juridique et qui trouve son point d'incidence aussi bien droit des personnes, en droit des biens qu'en droit des obligations. Les juristes romains ont conscience de ce qui est une spécificité romaine (*ius proprium ciuium Romanorum*) et de ce qui ne l'est pas (*ius gentium*).

1°Elle permet d'opposer aussi bien des natures et des institutions, que des règles et des régimes.

A lire le commentaire de Gaius, la notion a une incidence capitale en matière d'état des personnes et c'est indubitablement le livre I des *Institutes* qui fourmille le plus de références au *ius gentium*. Ainsi, la *patria potestas*, la *manus* sont des institutions que les Romains considèrent comme particulières à leur cité et n'en trouvent aucun exact équivalent ailleurs. En revanche, ils constatent qu'il existe des formes de domination servile ailleurs que dans leur cité, aussi la *potestas* qu'exercent les maîtres sur leurs esclaves est-elle considérée par Gaius comme « *iuris gentium* ».

De même, il existe deux types de propriété, la propriété quiritaire opposée à la propriété *iuris gentium*. Il existe ainsi des modes d'acquisition de la propriété qui relèvent du droit des gens, comme la chasse, l'alluvion, le butin pris à la guerre, la remise de la chose (*traditio*). En revanche, la *mancipatio* ou l'*usus* annuel ou biennal pour les *res mancipi* sont des modes d'acquisition particuliers à la cité romaine, fondés sur la loi romaine. Ainsi, une même institution, la propriété, se décline dans ces deux catégories: il existe une propriété du droit des gens comme une propriété du droit civil. A contrario encore, les lieux peuvent être considérés comme publics et

donc insusceptibles d'appropriation en vertu du droit des gens (mer, fleuves), ou en vertu des règles propres à une cité.

De même, certaines conventions sont fondées sur la loi, et donc sur le droit propre à la cité, certaines autres relèvent du droit des gens en ce sens qu'on les rencontrerait dans toutes les civilisations.

Par ailleurs, une même institution peut trouver son expression spécifique dans le *ius ciuile*, d'une part, et dans le *ius gentium* d'autre part. Ainsi, le *dominium*, la *potestas*.

Des règles de droit complémentaires, surtout en matière de droit des personnes, sont opposées comme relevant des deux catégories: la condition de l'enfant est selon le droit civil, celle du père, selon des conditions fixées par le droit propre à la cité romaine (conception de l'enfant, et non naissance, dans un mariage légitime); à défaut, l'enfant suivra, selon le *ius gentium*, la condition de la mère, en considérant le moment de la naissance.

2° Cette approche d'anthropologie juridique se double d'une justification philosophique célèbre chez Gaius: les institutions du droit des gens reposent sur la *ratio naturalis*. Il est difficile de se prononcer sur son inspiration. On veut souvent y voir une influence du stoïcisme; retenons toutefois que ce concept, fort opérationnel, est sans doute le fruit d'une certaine conception du droit mais qu'il est employé semble-t-il avant tout par la jurisprudence classique, même s'il s'observe chez Cicéron qui semble le considérer comme ancien.

Ulpien⁹²³ présente à son tour le droit civil sous la sa fameuse équation: le droit civil, c'est le droit des gens auquel on a ajouté ou soustrait quelque chose. Cette image est d'autant plus séduisante qu'il fait du droit des gens l'essence du droit considéré *sub specie aeternitatis*, du droit civil son expression accidentelle et déformée par la contingence. Gaius procède de même, au moyen d'une fiction historique, à savoir que l'origine de l'humanité connaissait uniquement le droit des gens, qui donc représente un droit antérieur au droit civil, d'où l'opportunité de présenter d'abord les modes d'acquisition de la propriété *iuris gentium*.

Ce n'est toutefois pas tant l'observation d'autres systèmes juridiques qui permet de cerner ce qui relève du droit des gens pour un juriste romain. C'est par l'observation de ce qui, au sein du droit romain, peut être justifié *ratione naturali*, que les juristes

romains présupposent, parfois assez rapidement, qu'une institution romaine n'est que l'expression d'un droit commun à tous les peuples. Le *ius gentium* est alors dans un rapport d'intégration au *ius civile*.

2. Un rapport d'intégration: le *ius gentium*, un concept de droit romain

C'est au sein du droit romain même que sont isolables des institutions qualifiables d'institutions du droit des gens: c'est pourquoi Gaius précise que le droit dont usent les Romains est à la fois constitué d'un droit propre à la cité, et d'un droit qui est supposé selon les juristes être pratiqué par tous les hommes, avant de présenter véritablement les sources formelles du droit romain. Cette *summa diuisio* ne sert donc pas à poser une division des sources formelles. Elle présente deux types de qualifications que peut recevoir une nature ou une règle juridique du droit romain. Elle exprime plutôt une source matérielle aux yeux des juristes classiques.

Techniquement parlant, le droit des gens est une construction juridique de la jurisprudence romaine elle-même et qui ne s'oppose pas au *ius civile* comme une source du droit différente: certaines institutions civiles du droit romain reçoivent la qualification d'institutions du droit des gens, sans que leur source formelle soit différente: elles peuvent être fondées sur la loi tout en étant identifiées comme relevant du droit des gens.

Ainsi, la fameuse explication de Cicéron montre exactement cette identification partielle entre droit civil et droit des gens, après avoir montré leur différence en principe⁹²⁴. Le droit civil n'est pas nécessairement selon lui le reflet d'un droit commun à tous les peuples. Les Romains ont dès lors parfaitement conscience des particularités de leur propre droit, de ce qui constitue des formes d'idiotismes juridiques. Mais les anciens, aux dires de Cicéron, auraient voulu que ce qui relève du droit des gens soit transposé dans le droit de la cité. Cela ne suppose nullement qu'à côté de la loi le droit des gens représenterait en soi une source formelle autonome. Tout d'abord, si l'on identifie *ius gentium* et droit international public, on peut noter

⁹²³ Dig. 1.1.6pr. Ulpianus 1 inst. *Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficitur.*

que la loi doit se conformer au droit international et notamment aux traités⁹²⁵. Par ailleurs, la loi peut elle-même intégrer dans l'ordre juridique romain des institutions fondées *ratione naturali*. Un exemple incident en est donné par Gaius lorsqu'il présente et justifie l'incapacité d'exercice des impubères par opposition à celle qui frappe les femmes à raison de leur sexe⁹²⁶. La tutelle des impubères est en effet une institution qui se retrouve dans le droit de toutes les cités. Et elle est en accord avec la *ratio naturalis*, qui représente pour Gaius l'élément fondateur du *ius gentium*. C'est dire que cette institution, la tutelle, quoique réservée par le droit romain aux seuls citoyens romains, représente du *ius gentium*, même si elle est fondée formellement sur la loi des Douze Tables et sur son interprétation.

De même, lorsque Hermogénien présente les institutions nées du *ius gentium*, il y présente même la division des champs par des *termini*. Ainsi, l'institution que vient protéger la vieille action décemvirale *finium regundorum*, peut recevoir à ses yeux un fondement dans le droit des gens.

2° Mais il est surtout notable que cette approche anthropologique et descriptive est pratiquée non pas tant pour célébrer une sorte de droit commun à tous les peuples, que pour cerner négativement les spécificités romaines: la *potestas* sur les esclaves est dite « *iuris gentium* » moins pour faire le constat, somme toute trivial, que la servitude est une institution fort bien partagée, que pour souligner la spécificité romaine que constituent la *patria potestas* sur les fils de famille, la *manus*, le *mancipium* et la *causa mancipii*. En tous les cas, si cette qualification doit justifier quelque chose en droit romain, c'est moins l'existence de l'esclavage, que d'expliquer pourquoi les femmes peuvent avoir elles aussi une *potestas* sur leurs esclaves, même si elles n'ont pas de *potestas iuris ciuilis* sur leurs enfants. La tutelle des impubères est de même non pas tant célébrée pour elle-même comme une institution reposant sur

⁹²⁴ De Off. III, 69 *Itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt, quod civile, non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet.*

⁹²⁵ Un exemple célèbre en est fourni par une disposition de la loi des Douze Tables, comme l'a admirablement montré DAVID KREMER, *Ius latinum : le concept de droit latin sous la république et l'Empire*, Paris 2007 et. Le verset *adversus hostem aeterna auctoritas esto*, qui ne fait que se conformer, en matière d'*actio auctoritatis*, aux dispositions du *foedus Cassianum* instituant la Ligue Latine.

⁹²⁶ *Inst.*, I.189. *Sed inpuberes quidem in tutela esse omnium civitatum iure contingit; quia id naturali rationi conueniens est, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur, nec fere ulla civitas est, in qua non licet parentibus liberis suis inpuberibus testamento tutorem dare(...)* Voir sur ce texte KASER, *Ius gentium*, p. 87.

la *ratio naturalis*⁹²⁷, que pour souligner le caractère contraire à la raison naturelle de l'incapacité d'exercice des femmes à raison de leur sexe dans le droit romain.

En soi, le *ius gentium* représente certes chez les juristes romains la découverte, somme toute triviale et souvent erronée, d'universaux juridiques, mais elle procède plus encore de la prise de conscience d'une certaine relativité du droit. Et cette relativité est présentée, de manière très optimiste, comme un accident historique survenu au droit des gens. La notion est donc surtout un instrument jurisprudentiel de lecture du droit romain lui-même, avec ses parti-pris proprement romains: lorsqu'un jurisconsulte présente les conventions du droit des gens comme différentes conventions particulières, il n'a pas conscience d'avoir hypostasié de manière artificielle la typicité contractuelle qui est non pas une vérité naturelle mais une donnée juridique proprement romaine. Et cela tient, là encore, à ce que la notion de *ius gentium* est un concept juridique qui sert avant tout à la résolution jurisprudentielle de problèmes de droit proprement romains. Car cette approche comparatiste teintée d'une anthropologie naïve et sommaire cache parfois une finalité concrète, notamment en droit des biens et en droit des obligations, qui est de résoudre un problème de droit international privé.

2.2.1.1.1.2. *L'approche du droit international privé en matière d'obligations: l'absence d'exclusion entre droit strict et « ius gentium » (B)*

Dans la mesure où l'opposition *ius civile/ ius gentium* n'a pas de nature procédurale (1), il n'existe en réalité aucun rapport d'exclusion entre *ius strictum* et *ius gentium*(2), lequel ne représente qu'une technique parmi d'autres d'extension du droit des obligations aux étrangers(3), en complémentarité avec la *fictio ciuitatis*(4)

1. Le caractère non-procédural de la qualification

Il est tout d'abord à noter que la distinction *ius civile/ius gentium* n'est jamais utilisée dans la typologie des actions: l'expression « **actio iuris gentium* », ou **iudicium iuris*

⁹²⁷

Gaius *Inst.*, I.191. Voir sur ce texte M.KASER, *Ius Gentium*, p.87

gentium, n'existe pas⁹²⁸. Seule la cause de l'action peut être qualifiée de *iuris gentium*. On notera à ce titre que presque toutes les causes d'obligations sont dites *iure gentium* d'après les juristes. Lorsqu'Hermogénien nous présente le *ius gentium*, il va jusqu'à dire que les obligations ont été constituées *iure gentium*, hormis quelques unes qui furent introduites *iure civili*. L'origine *iure gentium* d'une obligation est donc plutôt la règle, et non un fait qui mérite l'attention. Dire d'une pratique qu'elle est *iuris gentium* ne préjuge en rien de la nécessité d'une action. D'ailleurs, a contrario, en matière d'obligation naturelle, Paul emploie encore un langage assez significatif: pour exprimer ce qu'est une obligation naturelle, il emploie la tournure typique de l'intentio de l'action de droit strict, « *dare oportere* », en faisant porter sur elle le complément *iure gentium*⁹²⁹.

Il est significatif à ce titre que la notion d'*obligatio naturalis* soit définie par référence au *ius gentium* fondé précisément *ratione naturali*. L'obligation naturelle a pour principale conséquence de ne pas fonder nécessairement d'action. Et significativement, il n'existe pas d'*actio iuris gentium*. Ce terme serait en principe une impropriété juridique. On peut en déduire même que le *ius gentium* est un point de vue non procédural sur la cause d'une obligation, indépendante de la sanction qu'elle est susceptible de recevoir.

Notamment, le *mutuum* est considéré comme une institution du *ius gentium*. Dire d'un contrat qu'il est *iuris gentium*, c'est d'un point de vue descriptif, considérer que les éléments qui le constituent aux yeux du droit romain sont pratiqués par tous les hommes, qui lui attribuent une certaine force contraignante, au moins d'un point de vue « moral »: remettre de l'argent ou une certaine quantité de grains à quelqu'un pour qu'il nous en rende pareille quantité est considéré comme une pratique existant partout, et de tout temps, sans même considérer la question de sa sanction: après tout, il peut fort bien exister des systèmes juridiques qui ne sanctionnent pas l'obligation de restituer née du simple acte matériel, mais qui imposent d'autres prérequis, tels que la rédaction d'un écrit, ou qui considèrent que le simple accord des parties suffit à former l'obligation. Or ce que les romains signifient en disant que le *mutuum* est *iuris gentium*, c'est que partout un individu qui remet un boisseau de blé à quelqu'un se considère comme fondé à demander à une date ultérieure la restitution d'un

⁹²⁸ V.ARANGIO-RUIZ, “Les formules des actions et le système du droit romain classique”, cit. p.430 *passim*. L'emploi sans doute par raccourci, pour parler d'un « système du *ius gentium*, d'une manière toutefois équivoque puisqu'il semble la mettre sur le même plan que des distinctions bien attestées dans la jurisprudence classique.

équivalent. Ce sentiment contraignant existe selon eux partout indépendamment de l'existence ou non d'une sanction dès la remise du boisseau de blé. C'est en cela que l'obligation est fondée *ratione naturali*.

Le *ius gentium* apparaît donc comme un point de vue sur le droit sans sanction nécessaire par voie d'action. Ainsi, la rencontre des volontés engendre, *iure gentium*, des obligations; mais en droit romain, *ex nudo pacto nulla nascitur actio*. Bien entendu, les juristes utilisent la notion de *ius gentium* comme fondement matériel pour inciter le préteur à sanctionner à certaines conditions l'obligation qui naît ainsi *iure gentium* par une procédure (action, exception), tout comme ils apportent des solutions jurisprudentielles sanctionnant indirectement de pareilles institutions grâce à des actions déjà intégrées de longue date dans le droit positif. Mais le point de vue « *iuris gentium* » n'entraîne pas nécessairement une conséquence procédurale par voie d'action, et représente à ce titre un point de vue non procédural, ce qui explique l'absence d'exclusion entre *ius strictum* et *ius gentium*.

2.L'absence d'exclusion entre *ius strictum* et *ius gentium*

Le *ius gentium* est donc une qualification susceptible d'être donnée à la cause d'une action concédée par le droit romain, mais non à l'action elle-même, ni encore moins à la formule qui l'exprime, les Romains étant suffisamment conscients de ce que la procédure formulaire et leur *Aktionenrechtliches Denken* sont rien moins qu'universalisables. A l'inverse, nous montrerons en un autre endroit que l'opposition entre *actio stricti iuris* ou *iudicium strictum* et *actio* ou *iudicium bonae fidei* est une opposition qui tient à la procédure, à l'office et au pouvoir du *iudex*. Il n'y a aucune contradiction à ce qu'une *obligatio* identifiée comme *iuris gentium* soit sanctionnée par une *actio stricti iuris*.

Et c'est ce que confirment les textes: presque toutes les causes d'une *condictio* sont identifiées comme « *iuris gentium* » d'après les juristes. La réponse à une question « tu le feras? » par un « je le ferai » se rencontre chez tous les hommes d'après les juristes classiques, en tous les cas tous sont susceptibles de se sentir obligés par une

⁹²⁹ Dig. 50.17.84.1 Paulus 3 quaest. *Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus.*

pareille réponse, et ce mode d'obligation *iuris gentium* trouve son expression romaine dans la stipulation, qui est précisément qualifiée d'obligation *iuris gentium*. Elle engendre pourtant une action de droit strict, sans clause *ex fide bona*. Tout comme la *numeratio pecuniae* est elle encore une manière de s'obliger qui relève du *ius gentium*.

Plus encore, l'obligation de restituer l'indu ou l'enrichissement sans cause procèdent du *ius gentium*. Il est même notable que la seule expression qui semble faire incider au niveau de la procédure le concept de *ius gentium* soit fait à propos de la *condictio* lorsqu'elle est utilisée contre celui qui possède *ex iniusta causa*⁹³⁰, par exception à la règle civile *nemo potest rem suam condicere*. L'expression « *condici iure gentium* » vise d'ailleurs un cas de *condictio furtiva*.

En réalité, la plupart des institutions sanctionnées par l'action de droit strict par excellence, la *condictio*, sont dites *iuris gentium*.

A l'inverse, lorsque les romains visent le dépôt ou le commodat comme des institutions *iuris gentium*, ils ne font aucune référence à la voie d'action qui protège l'obligation. Il visent la convention, indépendamment de l'action qui la protège, que ce soit la formule « *ex fide bona* », (*iudicium bonae fidei*), ou la formule *in factum*, qui est considérée par les prudents comme une action « *stricti iuris* ». A ce titre, lorsque les prudents qualifient le dépôt de contrat du *ius gentium*, ils ne font pas de lien particulier avec l'action de bonne foi qui sanctionne l'institution. Une action de dépôt peut naître *ex edicto praetoris* ou *ex lege duodecim tabularum*, elle ne naît pas *ex iure ciuili aut ex iure gentium*. Un texte de Tryphoninus⁹³¹ montre particulièrement bien comment l'opposition *ius ciuile/ius gentium* détermine la *bona fides*, et donc ne s'identifie en rien à elle: la question abstraite qu'il se pose est de savoir si la *bona fides* s'apprécie *ad merum ius gentium* ou *ad praecepta ciuilia*: au cas où les biens du déposant ont été confisqués, le dépositaire doit-il restituer le dépôt au fisc ou au dépositaire? La réponse est bien entendu au fisc, la *bona fides*, dont l'appréciation relève de l'office du iudex, ne s'appréciant pas *ad merum ius gentium*, même si le dépôt est un contrat *iuris gentium*.

⁹³⁰ Dig. 25.2.25 Marcianus 3 reg. *Rerum quidem amotarum iudicium sic habet locum, si divortii consilio res amotae fuerint et secutum divortium fuerit. sed si in matrimonio uxor marito res subtraxerit, licet cessat rerum amotarum actio, tamen ipsas res maritus condicere potest: nam iure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex iusta causa possident.*

⁹³¹ Dig.16.3.31 (Tryph. Quest.) Sur ce texte, voir M.TALAMANCA, *Bona fides*, p.107, qui en tire pourtant les conséquences inverses.

C'est dire qu'une obligation « *iuris gentium* » est loin d'appeler, pour les classiques, une sanction par une action de bonne foi, et que l'oportere dit de droit strict s'accommode parfaitement d'une cause qui relève du *ius gentium*.

Cette qualification substantielle est essentiellement utilisée à des fins très concrètes, permettant notamment de faire accéder les étrangers à une institution.

3. La qualification « *iuris gentium* » comme résolution d'un problème de droit international privé lié à l'état des personnes

La principale préoccupation des juristes derrière cette étiquette n'est pas dans l'approche comparatiste. Elle permet généralement de résoudre certains problèmes de droit des obligations qui ont trait à l'état des personnes, et notamment de justifier l'accès des étrangers à une institution donnée du droit romain, alors que le droit de passer des actes juridiques et de les voir sanctionnés par des voies officielles garanties par la puissance publique est, en principe, réservée aux seuls citoyens romains.

Il existe, pour ainsi dire, trois techniques, qui opèrent à des niveaux différents, pour justifier cet accès. L'une relève proprement du droit international, les deux autres sont proprement des solutions de droit interne. Il existe pour ainsi dire une technique conventionnelle (1°), une technique procédurale et prétorienne (2°), et enfin une technique plus substantielle dont la légitimité est surtout jurisprudentielle (3°).

1° La technique du traité: une convention internationale prévoit explicitement de donner le *commercium* aux ressortissants d'une cité qui est partie au traité. Dans sa forme la plus aboutie, le *foedus Cassianum* donne aux membres de la Ligue Latine ce droit. Dans sa forme dérivée, le « *ius latinum* » est une technique qui permet d'octroyer à des entités qui sont formées de non-citoyens, des droits civils, parmi lesquels le droit de passer tous les actes que peuvent passer des citoyens romains, et notamment d'ester en justice. Concrètement, sur le plan du droit des biens et du droit des obligations, un bénéficiaire du droit latin peut exercer les mêmes droits qu'un citoyen romain.

2° A défaut de convention, une technique proprement prétorienne, dont on ne connaît pas la date d'apparition, est celle de la fiction de citoyenneté. Gaius nous en donne un

bel exemple avec l'*actio furti* « *ope consilio* », à laquelle le prêteur ajoutera une fiction de citoyenneté, parce qu'elle n'est en principe accessible qu'aux seuls citoyens romains. Il ordonnera au juge de juger comme si le pérégrin était un citoyen romain.

3° Enfin, toujours à défaut de convention, la troisième forme de protection semble d'inspiration jurisprudentielle: c'est la qualification de la cause de l'action en institution du « *ius gentium* », car elle permet de contourner plus généralement les difficultés liées à l'état des personnes. Identifier un mode d'obligation, ou n'importe quel type de droit, comme reposant sur le droit des gens, c'est permettre son accès aux étrangers. D'où les célèbres textes de Gaius concernant la stipulation, qui, pour peu qu'on emploie un autre terme que *spondeo*, permet de faire naître une obligation au bénéficiaire ou à la charge d'un pérégrin. A contrario, c'est le caractère « *iuris ciuilis* » de l'*expensilatio*, mode de formation de l'obligation typiquement romain, qui la rendait en principe inaccessible aux étrangers, malgré les tempéraments trouvés par l'école Sabinienne.

Le caractère instrumental de cette qualification en institution du *ius gentium* se retrouve chez Ulpien à propos de l'*acceptilatio*⁹³². Il en tire deux conséquences, l'une que, même s'il ne peut s'obliger ni obliger son maître *iure ciuili*, l'esclave peut éteindre par *acceptilatio* les obligations sanctionnées par voie d'action prétorienne (*de peculio*, *de in rem uerso*, etc.), l'autre que l'*acceptilatio* peut être faite dans une autre langue que le latin, pourvu que sa structure soit respectée, d'où l'on déduit facilement qu'elle est praticable, tout comme la stipulation, entre pérégrins. L'expression *hoc iure utimur ut iuris gentium sit acceptilatio* montre l'aspect artificiel que donne Ulpien à cette qualification. Elle apparaît dans ce contexte d'autant plus instrumentale qu'il n'est rien moins qu'évident de faire d'un acte solennel destiné à l'extinction d'une *obligatio uerbis* une institution commune à tous les hommes. Par ailleurs, Ulpien aurait très bien pu considérer que l'*acceptilatio* vaudrait en de pareilles situations uniquement « *potestate conuentionis* », c'est-à-dire à raison du pacte qui se cache derrière sa forme solennelle, comme Julien le fait lorsque deux parties ont essayé

⁹³² Dig. 46.4.8.4 Ulpianus 48 ad sab. *Filius familias promittendo patrem civiliter non obligat, sed se obligat: propter quod accepto rogare filius familias potest, ut se liberet, quia ipse obligatus est, pater autem acceptum rogando nihil agit, cum non sit ipse obligatus, sed filius. idem erit et in seruo dicendum: nam et seruus accepto liberari potest, et tolluntur etiam honorariae obligationes, si quae sunt aduersus dominum. quia hoc iure utimur, ut iuris gentium sit acceptilatio: et ideo puto et graece posse acceptum fieri, dummodo sic fiat, ut latinis uerbis solet: ex eis labwn dynaria tosa; exo labwn.*

d'éteindre une obligation non contractée *uerbis* par une *acceptilatio*⁹³³. Or la solution serait sans doute non optimale, dans la mesure où, si l'*acceptilatio* valait entre pérégrins uniquement *potestate conuentionis*, on ne pourrait la faire valoir qu'en insérant l'exception de pacte dans la formule de l'action de droit strict qui naîtrait de la stipulation, l'obligation n'étant pas *ipso iure* éteinte. Mais la solution décrite par Ulpien et consistant à qualifier l'*acceptilatio* d'institution *iuris gentium* revient à dire qu'elle éteint de plein droit une précédente *obligatio uerbis* contractée avec un pérégrin, sans qu'il soit besoin d'insérer préliminairement une exception de pacte contre l'action du stipulant. Il parvient ainsi à une solution économique et d'autant plus opportune que les étrangers ne connaissent pas nécessairement ce genre de subtilité liée à la dualité de phases dans la procédure formulaire. C'est dire en tous les cas que cette qualification est avant tout destinée, même lorsqu'elle paraît peu vraisemblable, à justifier des solutions concrètes et opportunes, comme l'accès d'une institution aux étrangers.

4. La complémentarité entre deux techniques: fiction de citoyenneté et qualification « *iuris gentium* »

Un problème se pose concernant la complémentarité ou la concurrence entre les deux dernières techniques juridiques, fiction de citoyenneté et qualification de la cause d'une action comme procédant du droit des gens. Assurément ces deux techniques sont bien distinctes, et il nous paraît vraisemblable que leur champ d'application ait été bien distinct: qualifier une obligation de *iuris gentium* pour permettre aux pérégrins d'obliger et de s'obliger trouvait un intérêt dans le champ des actions personnelles réipersécutoires, tandis que la fiction de citoyenneté s'appliquait sans doute aux formules des actions délictuelles ou mixtes, en plus des actions réelles.

Il nous semble en effet peu vraisemblable que toutes les *condictiones* délivrées par le préteur pérégrin aient nécessité l'insertion d'une fiction de citoyenneté.

Un problème se pose, qui est de savoir pourquoi, en matière de droits personnels, toutes les obligations n'ont pas été considérées comme *iuris gentium*. On remarquera une chose fort étonnante, que les délits, en tant qu'ils ouvrent une action pénale, ne

⁹³³ Dig.18.5.5.

sont jamais considérés comme des manières de s'obliger *iure gentium*. On peut le comprendre en fait aisément si l'on se place du point de vue de l'action. On pourrait concevoir (ce que fera beaucoup plus tard l'école du droit naturel) que certains délits, substantiellement considérés, relèvent du droit des gens en ce qu'il fondent un droit à réparation dans son principe; d'ailleurs l'obligation de restituer ex causa furtiva peut naître *iure gentium*, et l'on pourra pratiquer la *condictio*: que le voleur ait à restituer la chose, peut importe la voie procédurale, relève aux yeux des juristes d'un bon sens élémentaire et peut donc être qualifié d'obligation *iuris gentium*. Mais concrètement l'action pénale ou mixte qui naît d'un délit procède directement de la loi; la multiplication de la *poena*, ou encore la *litiscretio*, ne peuvent aucunement être considérées comme *iuris gentium*, et c'est le droit propre de la cité qui fonde la *poena*. Plus encore, le droit de cumuler la *poena* contre le voleur avec la *condictio furtiva* est nécessairement vu comme une particularité romaine. C'est ce qui exclut du *iuris gentium*, les délits qui ouvrent droit à une *poena* établie législativement.

Il est dès lors significatif de voir que la fiction de citoyenneté évoquée par Gaius se trouve illustrée par la formule de l'*actio furti* ainsi que par l'exemple de la *lex Aquilia*. Il a fallu inventer la fiction de citoyenneté parce que le profil de ces actions, notamment la peine du double qui entre en concours cumulatif avec d'éventuelles actions répersécutoires, ainsi que la *litiscretio* liée à l'*infinitio*, ou la règle du « *quantum plurimum* », étaient des pures spécificités romaines, alors même qu'il semblait pourtant juste et équitable de ne pas laisser le délit impuni; de surcroît, dans la mesure où les actions pénales, quoi que « privées », assurent aussi une fonction répressive et dissuasive, il paraîtrait particulièrement peu judicieux du point de vue de l'ordre social d'établir une sanction moins dissuasive en établissant une simple action répersécutoire : cela reviendrait à dire que l'ordre juridique romain considère que la gravité du vol serait fonction de la nationalité de la victime ou du voleur.

A contrario, le fait que Gaius ne mentionne pas d'actions répersécutoires pour illustrer son propos sur la fiction de citoyenneté (alors qu'il le fera au paragraphe suivant pour la fiction de rescision de *capitis deminutio*, et qu'il venait de le faire pour la fiction d'hérédité), invite à penser que le préteur pérégrin ne délivrait pas leurs formules avec une fiction de citoyenneté. Ainsi, en matière d'obligations délictuelles légitimes, la question concrète qui se pose au préteur lorsqu'un pérégrin est partie à la procédure, est de savoir s'il est juste de lui concéder l'action malgré son profil typiquement romain, mais avec fiction de citoyenneté; en matière d'action

réipersécutoire, la question est de savoir si oui ou non l'obligation peut être considérée comme relevant du *ius gentium*, pour lui délivrer l'action directe. Pour peu que la cause de l'obligation soit reconnue comme relevant du droit des gens et comme faisant naître un *oportere*, la réclamation par ou contre un pérégrin de la *res ipsa* ne posait aucune difficulté: dès lors, le *paret oportere* pouvait paraître vrai même lorsqu'il en allait d'un non-citoyen. Cela ne voulait pas dire bien entendu, que toute obligation engendrant une action réipersécutoire était accessible de plein droit aux étrangers: mais si on la jugeait accessible par ce qu'elle procédait du droit des gens, on devait très vraisemblablement se passer de la fiction de citoyenneté. En outre, lorsque Gaius nous dit au livre III que tel ou tel mode de s'obliger est accessible ou non aux pérégrins. il ne peut viser par là que l'existence d'une formule directe au bénéfice du pérégrin, autrement, l'obligation serait précisément nulle *iure ciuili*. A contrario, il ne s'intéresse jamais au problème de l'accessibilité de l'action pour les pérégrins lorsqu'il parle des délits: ces actions délictuelles constitués par le *ius ciuile* sont en principe accessibles uniquement aux citoyens romains.

A ce titre, la qualification d'une institution en institution du *ius gentium* n'a, dans le droit des obligations, strictement rien de spécifique aux actions de bonne foi, et concerne plutôt l'ensemble des actions réipersécutoires: leur accessibilité aux pérégrins était une question résolue action par action, étant entendu que la plupart d'entre elles pouvaient bénéficier aux pérégrins. La qualification d'un rapport d'obligation en institution du *ius gentium*, et son accès aux pérégrins, n'entretient donc aucun lien spécifique, à époque classique, avec la *fides bona*, malgré ce qu'en laisse paraître une certaine analyse de la *lex de Gallia Cisalpina*.

2.2.1.1.2. Les cas particuliers: la *fideiussio*, la *fidepromissio* et la *lex de Gallia Cisalpina* (II)

Si la jurisprudence classique n'établit, dans la matière générale du droit des obligations, aucun lien d'implication entre *ius gentium* et *fides bona*, un lien d'implication originaire entre *ius gentium* et *fides bona* est souvent recherché plus

particulièrement dans la matière des stipulations à époque républicaine⁹³⁴. Pourtant, ni le cas de la *fidepromissio* ou de la *fideiussio* (A), ni le cas de la *cautio damni infecti* dans l'album du préteur pérégrin d'après la *lex de Gallia Cisalpina* (B) ne montrent un lien évident entre *ius gentium* et *fides bona*.

2.2.1.1.2.1. Le cas de la 'fidepromissio' et de la 'fideiussio' (A)

On voudrait trouver un lien particulier entre *fides* et *ius gentium* en soulignant un lexique particulier propre aux stipulations accessibles aux pérégrins.(1°), mais ce lien, sans doute assez contingent, ne prouve rien quant à un lien entre *ius gentium* et *fides bona*(1°).

1°Gaius présente la stipulation faite sous la forme d'une *sponsio* comme un contrat accessible uniquement aux citoyens romains. La principale raison qu'il aurait pu en donner tiendrait au fondement décemviral de l'action: d'après le livre IV des *Institutes*, la *sponsio* faisait naître une action qu'on allait exercer d'après la loi des XII tables selon la *iudicis arbitriue postulatio, modus agendi* accessible aux seuls citoyens romains: les pérégrins ne pouvaient donc ni obliger, ni s'obliger en employant le terme « *spondeo* ». A l'inverse, des stipulations comme la *fidepromissio* ou la *fideiussio* sont considérées quant à elles comme *iuris gentium* et accessibles aux pérégrins, qui peuvent même stipuler et répondre dans une autre langue. On en déduirait qu'à l'inverse de la *sponsio*, fondée sur le droit propre aux citoyens romains, les pérégrins pourraient s'obliger sur le fondement d'un élément non proprement romain, à savoir la *fides*. Dès lors, l'obligation contractée *uerbis* et reconnue uniquement par le *ius proprium ciuium romanorum*, la *sponsio*, trouverait un équivalent dans le *ius gentium*, la *fidepromissio*.

Le contraste apparaît d'autant plus marquant du point de vue du droit du cautionnement. Il n'y a aucune différence de régime significative entre *sponsores* et *fidepromissores*, si ce n'est que les *fidepromissores* peuvent être des pérégrins.

⁹³⁴ Ainsi notamment W.KUNKEL, *Fest. Koschaker* II, p.8 ss. et P.FREZZA, « *Ius gentium* », RIDA 2, 1949, p.259 ss. Pour une critique en règle de toute l'argumentation reposant sur la présence du mot *fides* dans le formulaire des contrats *uerbis*, voir notamment F.WIEACKER, ZSS 80 1963, p.12-14, et A.WATSON, TR 32, 1964, p.248 ss., ainsi que M.KASER, *Atröm. Ius*, cit. p.298, devenu plus prudent quant à l'hypothèse d'une origine « pérégrine »

L'emploi du terme *fidepromitto* à la place de *spondeo* se justifierait donc uniquement par le fait que le stipulant ou le promettant seraient des pérégrins. En outre, seuls les *sponsores* ont contre le débiteur principal l'*actio depensi* qui fut une action instituée par la *lex Publilia*⁹³⁵ et exercée par la *manus iniectio*⁹³⁶. A contrario, l'exclusion du bénéfice de cette action de la loi pour les *fidepromissores* s'expliquerait fort aisément si originellement la *fidepromissio* était destinée aux pérégrins, qui ne pouvaient user d'une action de la loi par *manus iniectio* entraînant la litiscrescence⁹³⁷.

2° Cet argument séduisant butte néanmoins sur plusieurs difficultés⁹³⁸.

-hormis la *lex Publilia*, toute la législation sur le cautionnement s'applique aussi bien à la *sponsio* qu'à la *fidepromissio*: on peut déduire indirectement de Gaius que la *lex Cicereia* mentionne même semble-t-il la *fidepromissio*, puisque Gaius nous dit qu'elle ne mentionne pas la *fideiussio*, et certaines lois, comme la *lex Appuleia*, semblent donner une action en contribution à la dette, sous forme de *legis actio*, contre les autres cautions, même pour le fidepromissor: il est probable que le fidepromissor y ait été mentionné dans la mesure où, a contrario, la *lex Publilia* ne bénéficie quant à elle qu'aux *sponsores*. C'est dire que le statut du *fidepromissor*, sans doute assez ancien, ne représente pas nécessairement une spécificité liée aux pérégrins, et assurément il ne le représente plus dès le milieu de l'époque républicaine. La création d'une institution spécifique, les *fidepromissores*, ainsi que l'emploi d'un verbe spécifique, *fidepromitto*, ne s'explique peut-être pas originellement par une opposition entre un cautionnement romain et cautionnement pérégrin: ce terme apparut sans doute pour désigner un type de sûreté personnelle qu'on peut à proprement parler appeler le cautionnement, par opposition au verbe *spondeo*, verbe ordinaire à utiliser originellement dans tout type de contrat *uerbis*, et qui instituait simplement un régime de solidarité passive, pour dériver, avec le temps et avec les lois, vers un véritable contrat de cautionnement, se rapprochant ainsi de la *fidepromissio*.

-Il existe sans doute un lien entre l'existence d'un cautionnement conclu par un contrat *uerbis* qui ne mentionne pas le verbe *spondeo* et l'accessibilité aux pérégrins. Mais il semble lié à un assouplissement des règles de la stipulation en général, non à

⁹³⁵ Gaius *Inst.* III.127

⁹³⁶ Gaius *Inst.* IV.22.

⁹³⁷ Gaius IV, 9.

⁹³⁸ Elles sont pour bon nombre d'entre elles rappelées par A. Watson, *Law of Obligations*, p., ainsi que dans « The Origins of Consensual Sale: A Hypothesis », TR 32, 1964, p.245, mais surtout par Wieacker, *Ursprung*, cit. p.10

l'emploi de *fides*. En soi, toute stipulation, et non uniquement celle qui emploie le terme *fides*, est accessible aux pérégrins. Les pérégrins n'ont nullement besoin de faire référence à la *fides* pour s'obliger verbalement, et peuvent simplement utiliser le verbe *promittere*. Ce qu'ont établi les romains, c'est plutôt l'impossibilité pour les pérégrins d'employer le terme *spondeo*, et il se trouve qu'une formule usuelle est apparue en matière de cautionnement, « *fide mea esse promitto* ». Si le terme *fide mea esse promitto* est tout particulièrement employé en matière de cautionnement, cela tient peut-être au sens proprement romain du mot *fides*.

-A supposer qu'on veuille voir un lien entre *fides* et *ius gentium*, il ne prouve nullement un lien entre *fides bona* et *ius gentium*. Si *fides* représente dans la langue le terme usuel le plus fréquent pour exprimer le crédit qui fait naître chez autrui une confiance suffisante pour établir des relations de négoce (*fidem alicuius sequi*), il n'est pas étonnant de le retrouver, comme un mot outil, dans toute la matière contractuelle, obligations de *dare* comme obligations de *dare facere*, même lorsqu'elles sont sanctionnées par des actions dites de droit strict.

-Enfin, rappelons-le, la *fideiussio* comme la *fidepromissio* font naître des actions de droit strict, et plus généralement, il en va de même pour toute stipulation, qu'elle soit certaine ou incertaine. Ce principe est resté tellement vrai jusqu'à l'époque de Justinien qu'il le rappelle encore lorsqu'il présente la sanction ancienne de la stipulation de restitution de dot, l'action incertaine *ex stipulatu*, par opposition à l'action *rei uxoriae*, considérée comme une action de bonne foi⁹³⁹. Il a parfaitement conscience d'opérer une révolution en fusionnant ces deux moyens, même plus de deux cents ans après le déclin de la procédure formulaire. C'est encore rappeler qu'une institution du *ius gentium*, accessible aux pérégrins, même caractérisée par un rapport de *fides*, n'appelle nullement une sanction spécifique au moyen d'une formule qui serait dotée de la clause *ex fide bona*, nonobstant le cas de la *lex de Gallia Cisalpina*.

2.2.1.1.2.2. Le cas particulier de la formule *ex fide bona* de la *lex de Gallia Cisalpina* (B)

⁹³⁹ CJ 5.13.1.2 et IJ 4.6.28.

Le chapitre XX de la loi de Gaule Cisalpine⁹⁴⁰, dite *lex Rubria*, loi prise entre 49 et 42 av. JC, montre une anomalie notable qui contraste avec l'époque classique, en matière de *cautio damni infecti*, qui est une stipulation prétorienne pour garantir une réparation future au propriétaire dans le cas où un fond avoisinant lui causerait un dommage. Elle représente une forme de sanction très différente de celle rencontrée dans l'Edit du préteur urbain⁹⁴¹. Elle mentionne en effet, contre celui qui aurait refusé soit de *repromittere* (s'engager par stipulation) soit de *satisdare* (fournir une caution), deux formules qui contiennent tout d'abord une fiction soit de *repromissio* soit de *satisdatio*, selon laquelle le défendeur se serait engagé selon les termes de la stipulation mentionnée dans l'édit du préteur pérégrin, puis une *intentio incerta*, où *oporteret* est suivi de la clause *ex fide bona* (efb dans l'inscription). C'est cette anomalie qui a conduit bon nombre d'auteurs à voir originellement dans l'«*oportere ex fide bona*» un «*oportere ex iure gentium*» (1), même si cette identification nous paraît fort contestable (2) et si d'autres explications d'ordre processuel peuvent être retenues (3).

1) L'*oportere ex fide bona* comme *oportere ex iure gentium*?

La formule de la *lex Rubria* est délivrée contre le propriétaire du fond menaçant qui a refusé de *repromittere* ou de *satisdare*, avec fiction que ce défendeur se serait engagé par la stipulation présentée dans l'édit du préteur pérégrin. Alors qu'en principe l'*actio ex stipulatu* n'est pas citée dans les catalogues des actions de bonne foi et reste une action dite de droit strict, la formule présentée dans la *lex Rubria* ferait spécifiquement suivre son *oportere* d'une clause *ex fide bona*, tandis que la stipulation qui est feinte et qui ferait naître l'obligation serait celle mentionnée dans l'album du préteur pérégrin.

⁹⁴⁰ FIRA, n°19, p.169 23 (...) *sei damnei infectei repromissum non erit, iudi-/cium det itaque iudicare iubeat: 'i(udex) e(sto). s(ei), ant<e>quam id iudicium/ q(ua) d(e) r(e) a(gitur) factum est, Q. Licinius damni infectei eo nomine, q(ua) d(e)/ 24 r(e) a(gitur), eam stipulationem quam is quei Romae inter peregrei-/nos ius deicit in albo propositam habet, L. Seio repromeississet:/ tum quicquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio d(are) f(acere) opor-/t<e>ret ex f(ide) b(ona) d(um)t(axat) (sestertium) vvv, e(ius) i(udex) Q. Licinium L. Seio, sei ex decreto liuir(ei)/ 28 IIIliuir(ei) praefec(tei)ue Mutinensis, quod eius <is> IIuir IIIliuir praefec(tus)-/ue ex lege Rubria, seiue id pl(ebei){ue} sc(itum) est, decreuerit, Q. Licinius eo/ nomine qua d(e) r(e) a(gitur) L. Seio damnei infectei repromittere no-/luit, c(ondemnato); s(ei) n(on) p(arret), a(bsolutio)'*

⁹⁴¹ EP³ §175.

1° Une grande partie de la doctrine⁹⁴² en a déduit assez rapidement que non seulement l'action fictive sanctionnant le refus de stipuler, mais encore l'action incertaine *ex stipulatu* serait sanctionnée par une formule à *oportere ex fide bona* dans l'album du préteur pérégrin, alors que le préteur urbain, qui ne juge que les procès entre citoyens romains, délivrerait dans ce cas une formule dite de droit strict. L'explication en serait que l'action entre citoyens romains naît et se trouve garantie par la *lex* et le *ius ciuile*, tandis qu'un pérégrin, qui ne peut être obligé ou obliger qu'en vertu du *ius gentium*, verrait nécessairement l'obligation s'exprimer dans l'*intentio* sous la forme *oportere ex fide bona*.

Ce contraste montrerait une corrélation très forte entre *fides bona* et *ius gentium*. Dès que l'obligation ne serait valable que *iure gentium*, elle trouverait son expression formulaire dans un *oportere ex fide bona*. La *fides bona* serait le fondement spécifique de l'obligation qui naîtrait *iure gentium*, au motif que les pérégrins ne sauraient être liés par un *oportere* dit de droit strict. Le droit des obligations appliqué aux pérégrins nécessiterait donc dans les formules la présence de la clause *ex fide bona*, qui serait restée la marque de fabrique du préteur pérégrin.

2° On en a déduit fort aisément que cette marque de fabrique serait restée fossilisée dans les *iudicia in quibus additur ex fide bona*. La plupart des *iudicia bonae fidei* auraient vu le jour dans l'album du préteur pérégrin, institution née vers 240, et chargée à Rome d'instituer les procès où une partie au litige ne serait pas romaine: le *ius gentium*, et son expression spécifique en droit des obligations, la *fides bona*, ne feraient que rappeler leur origine « internationale ». A défaut de pouvoir fonder les actions dont disposeraient les pérégrins sur la loi, le préteur pérégrin aurait confectionné des formules exprimant un fondement paralégislatif et susceptible de lier romains et non-romains, la *fides bona*.

Cette explication séduisante a le mérite de la cohérence, mais se heurte à différentes objections⁹⁴³.

2) L'absence de lien spécifique entre la *fides bona* et l'édit du préteur pérégrin

⁹⁴² Entre autres W.KUNKEL, *Fest. Koschaker*, p.1 et 9, mais avant lui O.LENEL, EP³ p.4, P.FREZZA, RIDA 2, 1949, p.263 ss, KASER, RPR I p.180, de manière paradoxalement plus modérée, F.SERRAO, *La iurisdictio del pretore peregrino*, cit., p.87 ss, qui emploie avant tout ce texte comme une preuve de la compétence générale du préteur pérégrin pour les procès *inter ciues*.

1° Cette hypothèse revient à considérer que toute action personnelle réipersécutoire au bénéfice d'un pérégrin ou contre lui nécessiterait, au moins à époque républicaine, l'aménagement de son *oportere* en *oportere ex fide bona*. Ainsi, d'après cette hypothèse, la formule de l'*actio certae creditae pecuniae* ou *rei* devrait être en conséquence rédigée, à l'époque médio- ou tardo-républicaine, en **si paret dari oportere ex fide bona*. Outre qu'on n'en posséderait aucune trace, il est à noter que, si la présence d'un « *oportere ex fide bona* » était aussi systématique et généralisée à toutes les actions personnelles réipersécutoires dans l'album du préteur pérégrin, on ne comprendrait pas pourquoi, au §70 du livre III du *De Officiis*, Quintus Mucius (qui d'ailleurs ne mentionne pas une pareille formule) aurait eu intérêt à énumérer une liste précise et limitative d'actions (« *idque uersari...* ») en donnant l'impression que la liste était en passe de s'accroître, et non de se rétrécir, et comment un trait qui serait aussi frappant dans l'album du préteur pérégrin n'aurait pas suscité l'attention de Cicéron, qui parlait justement au paragraphe précédent (§69) du *ius gentium*.

On pourrait sans doute objecter que ce n'était le cas que pour l'action *ex stipulatu*, naissant donc d'une stipulation incertaine. Cette manière de voir est souvent liée à l'hypothèse que la législation décemvirale n'aurait pas prévu de sanction pour la stipulation incertaine⁹⁴⁴. Ce serait le préteur pérégrin qui aurait inventé le premier cette formule, laquelle aurait été importée par la suite dans l'album du préteur urbain, sans la mention de la bonne foi. Mais de deux choses l'une: si cela ne concerne que l'action *ex stipulatu* parce que cette formule serait née de la *iurisdictio* du préteur pérégrin, et que l'*actio ex stipulatu* aurait perdu cette clause en étant retranscrite dans l'album du préteur urbain, on ne verrait pas, par exemple, pour quelle raison la formule de l'action de tutelle, qui présuppose la citoyenneté romaine des parties au procès, aurait dû recevoir une clause *ex fide bona*; d'ailleurs, on ne voit pas pourquoi la formule prétendument importée dans l'album du préteur urbain pour la vente, la société, ou le louage, auraient gardé la mention de la bonne foi, tandis que l'action *ex stipulatu* l'aurait perdue.

⁹⁴³ Voir sur ce point, notamment, F.WIEACKER, ZSS, 80, 1963, p.15 ss, qui considère la *Lex Rubria* comme la « *eigentliche pièce de résistance der fremdenrechtliche Theorie* ».

2° Par ailleurs, à supposer qu'on veuille voir dans la *fides bona* la source, *iure gentium*, de l'obligation, on ne comprendrait pas l'intérêt de sa mention si la *cautio damni infecti* est destinée par cette *lex* à s'appliquer essentiellement aux habitants de la Gaule Cisalpine qui viennent justement de se voir conférer la citoyenneté romaine⁹⁴⁵ : ils pourraient tout à fait être liés par la *lex* ou le *ius civile*, et la mention d'une source « métanationale » de l'obligation serait tout simplement superfétatoire. L'une des explications de cette anomalie serait qu'on leur a fait bénéficier tout de même de la voie de droit offerte par le préteur pérégrin, à laquelle ils étaient déjà habitués, tandis que la *cautio damni infecti* serait encore absente de l'album du préteur urbain et que les citoyens romains auraient alors comme seule possibilité de pratiquer la *legis actio damni infecti*⁹⁴⁶, si bien que seul le préteur pérégrin aurait proposé une *cautio*. Il serait toutefois peu vraisemblable qu'une voie de droit aussi avantageuse et commode, la *cautio damni infecti*, soit non seulement étendue aux pérégrins, mais encore aux récents citoyens romains dans les provinces, tout en étant inaccessible aux citoyens romains de la ville. De surcroît, le premier à avoir dû percevoir les inconvénients de la *legis actio damni infecti* est justement le préteur urbain, dans la mesure où l'essentiel des conflits de voisinage au sujet des fonds menaçants devait se produire entre citoyens romains. Aussi ne voit-on pas clairement le lien qui peut être fait, en l'espèce, entre la mention de la *fides bona* et l'application de la formule à des pérégrins.

3) Une explication: des considérations purement procédurales

1° Il existe une explication très simple à la mention du préteur pérégrin, laquelle mention ne concerne que la fiction de stipulation⁹⁴⁷ : rien ne nous dit que la formule *ex fide bona* qui suivait n'était pas commune aux édits du préteur urbain et du préteur pérégrin en cas de refus par le propriétaire du fonds menaçant de *repromittere* ou de

⁹⁴⁴ Voir notamment G.PUGLIESE, *Processo civile*, II, p.61, réfuté en cela à bon droit selon nous par M.TALAMANCA, *Riordinamento*, p.170 n.413 notamment.

⁹⁴⁵ Il n'y a néanmoins pas à en tirer la conséquence extrême, développée très ingénieusement par F.SERRAO, *La iurisdictio del pretore peregrino*, cit., p.97-98, que le préteur pérégrin était compétent *inter ciues tantum* depuis la *lex Aebutia*.

⁹⁴⁶ Gaius *Inst.* IV.31

satisdare. Cette référence au préteur pérégrin pourrait par ailleurs refléter une compétence d'attribution spécifique pour ces tout récents romains, au cas où le litige ne serait pas laissé à la compétence de la juridiction municipale.

Par ailleurs, l'album du gouverneur dans les provinces, ou l'album dans les municipes est nécessairement plus proche de celui du préteur pérégrin: en effet, il n'y a pas nécessairement deux juridictions, une urbaine et une pérégrine hors de Rome, et donc un même album doit se soucier aussi bien des procès entre romains qu'entre romains et non-romains. Ce n'est donc pas pour sa formule d'action que la *lex Rubria* se réfère à l'édit du préteur pérégrin, mais sans doute parce que celui-ci emploie, dans la stipulation qu'il impose, le terme « *promitto* » ou un équivalent, là où le préteur urbain emploie le terme « *spondeo* » réservé aux seuls citoyens romains⁹⁴⁸. Par ailleurs, c'est peut-être un simple atavisme, dans la mesure où le préteur qui sera compétent pour les matières exclues de la compétence municipale sera vraisemblablement le préteur pérégrin.

Or il convient de ne pas constituer une fiction uniforme de stipulation avec le verbe *spondeo* qui conduirait à la nullité de la stipulation dans le cas où l'une des parties au procès serait non-romaine. Il est donc plus judicieux de renvoyer à la stipulation de l'édit du préteur pérégrin, par laquelle peuvent s'obliger aussi bien des romains que des non-romains.

2° Il resterait à expliquer pourquoi la formule de la *lex Rubria* contient une clause *ex fide bona*, si l'on refuse d'y voir la marque spécifique d'une source méta-nationale du droit des obligations. Il est vrai qu'on ne trouve nulle part de trace, à époque classique, de cette formulation pour l'action fictive qui sanctionne le refus de *cautio damni infecti*. Il existe plusieurs explications possibles, qui sont difficilement vérifiables dans la mesure où l'on ne sait pas si la mention de la bonne foi est une particularité de la *lex de Gallia Cisalpina*⁹⁴⁹, une particularité de l'action fictive de *stipulatio damni infecti*, une particularité propre à toutes les actions naissant (directement ou par fiction) de stipulations prétoriennes, ou si l'*actio ex stipulatu* contenait à cette époque la clause *ex fide bona*. En soi, cette loi témoignerait selon

⁹⁴⁷ C'était déjà la position de M. Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, I, p.261, n.46, selon laquelle le préteur urbain lui-même ne faisait que se référer à la *cautio* présentée dans l'album du préteur pérégrin.

⁹⁴⁸ EP³ §292.

nous de ce que la clause est déjà considérée comme un « ajout », et qu'il existe donc des formules, comme l'*actio ex stipulatu*, auxquelles on hésite à l'ajouter.

-Soit la formulation ne fait que reprendre, en des termes différents, la *clausula doli* qui pourrait être présente dans la stipulation prétorienne proposée dans les différents albums. Variante de cette explication, l'*intentio* ne ferait que reprendre les termes mêmes de la stipulation, dans laquelle apparaîtrait la clause. On sait d'après les *Notae* de Valerius Probus, qu'il existe un sigle OEFB qu'il développe en « *oportebit ex fide bona* » et qui se trouve très vraisemblablement dans l'album du préteur. Or il ne peut s'agir de l'*intentio* d'une formule, où le verbe *oportere* apparaît soit à l'infinitif, soit à l'indicatif présent (*oportet*). C'est là sans doute le contenu d'une stipulation incertaine, et notamment d'une stipulation prétorienne, où la clause jouerait le rôle d'une *clausula doli*; ce trait serait par exemple à rapprocher de la reconstruction par Lenel⁹⁵⁰ de la *cautio rem saluam pupilli fore*, qui contiendrait elle aussi un « *oportebit ex fide bona* ».

-La troisième explication est qu'il peut s'agir d'un aménagement introduit pour ces nouveaux citoyens romains de Gaule Cisalpine. En effet, la clause *ex fide bona*, dans les actions de bonne foi, a le mérite de neutraliser certains inconvénients typiques de la procédure formulaire romaine: grâce à elle, le défendeur n'a pas à insérer préliminairement, dans la phase *in iure*, d'exception de dol ou de pacte et il peut encore procéder à une *satisfactio inter moras litis*⁹⁵¹. Cela permet d'éviter aux habitants de Gaule Cisalpine, fraîchement naturalisés, des déconvenues qui tiendraient aux particularités de la procédure formulaire qu'ils maîtrisent mal, et le défendeur à l'action pourrait se prévaloir de certains moyens de défense qu'il n'aurait pas songé à soulever dans la phase *in iure* au moment de la délivrance et de la rédaction de la formule. A ce titre, cette originalité représenterait plutôt la prise de conscience d'un régime spécifique attaché aux formules dotées d'une clause *ex fide*

⁹⁴⁹ Voir en ce sens A.MAGDELAIN, *Actions civiles*, p. 50 ss.

⁹⁵⁰ EP3 §288

⁹⁵¹ En revanche, suivant en ceci les conclusions de P.PICHONNAZ, *Compensation*, cit. p. 42-45, nous ne pensons pas que la clause, dans la *lex Rubria*, permette au défendeur d'opposer une compensation, qui serait nécessairement *ex dispari causa*, puisque l'action naît d'une fiction de stipulation, laquelle, même fictive, n'engendre qu'une obligation unilatérale, et ce malgré le texte mystérieux d'Ulpian citant Julien sur la compensation dans l'*actio ex stipulatu* naissant d'une stipulation prétorienne (Dig. 16.2.10.3), puisqu'il concerne originellement un cas de *deductio* du *bonorum emptor* (voir *Paling.*, II, p.792). En effet, rien ne nous permet de penser que les stipulations prétoriennes engendreraient, aux yeux des prudents, à quelque époque que ce soit, et par contraste avec le principe même d'une stipulation, des rapports synallagmatiques imparfaits.

bona, et la loi, ou le préteur, auraient décidé d'amplifier à titre exceptionnel les pouvoirs du juge par une rédaction originale de la formule⁹⁵².

-La dernière explication pourrait enfin être la suivante, si l'on tient à inférer de ce texte que l'*actio ex stipulatu* contenait une clause *ex fide bona* à l'époque républicaine. Une *intentio incerta* apparaîtrait à titre de principe pourvue d'une clause *ex fide bona*, liée à l'évaluation d'un *incertum*; aussi la règle serait-elle encore à cette époque de l'ajouter presque systématiquement à toute *intentio incerta* personnelle, et ce ne serait que dans un second temps qu'on aurait conçu une *intentio incerta* « *stricti iuris* », essentiellement dans les actions où l'on refusait toute forme de *compensation* ou de *deductio* (action incertaine *ex testamento*, *actio ex stipulatu*), parce que ce trait apparut comme le plus caractéristique et le plus fédérateur des autres *iudicia in quibus additur ex fide bona*. La *lex Rubria* refléterait ainsi encore la polarisation initiale entre actions certaines sans clause *ex fide bona*, et actions incertaines par principe pourvues d'une clause *ex fide bona*, ou du moins, elle témoignerait d'une hésitation concernant la rédaction des formules incertaines en « *dare facere* ».

Quoi qu'il en soit, la *lex de Gallia Cisalpina* est loin d'apporter une preuve fiable d'un lien d'implication entre l'idée d'obligation secrétée *iure gentium*, accessible aux étrangers, et *fides bona*. De même, les actions de bonne foi sont loin de pouvoir toute se ranger sous la catégorie d'obligations *iuris gentium*.

⁹⁵² C'est là l'interprétation, que nous rejoignons, de B.SCHMIDLIN, « Der verfahrensrechtliche Sinn des *ex fide bona* im Formularprozeß », in *De iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow*, Berlin, 1980, p.365 ss.

2.2.1.2. *Les contrats « de bonne foi » et leur rapport marginal au ius gentium (Sous-section 2)*

Cette absence d'implication entre *fides bona* et *ius gentium* résulte encore inversement du fait que les actions de bonne foi sont loin de protéger uniquement des institutions du *ius gentium*. Cette donnée est une évidence, et à elle toute seule dément à nouveau le rapport de bi-univocité qui devrait exister entre *fides bona* et *ius gentium*.

Mais une doctrine établie de longue date, dont Arangio-Ruiz⁹⁵³ fut le plus célèbre représentant, a construit une hypothèse qui a pour elle le mérite de la cohérence: elle a essentiellement voulu voir comme preuve de leur fondement dans le *ius gentium*, et de leur origine dans les rapports avec les pérégrins, le fait que les quatre contrats consensuels, mandat, société, *emptio uenditio et locatio conductio*, sont tous sanctionnés par une action de bonne foi, le consensualisme représentant un mode de formation qui serait typique du *ius gentium*: l'idée de *conuentio iuris gentium* qui les animerait aurait fait pénétrer ces contrats dans le droit positif romain grâce à l'intervention originaire du préteur pérégrin. Ce ne serait que dans un second temps que le préteur urbain aurait constitué des actions de bonne foi protégeant des institutions du *ius ciuile* (fiducie, tutelle) accessibles aux seuls citoyens romains. Ainsi, la qualification théorique de contrats du droit des gens attribuée à ces contrats consensuels ne serait que le reflet, en synchronie, d'une genèse historique dans le négoce avec ou entre des pérégrins.

Pourtant, une telle hypothèse nous paraît contredite tant par l'absence de lien solide entre *ius gentium* et consensualisme(I) que par le fond proprement romain des contrats consensuels dits *iuris gentium*(II).

⁹⁵³ Elle traverse toute son œuvre, mais nous semble parfaitement bien synthétisée dans un article “Les formules des actions et le système du droit romain classique”, cit., p.430, où il présente un système du *ius gentium* par opposition au « système du droit civil » et au « système du droit prétorien », système dont la principale composante est le bloc des actions de bonne foi contractuelles.

2.2.1.2.1. *L'absence de lien solide entre consensualisme et ius gentium (I)*

Le bloc des contrats consensuels tel qu'il nous est présenté dans la jurisprudence classique témoignerait d'une origine commune des premières actions de bonne foi dans le *ius gentium*. En effet, le fait que les seules conventions à même de produire de véritables obligations (*oportere*) soient toutes sanctionnées par des actions de bonne foi (*ex fide bona*), établit un lien incontestable entre *fides bona* et absence de formalisme. Si cette absence de formalisme est considérée comme une réponse à l'impossibilité pour les pérégrins d'accéder aux *actus legitimi*, on en déduirait facilement que les actions de bonne foi répondent initialement au problème de l'extranéité des parties dans un litige, et procèdent originellement et à titre effectif de l'invention du concept de *ius gentium*.

Pourtant, les prémices de ce raisonnement nous paraissent à certains égards contestables.. Ces figures contractuelles apparaissent tout d'abord comme des dérogations ponctuelles, munies d'une typicité causale⁹⁵⁴, au droit commun de la formation des obligations, le contrat *uerbis* formel, au même titre que des figures juridiques exceptionnelles telles que la *dictio dotis*, le *iuurandum liberti*, ou l'*expensilatio*, mais nous avons vu en outre que la structuration originelle du groupe des actions de bonne foi range d'une part le mandat et la société aux côtés de la tutelle et de la fiducie, institutions par essence accessibles aux seuls citoyens romains, et isole d'autre part la vente et la *locatio conductio*.

La possibilité de tirer du consensualisme une preuve de l'origine « internationale » de ces contrats est alors à exclure: le lien entre consensualisme et *ius gentium* est relativement bancal et ambivalent (A), à preuve encore le cas particulier du mandat, contrat consensuel jamais qualifié de *iuris gentium*(B).

2.2.1.2.1.1. *Le lien ambivalent entre consensualisme et ius gentium (A)*

Le consensualisme qui caractérise la vente, le louage et la société est semble-t-il rapporté au *ius gentium*, et c'est de là que l'on déduit, un peu trop facilement à nos

yeux, que ces modes de formation de l'obligation seraient nées par contact avec les étrangers.

Pourtant, ce lien qui apparaît bancal si l'on considère les deux textes qui y font spécifiquement référence (1), et il semble que là encore c'est une approche fonctionnelle qui a conduit à qualifier certains contrats de bonne foi de contrats du droit des gens (3).

1. Le lien bancal entre consensualisme et *ius gentium*: les « paralogismes » apparents de Paul.

A deux reprises dans son commentaire à l'Edit, à propos de l'*emptio-uenditio*⁹⁵⁵ et de la *locatio-conductio*⁹⁵⁶, commentant sans doute leur *demonstratio* pour savoir à quelles conditions peut naître une action, Paul opère deux déductions similaires qui apparaissent assez surprenantes si on les considère avec attention.

Dans le premier texte, il déduit du fait que le contrat de vente est *iuris gentium*, son caractère consensuel, pour en déduire enfin qu'il peut se former entre absents, par lettres, par messenger intermédiaire, car peu importe la forme que prend ce consentement. Dans le second, qui semble n'être qu'un renvoi au premier raisonnement, il déduit simplement du fait que le contrat de louage est naturel et du droit des gens, son caractère consensuel et non solennel.

Considéré abstraitement, ce raisonnement apparaît sinon profondément bancal, du moins très cavalier: si la stipulation est considérée comme relevant du droit des gens, ce qui justifie son accès aux pérégrins, alors on devrait la considérer elle aussi comme pouvant se former par le simple consentement entre absents? Dans la mesure encore où de nombreux contrats qualifiés de contrats du droit des gens (*mutuum*, dépôt, commodat) se forment par la remise de la chose, pourquoi ne pas en conclure à l'inverse que les contrats du droit des gens, et notamment la *locatio*, doivent se former

⁹⁵⁴ Voir TALAMANACA, *Tipicità*, p.

⁹⁵⁵ Dig. 18.1.1.2 Paulus 33 ad ed. *Est autem emptio iuris gentium, et ideo consensu peragitur et inter absentes contrahi potest et per nuntium et per litteras.*

⁹⁵⁶ Dig. 19.2.1 Paulus 34 ad ed. *Locatio et conductio cum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio.*

*re*⁹⁵⁷? Ou bien, pourquoi ce raisonnement appliqué au *mutuum*, au dépôt ou au commodat ne donnerait-il pas la conséquence (absurde) qu'ils se forment par le seul consentement et que chaque partie dispose d'une action avant même la remise de la chose? Par ailleurs, le texte sur la *locatio conductio* est encore plus problématique: il justifie par la nature *iuris gentium* du contrat de louage l'exclusion d'un formalisme (*uerbis*) qui est pourtant explicitement toléré selon le *ius gentium*. Considérée abstraitement, la déduction apparaît donc dans les deux textes comme un paralogisme.

De cet apparent paralogisme on peut déduire deux choses:

-Le consensualisme apparaît bien à Paul comme le droit commun de la formation des contrats *iuris gentium*. Et encore, il apparaît ainsi par opposition aux solennités de la *sponsio*, car Paul a parfaitement conscience que de nombreux contrats du droit des gens ne se forment pas *solo consensu*: il présuppose seulement un principe théorique qui est que l'élément du consentement est le plus universel à tous les contrats, et en représente le dénominateur commun; donc, sauf accident, un contrat qui fait naître des obligations respectives à chacune des deux parties et qui serait qualifiable de contrat du droit des gens, doit avoir, a priori et sauf raison justifiée, comme seul prérequis le consentement.

-Mais pour arriver à un tel présupposé à époque médio-classique, il a fallu sans doute inverser le raisonnement originaire, qui est que, parce que le contrat n'obéit pas à des conditions trop ancrées dans un formalisme propre au droit romain, il peut être considéré comme un mode de formation du droit des gens. Or cette inversion du raisonnement est sans doute tributaire du travail jurisprudentiel réalisé seulement au début de l'époque classique, permettant de construire la catégorie générale du contrat à partir d'un dénominateur commun, la convention comme rencontre de deux volontés, et il semble bien qu'une pareille construction juridique ne date que de l'époque de Labéon.

Toujours est-il que le *ius gentium* n'impose nullement de manière nécessaire le consensualisme, pas plus que le consensualisme ne présuppose nécessairement le *ius gentium*, notion qui offre là encore, avant tout, un intérêt argumentatif en synchronie dans la jurisprudence classique.

⁹⁵⁷ TH.MAYER-MALY, *Locatio conductio*, p. a radicalement démontré au demeurant l'inexistence d'un premier et

2. Une approche plus fonctionnelle du consensualisme par rapport à l'état des personnes

En réalité, rien n'interdit, à partir des textes classiques, de considérer qu'il en a été des contrats consensuels (2°) comme du *mutuum* (1°).

1° Ce mode de formation de l'obligation est certainement issu d'un usage originaire romain (d'où les sanctions par voie de *legis actio*, sans doute avant même la naissance de la *condictio*⁹⁵⁸), sans lien avec l'essor du commerce international, mais plutôt propre aux sociétés agricoles, et pourtant, c'est son absence de solennité, sa simplicité (constituer par la remise d'une chose fongible, argent, grains, etc. l'obligation de donner à son tour la même quantité) qui a permis de considérer la *numeratio pecuniae* comme relevant du droit des gens, et donc de lui assurer une protection même lorsqu'une partie au contrat était étrangère: rien dans son mode de formation, rien dans le contenu de l'obligation, ne paraissait être une spécificité romaine. Il ne représente qu'un tempérament ponctuel au principe que les obligations de *dare* se forment par stipulation. L'intérêt de sa qualification en contrat du droit des gens était sans doute commandée par la nécessité d'en faire bénéficier les étrangers. Mais les Romains ne sont pas allés observer les usages étrangers pour décider d'une telle qualification. Donc, dans une perspective plus réaliste, cette qualification de contrat du droit des gens a peut-être été commandée par l'essor du commerce avec les étrangers, sans que la naissance de ces objets juridiques étonnants que sont les contrats consensuels soit due au commerce avec les étrangers et à la reconnaissance d'une nouvelle source du droit comme le *ius gentium*.

2° Partons du principe que les Romains tendront à donner aux étrangers le bénéfice de leurs instruments juridiques tant qu'aucun impérieux motif ne s'y oppose: seuls les *actus legitimi* entendus au sens strict ne peuvent en aucune manière être pratiqués par les étrangers (mancipation, *in iure cessio*).

hypothétique « contrat réel de *locatio conductio* ».

⁹⁵⁸ Voir TALAMANCA, *Riordinamento*, p. , KASER-HACKL, *RZ*, p., *RPR*, p.

Prenons l'exemple de la qualification de la société consensuelle en contrat du droit des gens: elle peut n'apparaître que comme une explication a posteriori de son accès à des étrangers. C'est d'abord et avant tout son absence de formalisme qui justifie qu'elle soit ouverte aux étrangers, non son origine. Ainsi, la manière dont la présente Gaius restitue sans doute le raisonnement originaire dans ses *Institutes*⁹⁵⁹: la société qui se forme par le simple consentement est qualifiée d'institution reposant sur la raison naturelle et relevant du droit des gens. Et il faut sans doute comprendre que, c'est parce que dans l'ordonnancement juridique romain il existe une institution qui se forme sans aucune solennité dont le principe serait purement romain, qu'on a pu la qualifier à bon droit d'institution du droit des gens, et justifier ainsi son accès aux étrangers. Ou plutôt, rien ne justifiait sa restriction aux citoyens romains, par opposition au *consortium ercto non cito* formé *ad exemplum sororum et fratrum*⁹⁶⁰, et qui suppose l'emploi d'une *legis actio*.

Par ailleurs, ce n'est pas uniquement son accès aux étrangers qui semble être recherché dans cette qualification. Significativement, Gaius en parle à propos de la *kapitis deminutio*, institution fondée selon lui *ratione ciuili*: son propos est sans doute de montrer que, même si la *kapitis deminutio* est *ratione ciuili* une cause de dissolution des sociétés tout comme la mort, un citoyen romain même déchu de ses droits et *kapite deminutus*, déporté par exemple, peut encore constituer une société: à ce titre, son propos rejoindrait celui de Marcien⁹⁶¹ dans le même domaine.

Il nous semble donc que la qualification du contrat de société, par exemple, en contrat *iuris gentium* est surtout fonctionnelle et permet de servir des solutions juridiques concrètes. La plus célèbre est sans doute de donner une justification synthétique et globale à son accès aux étrangers. Mais nous en apercevons peut-être une autre, à savoir la possibilité de paralyser certains effets néfastes liés à la « *ratio ciuilis* ». Ainsi, cette qualification a pu permettre sans doute d'aller jusqu'à neutraliser les conséquences gênantes de la *kapitis deminutio*. On remarquera deux textes, notamment, l'un de Julien, l'autre de Paul, qui certes ne font pas référence au *ius gentium*, mais qui considèrent que la *kapitis deminutio* (qui n'est, avec ses effets,

⁹⁵⁹ III.154. *Item si cuius ex sociis bona publice aut priuatim uenierint, soluitur societas. sed ea quidem societas, de qua loquimur, id est, quae nudo consensu contrahitur, iuris gentium est; itaque inter omnes homines naturali ratione consistit.*

⁹⁶⁰ *Inst.* III.154a

⁹⁶¹ *Dig.* 48.22.15pr. (Marcian.) *Deportatus civitatem amittit, libertatem retinet et iure civili caret, gentium uero utitur. itaque emit vendit, locat conducit, permutat, fenus exercet aliaque similia. unde etiam recte obligat, quae post*

qu'une particularité propre au droit des citoyens romains) ne met pas fin à la société consensuelle. Julien considère d'après un fragment d'Ulpien⁹⁶² que, dans le cas où un associé *filius familias* reste associé après l'émancipation, qui suppose en droit classique une *kapitis deminutio*, l'*actio pro socio* contre le fils visera tout autant les faits de la période précédant l'émancipation que ceux qui la suivent, le « *id est de tota societate* » étant sans doute un commentaire d'Ulpien, qui nous explique que la solution de Julien revient à considérer que c'est la même société qui dure avant comme après l'émancipation⁹⁶³. Paul⁹⁶⁴ quant à lui considère le cas d'un associé qui vient d'être adrogé, et donc, de *sui iuris* est devenu *alieni iuris*. Son nouveau *paterfamilias* n'est certes pas devenu associé, mais l'adrogé reste quant à lui associé, selon Paul, qui se fonde sur le cas du fils émancipé traité explicitement par Julien⁹⁶⁵. Il est à noter que de pareils propos semblent contraires, sur le principe, à ceux de Gaius⁹⁶⁶, mais encore d'autres auteurs, qui considèrent que c'est une nouvelle société qui commence après la *kapitis deminutio*. Gaius a beau reconnaître que cette société repose sur la *ratio naturalis*, il doit aussi reconnaître qu'elle est en cas de *kapitis deminutio* affectée et même dissoute du point de vue de la *ratio civilis*. C'est significativement après cet examen des effets de la *kapitis deminutio* « *quae ratione civili morti coaequatur* », qu'il se sent obligé de rappeler toutefois que cette société est tout de même un contrat *iuris gentium*, fondé sur la *ratio naturalis*: il donne cette précision sans doute pour qu'on ne tire pas de conséquence inexacte de la dissolution de la société par *kapitis deminutio*. A l'inverse, dire comme Ulpien ou Paul que c'est la même société qui dure avant comme après la *kapitis deminutio*, c'est pourtant en un

condemnationem quaesivit: quibus in rebus creditores quoque, qui bona fide contraxerunt cum eo, praeferuntur fisco deportatis defunctis succedenti. nam bona, quae condemnationis tempore inveniuntur, deportatus alienare non potest.

⁹⁶² Dig. 17.2.58.2 Ulpianus 31 ad ed. *Si filius familias societatem coierit, deinde emancipatus a patre fuerit, apud iulianum quaeritur, an eadem societas duret an vero alia sit, si forte post emancipationem in societatem duratum est. iulianus scripsit libro quarto decimo digestorum eandem societatem durare, initium enim in his contractibus inspiciendum: duabus autem actionibus agendum esse, una adversus patrem, altera adversus filium: cum patre de eo, cuius dies ante emancipationem cessit, nam eius temporis, quo post emancipationem societas duravit, nihil praestare patrem oportet: cum filio autem de utroque tempore, id est de tota societate, nam et si quid, inquit, socius filii post emancipationem filii dolo fecerit, eius non patri, sed filio actio danda est.*

⁹⁶³ Voir, pour une explication différente de la solution reposant sur le cas d'espèce (le *filius familias* n'aurait été qu'un *socius operarum*), F.BONA, *Studi sulla società consensuale*, p.57-58.

⁹⁶⁴ Dig. 17.2.65.11 Paulus 32 ad ed. *Societas quemadmodum ad heredes socii non transit, ita nec ad adrogatorem, ne alioquin invitus quis socius efficiatur cui non vult. ipse autem adrogatus socius permanet: nam et si filius familias emancipatus fuerit, permanebit socius.*

⁹⁶⁵ On a souvent soupçonné ces textes d'être interpolés (F.WIEACKER, *Societas*, p.163 et F.BONA, *op.cit.*p.54-55 dans une moindre mesure en ce qu'il sauve 17.2.58.2): à notre avis, cette solution s'explique très bien au sein de la discipline de la société consensuelle si les juristes tardo-classiques ont donné toute sa portée à la qualification de contrat *iuris gentium*.

⁹⁶⁶ *Inst.* IV.152-154

sens tirer les conséquences de ce qu'elle « *naturali ratione consistit* »: elle ne peut être affectée par la *ratio civilis*⁹⁶⁷.

Voilà donc sans doute un des nombreux intérêts que pouvait trouver la réflexion jurisprudentielle dans l'idée d'une *societas quae naturali ratione consistit*. Voilà pourquoi un déporté dont on a confisqué les biens peut encore passer un contrat de société. On comprend ainsi que l'idée de contrat *iuris gentium* déborde largement pour les prudents le problème de l'accès d'une institution à des pérégrins.

Ainsi, l'argument consistant à voir une preuve de l'origine « internationale » des contrats consensuels dans le fait qu'ils soient qualifiés de contrats du droit des gens, peut être tout aussi bien renversé: c'est tout autant l'approche fonctionnelle et utilitaire qui pourrait avoir poussé les juristes et les préteurs à rendre, dans un second temps, les actions contractuelles de bonne foi accessibles aux étrangers, bien que ces actions soient destinées originellement aux citoyens romains, dans la mesure où ils s'aperçurent qu'il n'y avait rien de spécifiquement romain dans leur mode de formation et dans leur objet.

Ce n'est pourtant pas le raisonnement qu'ils semblent avoir suivi à propos du mandat.

2.2.1.2.1.2. *Le cas particulier du mandat: un contrat consensuel sans référence au droit des gens (B)*

Le lien entre consensualisme et *ius gentium* est significativement absent lorsqu'il en va du mandat⁹⁶⁸ (1°), ce qui tient selon nous au fait qu'il s'agisse d'un contrat à la fois consensuel et synallagmatique imparfait (2°).

1° Un premier trait frappant est que le mandat est absent des listes d'institutions du *ius gentium*. Significativement, lorsqu'Ulpien présente les conventions du droit des gens qui passent dans le *proprius nomen contractus*⁹⁶⁹, c'est-à-dire dans leur propre rubrique édictale, il présente tous les contrats de bonne foi à l'exception du mandat:

⁹⁶⁷ Signalons que l'enjeu est pourtant de taille et n'est pas simplement procédural: la question ne porte pas simplement sur l'existence d'une même action contre le *kapite deminutus* pour les deux périodes, avant et après la *kapitis deminutio*. Si par exemple des sûretés avaient été interposées pour garantir l'obligation naissant de la société avant la *kapitis deminutio*, il devient crucial de savoir si c'est la même société qui dure après la *kapitis deminutio* ou si c'en est une nouvelle, en quel cas les sûretés ne viendraient pas en garantie des obligations nées de la nouvelle société après la *kapitis deminutio*.

⁹⁶⁸ Voir l'explication qu'en donne D.NÖRR, SDHI, 1994.

⁹⁶⁹ Dig. 2.14.7.1 Ulpianus 4 ad ed. *Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprius nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus.*

on ne voit pas pourquoi il citerait trois contrats consensuels en omettant le quatrième, présent comme eux au titre XIX de l'édit, alors qu'il mentionne des contrats réels: non seulement il cite encore le dépôt, dont l'action est elle aussi présentée au titre XIX de l'édit, mais encore le commodat, dont la formule est affichée au titre XVII. On ne comprend pas pourquoi sa liste omet très précisément le mandat. Il en va de même d'Hermogénien⁹⁷⁰ ou Marcien⁹⁷¹, qui ne citent que la *locatio conductio* et l'*emptio uenditio* lorsqu'ils donnent des exemples de contrats *iuris gentium*.

Lorsque Paul⁹⁷² procède d'ailleurs, pour le mandat, au même raisonnement qu'à propos de la *locatio conductio* et de l'*emptio uenditio* pour déduire du caractère consensuel de ces contrats la possibilité de les conclure « entre absents », il ne mentionne pas dans ce cas le *ius gentium* pour justifier le caractère consensuel du mandat. Ce défaut de fondement montre bien que le consensualisme n'est pas nécessairement fondé sur le *ius gentium*, tout comme le *ius gentium* n'implique pas nécessairement le consensualisme.

2° Sans doute pourrait-on retourner l'argument: puisque le lien théorique n'est pas fait entre contrat consensuel de mandat et *ius gentium*, alors qu'il pourrait être fait et que personne ne doute de son utilisation par des pérégrins, c'est qu'à contrario ce lien n'a pas vocation à être purement fonctionnel et théorique dans le cas des trois autres contrats consensuels. Si l'on considère que l'objet même du mandat est justement une particularité qui correspond aux structures sociales propres de la Rome républicaine et qui a ses origines historiques dans des rapports sociaux proprement romains, si donc son exclusion du *ius gentium* s'explique par son origine socio-historique, à contrario l'inclusion des trois autres contrats consensuels dans le *ius gentium* refléterait précisément leur origine historique dans le commerce avec les pérégrins.

Notons toutefois que, significativement, ce sont les trois contrats consensuels synallagmatiques parfaits qui sont qualifiés de *iuris gentium*, que par ailleurs les contrats réels synallagmatiques imparfaits le sont aussi, et que le seul à être finalement exclu du *ius gentium* soit un contrat à la fois consensuel et synallagmatique imparfait: nous pensons que c'est en cela que les juristes n'ont pu le qualifier de contrat *iuris gentium*.

⁹⁷⁰ Dig. 1.1.5 Hermogenianus 1 iuris epit.

⁹⁷¹ Dig. 48.22.15

Sans doute en va-t-il de même des contrats réels synallagmatiques imparfaits, du dépôt et du commodat comme du *mutuum*. Lorsque l'on confie quelque chose à quelqu'un, le devoir de restitution une fois la chose remise paraît relever du bon sens, tout comme lorsqu'on prête quelque chose à quelqu'un: il est fondé *ratione naturali* et indépendamment d'un quelconque contact avec les pérégrins. La qualification en contrat du droit des gens ne procède alors que d'une évidence incontestable.

Quant aux trois contrats consensuels et synallagmatiques parfaits, fonder leur existence sur le *ius gentium* n'est pas une preuve de leur origine historique, mais prouve plutôt que ces contrats, pour ainsi dire, « vont de soi » aux yeux d'un jurisconsulte romain, à tel point qu'il fait voeu d'ignorance sur l'apparition d'une telle pratique: lorsqu'il prétend qu'un contrat est pratiqué en tous lieux, il cache sans doute surtout la croyance qu'il a été pratiqué de tout temps, du moins à Rome. La rencontre des consentements productrice de devoirs contraignants avec des contreparties, et non simplement d'un projet, lui apparaît comme un élément proprement humain et tellement naturel qu'il a nécessairement dû exister selon lui de tout temps indépendamment de la sanction qu'il recevait, et pour cause: il n'existe pas de sanction positive *iure gentium*, et c'est le droit propre à la cité qui sanctionne (ou non) positivement de pareilles conventions. En soi, comme nous l'avons dit, ce ne sont pas les actions, ni même les conditions de l'action qui sont à considérer comme sanctionnées en tout lieu et de tout temps: quelle que soit la forme que prend une vente dans une civilisation donnée, les Romains considèrent que les éléments à leurs yeux nécessaires et suffisants pour fonder l'action selon le droit romain existent, à savoir le consentement, quelle que soit la forme que prescrit cette civilisation pour donner au contrat une sanction. En soi, que le contrat de vente soit littéral en droit chypriote n'ôte rien au fait que les chypriotes échangent des consentements et se sentent naturellement obligés de respecter leurs engagements. Que des sociétés se forment avec certaines formalités dans d'autres systèmes juridiques n'empêche nullement de retrouver dans leurs formes de contrats l'élément du consentement, qui en droit romain est suffisant pour générer des actions et réduit toute formalité à sa fonction purement probatoire.

⁹⁷² Dig. 17.1.1pr. et sq (Paul 32 ad ed.) *Obligatio mandati consensu contrahentium consistit. Ideo per nuntium quoque vel per epistulam mandatum suscipi potest.*

Sans doute n'en va-t-il pas de même du mandat, et cela est dû à toute sa structure et au fait qu'il s'agisse d'un contrat consensuel et synallagmatique imparfait. Que la bienveillance envers un ami à qui l'on propose ou accepte de rendre un service sans contrepartie puisse vous faire sentir engagé par cette simple proposition ou par cette acceptation au risque d'une sanction juridique est une réalité toute romaine. Sans doute, parce qu'il se forme indépendamment de toute formalité, il est lui aussi accessible aux pérégrins, mais justifier cette accessibilité par un fondement dans le *ius gentium* apparaîtrait alors comme une pure mystification, dans la mesure où les romains perçoivent que le profil même de l'institution est totalement original dans son objet: s'obliger juridiquement envers un ami par une acceptation ou par une offre suivie d'acceptation sans aucune formalité leur est sans doute apparu trop singulier pour être qualifié de contrat du droit des gens.

En tout état de cause, l'existence d'un contrat consensuel sans lien avec le *ius gentium* suffit à montrer la non-biunivocité entre consensualisme et *ius gentium*.

Le présupposé que le consensualisme des quatre contrats sanctionnés par une action de bonne foi procède à titre principal de la nécessité d'offrir une protection juridictionnelle aux étrangers, nous paraît donc très contestable: le *ius gentium* n'implique pas le consensualisme, pas plus que le consensualisme ne présuppose le *ius gentium*.

C'est donc selon nous un point acquis: la corrélation qu'on suppose entre le consensualisme des contrats de bonne foi et le *ius gentium* est loin d'être fondée de manière solide au sein de la jurisprudence romaine. Ces contrats ont sans doute trouvé leur essor dans des réalités toutes romaines.

2.2.1.2.2. Le fonds proprement romain des contrats consensuels (II)

La qualification d'un contrat en contrat *iuris gentium* ne préjuge en rien de son origine historique. Si l'on considère chaque contrat dans ses singularités, il existe peu de preuves qu'il ait été lié de manière originaire au commerce avec les étrangers.

Nous laissons de côté un argument majeur, qui est que la reconnaissance de ces contrats par voie d'action ne peut être liée à l'essor du commerce international pour

cette raison très simple que ces institutions offrent des traits fort peu « commerciaux ». Contentons-nous simplement de réfuter un argument de système qui est le suivant: puisque le droit propre des citoyens romains est formaliste, alors le non-formalisme viendrait du contact avec les étrangers et de l'essor du commerce international. Cet argument est doublement bancal selon nous:

-d'une part, si le droit commun de la formation des obligations est le *contrat uerbis* par un jeu de questions-réponses, alors il existe d'autres puissantes entorses ponctuelles à ce principe: le *mutuum*, l'*acceptilatio*, la *dictio dotis*, et surtout le *iusiurandum liberti*, ces deux derniers étant des engagements unilatéraux, sont pourtant hors de tout soupçon quant à leur origine proprement romaine, et sont des dérogations coutumières au principe de la *sponsio*. A ce titre, les quatre contrats consensuels typiques, par le typicité et leur ponctualité, pourraient représenter un fond coutumier proprement romain, où certaines « causes » typiques mais limitativement énumérées ont fini par se détacher du formalisme de droit commun.

-L'association entre absence de formalisme et commerce international est ambiguë voire bancale. Prenons pour exemple le droit commercial actuel. Il tolère parfois un profond formalisme *ad sollemnitatem*, à preuve la lettre de change. En revanche, ce à quoi le droit commercial répugne, c'est le formalisme *ad probationem*. Or là encore, l'argument pourrait être renversé., car l'autre domaine du droit où se rencontre une telle entorse au formalisme, c'est l'impossibilité de preuve par écrit par égard pour les rapports de proximité, entre parents, entre personnes à qui l'on doit de la révérence. A ce compte, l'absence de formalisme dans les contrats consensuels pourrait tout autant se réclamer de cette dernière logique plutôt que de la logique marchande. A preuve, le nombres d'institutions marquées par un principe de gratuité et qui sont des actions de bonne foi.

Qu'ils aient été identifiés dans un second temps, pour certains d'entre eux, et même à très brève échéance, comme des contrats du *ius gentium*, est fort vraisemblable. Mais ce n'est pas parce qu'un contrat apparaît comme accessible aux étrangers qu'il faut en déduire que sa reconnaissance originelle ait été dictée par les exigences du négoce international. Bien au contraire ils semblent tous plutôt liés à des rapports proprement romains: c'est évident pour la tutelle, la fiducie, mais c'est aussi fort probable pour tous les autres contrats consensuels, qu'ils soient sanctionnés par des actions contractuelles infamantes (A) ou non-infamantes (B).

2.2.1.2.2.1. *Les actions contractuelles infamantes: le mandat et la société (A)*

A l'instar du mandat, dont les attestations les plus anciennes visent des situations proprement romaines(1), la société laisse apparaître son ancrage originaire dans le *proprium ius ciuile*, du fait de la primauté de la *societas omnium bonorum*(2) et de son ancienneté présumée par un Paul sur l'*actio communi diuidundo* (3).

1.L'ancienneté du mandat présumée par Gaius

Différents caractères militent en faveur d'un développement initial du mandat entre Romains⁹⁷³, notamment son absence manifeste des institutions du *ius gentium*, les sanctions infamantes qui suivent la condamnation dans une *actio mandati*. Plus simplement encore, les premières traces certaines que nous ayons de l'existence d'une action de mandat semblent liées à l'intervention du préteur urbain. La *Rhétorique à Herennius* mentionne ainsi une divergence entre deux préteurs urbains, Sextus Iulius (123 av. JC) et Livius Drusus (115 av. JC) concernant la délivrance de l'action de mandat contre l'héritier du mandataire. Sans doute le problème de l'espèce ne pouvait-il de toute manière se poser que devant le préteur urbain, l'assomption par un héritier du passif contractuel d'un pérégrin étant sans doute déterminée par la loi de son pays, puisque c'est elle qui définit la succession. Mais nous n'avons aucun texte d'époque républicaine qui évoque l'action de mandat entre des pérégrins. Plus encore, significativement, lorsque Cicéron fait un parallèle entre le mandat public donné à T. Roscius par les décurions du municipe d'Améria et le contrat de mandat fait à titre privé, il s'intéresse à une situation qui a lieu dans un municipe de droit romain⁹⁷⁴.

2° Mais il existe en outre une trace indirecte dans la conscience jurisprudentielle de l'origine proprement romaine de l'action de mandat. Il s'agit de la présentation faite

⁹⁷³ Alan Watson, *Mandate*, p.

⁹⁷⁴ *Rose. Am.* §111 et sq.

par Gaius du chapitre II de la *lex Aquilia*⁹⁷⁵. Gaius nous présente le chapitre II, tombé en désuétude, de la *lex Aquilia*, selon lequel l'*adstipulator*, créancier solidaire d'une obligation contractée *uerbis*, est passible d'une action s'il fait remise de la dette par *acceptilatio* en fraude des droits du créancier principal. En outre, il précise implicitement que, dans le cas d'une pareille action et contrairement à celles prévues par les chapitres I et III, l'évaluation du dommage ne se fait pas selon le « *quantum plurimum* », mais bien « *quanti ea res est* ». Cherchant alors à expliquer l'unité de la loi *Aquilia*, il précise qu'il s'agit ici encore d'un cas de *damnum* (*damni nomine*), alors que ce chapitre pourrait sembler aux étudiants étranger à la matière des célèbres chapitres I et III, qui concernent les dommages causés aux choses.

Gaius cherche enfin l'utilité exacte de ce chapitre, puisque cette action entre en concours avec l'action de mandat dont peut user le créancier principal (ou son héritier) contre son *adstipulator*, comme il l'avait déjà fait remarquer au §111. La seule bonne raison qu'il trouve à la fin du §216 est que la *lex Aquilia* institue pour toutes les actions qu'elle concède la litiscrescence et offre l'intérêt de frapper de la peine du double l'*infitiator*, à l'inverse de l'action de mandat. Mais le langage qu'il utilise pour présenter l'inutilité apparente du chapitre II est significatif: il n'était pas nécessaire que la loi prévît cette disposition (*id cauere non fuit necessarium*), nous dit-il, vu que l'action de mandat suffisait pour cela. La valeur de *cum*+subjonctif est en principe causale, ou adversative, ou bien marque une concomitance et la valeur du subjonctif ne peut être conditionnelle après *cum*, ni même se référer à un futur dans le passé. La phrase ne peut en aucun cas signifier que « la disposition fut rendue inutile seulement une fois que naquit l'action de mandat », et, s'il avait voulu le signifier, il aurait pu le dire beaucoup plus simplement. La conclusion est que très probablement Gaius ou ses étudiants croient que l'*actio mandati* existait déjà à l'époque où fut voté le plébiscite *Aquilien*. C'est très vraisemblablement faux, dans la mesure où la date la plus communément retenue suit de peu celle de la *lex Hortensia* de 286 qui assimile les plébiscites aux lois⁹⁷⁶. Il paraît peu vraisemblable que l'action de mandat, dont nous ne connaissons aucun précédent dans les *legis actiones*, soit née aussi tôt. On pourrait même à première vue reprocher à Gaius de ne pas voir que, si une pareille

⁹⁷⁵ III.215-216 *Capite secundo aduersus adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res est, tanti actio constituitur. Qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est; sed id cauere non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret; nisi quod ea lege aduersus infitiantem in duplum agitur.*

⁹⁷⁶ Toutefois, des opinions contraires la font descendre à la fin du III^e siècle.

disposition a été votée, c'est précisément parce que l'action de mandat n'existait vraisemblablement pas encore, et qu' a contrario la désuétude manifeste dans laquelle est tombé le chapitre II fut provoquée par la naissance de l'action de mandat. Cela pourrait même prouver que Gaius, pourtant fort savant sur l'histoire de la procédure, n'a pas la moindre idée de l'origine exacte de l'action de mandat⁹⁷⁷.

Mais, en supposant que Gaius a bien conscience de l'ancienneté de la loi Aquilia, sans nécessairement en connaître la date exacte, comment pourrait-il faire l'erreur de croire que l'action de mandat soit aussi ancienne au point d'avoir rendu *ab initio* inutile la *legis actio* contre l'*adstipulator*, s'il y voyait un contrat développé initialement dans le cadre des rapports avec les étrangers? Il y voit nécessairement une action relativement ancienne et qui pouvait être intentée même entre Romains au III^{ème} siècle av. JC. Qu'il ait tort est un autre problème: il considère qu'à une époque extrêmement reculée, cette action pouvait être intentée entre Romains. Cela prouverait encore que le rapport avec des étrangers n'est nullement déterminant à ses yeux dans la naissance de cette action, pas plus qu'il ne le fut pour la *societas*.

2.La primauté logique de la *societas omnium bonorum* dans la réflexion jurisprudentielle

Une fois exclues du champ du *ius gentium* trois des quatre institutions sanctionnées par des actions de bonne foi infamantes à époque républicaine (tutelle, fiducie, mandat), il paraît difficile de voir dans la quatrième qui leur est associée, le contrat de société, une sécrétion des pratiques juridiques liées au commerce international. D'ailleurs, chez Cicéron, le contrat de société est toujours mis en parallèle avec le mandat, mais jamais avec la *locatio conductio* ou l'*emptio uenditio*. A lui tout seul, cet argument mérite qu'on regarde avec prudence la qualification du contrat de société en contrat *iuris gentium*: elle apparaît plutôt comme une construction a posteriori qui a permis rapidement son accès aux étrangers. Il y a plus: ce qui nous invite à la considérer encore comme une construction juridique destinée d'abord aux romains, c'est la prééminence logique dans la réflexion des juristes de la *societas omnium*

⁹⁷⁷ Est-il néanmoins si sûr qu'il se trompe? Il est difficile de savoir si Gaius cite exactement (quitte à le moderniser) les termes mêmes du chapitre II. L'inconvénient inévitable d'une pareille hypothèse est qu'il fort peu probable que l'actio mandati ait existé dès 286 av. JC, et que cela conduirait à réviser considérablement à la baisse l'ancienneté de la *lex Aquilia*.

bonorum, comme l'en atteste la formule de l'édit du préteur (1°) et la réflexion générale des prudents sur la *societas* (2°).

1° Si le contrat de société consensuel devait sa naissance et sa reconnaissance aux rapports contractuels avec les étrangers et à la nécessité de les protéger, alors sa formule de base serait très vraisemblablement apparue d'abord dans l'album du préteur pérégrin, et le préteur urbain n'aurait fait que recopier cette formule dans son propre édit. Par ailleurs, les premières formes de société consensuelle impliquant des pérégrins ne peuvent être que des *societates unius rei* ou *unius negotii*. On voit difficilement pourquoi un Romain irait pratiquer une communication totale de ses biens, ainsi que de tous ses gains futurs (comme les successions, les donations), avec ceux d'un étranger. Il est vrai qu'en principe, on peut constituer une pareille société même entre absents, ou entre présents, mais cette société n'est certainement pas destinée à la pratique du négoce international, mais sert plutôt une mutualisation des pertes et profits typique des sociétés paysannes. Quant à la *societas uniuersorum quae ex quaestu ueniunt*, elle apparaît certes plus commerciale et représente la forme de société de droit commun à époque classique: lorsque rien n'a été précisé quant à l'objet du contrat, elle représente à titre supplétif l'objet de la société: tous les profits et les pertes faits à titre onéreux sont mis en commun. Mais c'est toutefois une forme d'association fort dangereuse dans la mesure où elle met en commun toutes les pertes et profits réalisés par les associés: elle est certes plus « commerciale », mais ne représente nullement la forme adéquate de société avec les étrangers. Donc, le préteur pérégrin serait d'abord venu protéger les formes de société *unius rei* ou *unius negotii*. Le préteur aurait tout à fait pu considérer qu'il faut en principe un objet précis à la société, en précisant un négoce particulier, et qu'un contrat de société trop large n'est pas admis à moins qu'il n'ait été explicitement précisé que c'est l'ensemble des négoces qui seront .

Or l'édit du préteur urbain présente comme formule de base la *societas omnium bonorum*. On le sait d'une part parce que les commentaires à l'édit, notamment celui de Gaius et de Paul, semblent commencer par un traitement de la *societas omnium bonorum*. D'autre part, on sait par Ulpien que Sabinus affirme, à propos de la clause de bénéfice de compétence qui limite dans la formule la condamnation à l'« *id quod facere potest quodue dolo fecerit quominus facere possit* », qu'elle ne doit pas être uniquement réservée à l'associé *omnium bonorum*: il semble par là même considérer

que la formule de base proposée dans l'édit vise cette forme de société qui institue une communauté de biens. Et c'est encore ce que vient confirmer Ulpien au livre 63 de l'édit⁹⁷⁸ lorsqu'il se demande si le bénéfice de compétence joue en faveur du *bonorum emptor*: en citant les différentes personnes qui ont ce bénéfice, il vient préciser à propos du demandeur à l'*actio pro socio*, qu'un tel bénéfice ne concerne bien évidemment dans l'édit que l'associé *omnium bonorum*. Dans la mesure où il est suit pourtant l'opinion de Sabinus, son propos ne peut alors qu'être descriptif de l'édit. Ce ne peut être, comme l'affirmait Arangio-Ruiz, une Blankettformel⁹⁷⁹, comme les noms fictifs Aulus Agerius ou Numerius Negidius, car le préteur aurait pu se contenter d'écrire dans sa *demonstratio* « *societatem* » tout court, ou prendre l'exemple d'un négoce particulier (*unum negotium* ou *una res*), d'autant que c'est ce genre de Blankettformel qu'on s'attendrait à retrouver dans la formule du préteur pérégrin s'il était le créateur de cette formule. Cette formulation est le meilleur témoignage de la primauté logique de la *societas omnium bonorum* dans la discipline qui gouverne le contrat de société.

2° Il existe encore une véritable primauté théorique de la *societas omnium bonorum* dans la réflexion des prudents.

On sait que Sabinus considère la *societas* comme un *iudicium generale*, aux côtés de l'*arbitrium tutelae*, qui rend le tuteur en principe responsable de l'ensemble du patrimoine du pupille, et de l'*actio negotiorum gestorum* en ce qu'elle concerne originellement la *procuratio omnium bonorum*⁹⁸⁰: c'est dire que pour lui, la formule reflète encore que la matrice juridique du contrat de société reste la *societas omnium bonorum*. De même, les *Libri iuris ciuilis* de Sabinus semblent traiter de la *societas omnium bonorum* avant la *societas universorum quae ex quaestu ueniunt*, comme le montre un fragment d'Ulpien tiré de son commentaire à Sabinus⁹⁸¹. Si l'on prête par ailleurs foi à la reconstruction par Lenel du système de Sabinus⁹⁸², qui place la *societas* avant la *communio*, ce n'est semble-t-il même pas le modèle du *consortium*

⁹⁷⁸ Dig. 42.1.16 Ulpianus 63 ad ed. *Sunt qui in id quod facere possunt conveniuntur, id est non deducto aere alieno. et quidem sunt hi fere, qui pro socio conveniuntur (socium autem omnium bonorum accipiendum est): item parens: Dig. 42.1.17 Ulpianus 10 ad ed. Patronus patrona liberique eorum et parentes: item maritus de dote in id quod facere potest convenitur:*

⁹⁷⁹ V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, p.166.

⁹⁸⁰ Dig. 17.2.38.

⁹⁸¹ Dig. 17.2.7 Ulpianus 30 ad sab. *Coiri societatem et simpliciter licet (...)*

⁹⁸² LENEL, *Sabinus System*, p.62. Voir la discussion des critiques de cette position par F.BONA, *Studi sulla società consensuale*, p.13-14.

ercto non cito qui peut avoir fait passer la *societas omnium bonorum* en tête du développement sur la société.

La formule de l'édit reflète donc encore aux yeux des juristes classiques la prééminence logique et doctrinale de la *societas omnium bonorum*, alors même qu'elle ne représente sans doute plus qu'une forme résiduelle de contrat de société. Or cette forme de *societas* n'aurait aucune raison d'être la matrice fonctionnelle d'une sanction des contrats de société: elle n'est certainement pas la plus pratiquée et représente une forme résiduelle: d'ailleurs, dès les temps les plus anciens, elle a dû dans la pratique représenter une forme de société relativement rare par rapport aux sociétés formées à l'époque de l'essor des échanges économiques et de l'influence internationale accrue de la cité romaine. Il faut donc considérer que cette primauté logique, qui ne peut s'expliquer par son importance pratique, ni à époque classique, ni à époque républicaine, reflète une primauté historique.

On ne peut non plus considérer que la primauté logique ne serait apparue que secondairement, en suivant l'hypothèse que la formule initiale était destinée aux étrangers. De toutes les manières, si le préteur urbain avait copié une formule de l'édit du préteur pérégrin, celle-ci n'aurait certainement pas pu contenir la mention « *omnium bonorum* ». Et l'on ne voit pas pourquoi il aurait spécifiquement créé une nouvelle *Blankettformel* à partir de la formule du préteur pérégrin, qui devait elle aussi en contenir une: serait-ce parce que justement les citoyens romains pratiquaient davantage la *societas omnium bonorum*? C'est impossible: si une institution leur manquait cruellement, c'était plutôt la *societas unius rei* ou *unius negotii*, dans la mesure où le *consortium ercto non cito* permettait d'assurer la communication totale des biens. Du jour où des *societates unius rei* ou *unius negotii* apparurent, elles furent nécessairement les plus pratiquées, même entre citoyens romains, et donc le préteur n'aurait eu aucune raison de changer la « *Blankettformel* » de la formule de l'édit du préteur pérégrin.

Sans doute une objection de taille à tout ce raisonnement serait la suivante. En principe, la création d'une nouvelle institution vient combler un vide et répond à un besoin social pressant, et pourtant, entre la *societas omnium bonorum* et la *societas unius rei*, c'est la première qui ne répondait pas à un besoin social pressant entre citoyens romains, puisqu'il disposaient du *consortium ercto non cito*; si l'on veut, entre citoyens romains, faire un acte aussi grave que d'instituer une communauté de biens, on peut bien faire l'effort de se déplacer au prétoire et voir le préteur pour

procéder à la *certa legis actio* qui institue solennellement une communauté à l'exemple des *heredes sui* à la mort de leur *pater familias*, et donc le besoin d'une société consensuelle *omnium bonorum* est relativement faible. A contrario, il faudrait considérer que l'objet des premières formes de société consensuelles était non pas la communication totale de tous les biens, mais un négoce particulier, un bien particulier, ce que ne permettait justement pas le *consortium ercto non cito*. Aussi rien ne s'opposerait à ce que les premières formes de société consensuelle aient été *unius negotii* ou *unius rei*, lesquelles auraient tout à fait pu prendre naissance entre romains et étrangers, ou entre étrangers, et exiger une reconnaissance juridique particulière dans l'album du préteur pérégrin. Ce n'est que dans un second temps que la *societas omnium bonorum* sous forme consensuelle aurait pu apparaître pour remplacer le vieux *consortium ercto non cito* formaliste. Toutefois, cet argument ne porte qu'à moitié. Il n'altère en rien la primauté logique, dans la réflexion jurisprudentielle, de la *societas omnium bonorum*, laquelle doit refléter une primauté historique. Car justement, l'essor du commerce international avait, dans la pratique et ab initio, rendu de faible importance cette forme de communauté de biens face au développement des *societates unius rei* ou *unius negotii*, que ce soit entre Romains ou entre pérégrins. C'est pourtant les *societates omnium bonorum* qui acquièrent une primauté dans la réflexion jurisprudentielle comme dans la formule de l'édit⁹⁸³. Par ailleurs, il est tout à fait possible que la première forme de société consensuelle à apparaître soit la *societas omnium bonorum*, et qu'elle ait répondu à un besoin social pressant à un moment précis. Le *consortium ercto non cito* formé par *legis actio* offre bien des désavantages: on le connaît mal, mais il devait présenter de nombreuses rigidités. Notamment, en faisant artificiellement de tous les associés des *heredes sui* appelés également à la succession, il oblige à suivre un strict égalitarisme fondé sur le droit successoral, sans aucune possibilité d'aménagement concernant la fixation des parts: la société consensuelle permet différents aménagements fondés sur des pactes, en aménageant la durée de la société par exemple, ou en excluant simplement un type de gain de la communication totale, ou en se réservant une part de bien personnels, la *communicatio* restant la règle, l'exclusion de la *communicatio* totale une dérogation fondée sur un pacte.

⁹⁸³ Il semblerait que ce soit Labéon qui, le premier, porta une attention toute spécifique à ces *societates unius rei*. Voir notamment F.BONA, *Studi sulla Società consensuale in diritto romano*, p. , qui explique ainsi notamment les divergences

Très vraisemblablement, la naissance de la société consensuelle a permis *ab initio* de former différents types de société: on peut concevoir toutes les sociétés consensuelles autres que la *societas omnium bonorum* comme des sociétés dont le pacte réduit le champ de la *communicatio bonorum*. Eu égard à cette masse de sociétés, pourquoi est-ce donc la *societas omnium bonorum* qui a pris la place de premier rang dans la réflexion jurisprudentielle? Même entre Romains, ce sont les *societates unius rei* ou *unius negotiationis* qui devinrent les plus pratiquées. Et pourtant, c'est la *societas omnium bonorum* qui paraît être la règle: comme le dit Gaius, « *aut totorum bonorum aut unius rei uel negotii* »: la *societas omnium bonorum* reste la base sur laquelle la réflexion jurisprudentielle prend appui pour le développement de la discipline.

Par ailleurs, il existe encore un argument d'ordre purement abstrait qui invite à considérer que le développement de la *societas* s'est fait de la *societas omnium bonorum* vers les *societates unius rei*. on peut faire un parallèle avec la *procuratio* et le mandat: les Romains ont d'abord conçu semble-t-il une *procuratio omnium bonorum* pour en déduire assez rapidement une *procuratio unius rei* dans la discipline de l'*actio negotiorum gestorum*⁹⁸⁴. Il est à noter qu'à l'inverse, l'action de mandat au début de l'époque classique n'a justement pas connu cette extension lui permettant de sanctionner des *procuraciones omnium bonorum*. Le parallèle est peut-être trompeur, mais si l'on n'a pas pu, dès l'époque républicaine, sanctionner la *procuratio omnium bonorum* par l'action de mandat, comment aurait-on pu étendre la sanction processuelle d'une *societas unius rei* à la *societas omnium bonorum*? Il nous paraît donc préférable de considérer, conformément à sa prééminence logique, la *societas omnium bonorum* comme le modèle initial des *societates consensu contractae*. Et la prééminence de ce modèle logique, même à une époque où il est totalement résiduel dans la pratique, ne peut s'expliquer que si la *societas* de droit commun fut initialement la *societas omnium bonorum*, laquelle ne pouvait avoir son champ de prédilection entre pérégrins, ou entre Romains et pérégrins venus faire du négoce. Mais il nous semble qu'il existe encore un autre argument de taille qui milite pour un fond proprement romain dans le contrat de société consensuel.

d'opinion qu'il observe entre Labéon et les Sabinien, par exemple concernant la renonciation à la société. Il semblerait que Labéon a eu une vision bien plus « commercialisante » de cette institution.

⁹⁸⁴ G.FINAZZI, *Negotiorum Gestio* I, cit., p.176 ss, p.198 ss, , p.238 ss.

3.Dig.10.3.1: l'ancienneté de l'*actio pro socio* selon Paul

Comme toute loi introductive d'un titre du Digeste, le texte de Paul qui ouvre son commentaire à la formule de l'*actio communi diuidundo*⁹⁸⁵, fut rarement pris au sérieux dans la mesure où il fut soupçonné d'interpolations, mais ce soupçon n'a plus lieu d'être et les seuls doutes le concernant peuvent concerner sa signification⁹⁸⁶.

Paul nous apprend dans ce texte que l'*actio communi diuidundo* est née pour combler un défaut de l'*actio pro socio*, dans la mesure où celle-ci concerne les obligations réciproques entre les parties (obligations de donner ou de faire, les *praestationes personales*), plutôt que la division des choses communes. En effet, l'*actio pro socio* permet d'obliger son associé à communiquer les profits, à prendre une part aux pertes, à dédommager le demandeur en cas de dol ou de négligence de sa part. Ce sont là les fonctions majeures de l'*actio pro socio* encore à l'époque classique; adjudiquer des parts n'entre pas dans l'office de l'arbitre *pro socio*, qui peut éventuellement obliger les parties à interposer des stipulations pour permettre d'aboutir par des voies détournées à une division effective des biens communs. En outre, l'action *pro socio* ne peut concerner directement que deux associés, et dans les cas où ils seraient plus nombreux, l'arbitre *pro socio* ne peut qu'inciter le demandeur et le défendeur à des cessions d'actions⁹⁸⁷. L'action *communi diuidundo* permet quant à elle un véritable partage attributif des biens communs entre les associés, autorisant de surcroît le juge à prendre en compte, dans la condamnation pécuniaire qui suit l'adjudication, des impenses et des frais faits par les associés pour ces biens, aussi bien que des dommages causés par eux sur ces biens.

Quoi que l'on pense de cette explication, l'action *communi diuidundo*, venant pallier selon Paul une déficience de l'*actio pro socio*, serait donc selon ce même jurisconsulte postérieure à l'action *pro socio*.

⁹⁸⁵ Dig. 10.3.1 Paulus 23 ad ed. *Communi dividundo iudicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet quam ad communium rerum divisionem. denique cessat communi dividundo iudicium, si res communis non sit.*

⁹⁸⁶ Voir, pour une interprétation fort différente, G.ARICO-ANSELMO, *Studi sulla divisione giudiziale. I «Divisio» e «vindicatio»*, in *AUPA* 42 (1992), pp. 257-467, liée à son interprétation particulière des rapports entre l'*actio familiae erciscundae* et l'*actio communi diuidundo*. Voir aussi M.BRETONE, « '*Societas*' e '*communio*' »,...

⁹⁸⁷ Personnellement, nous sommes d'avis qu'il faut interpréter l'expression *pro socio* dans le sens distributif-singulatif de la préposition *pro*, en ce sens que c'est l'action dont dispose chaque associé contre un autre associé, par opposition à l'expression *communi diuidundo*, ou *familiae erciscundae*, qui est une véritable procédure collective de liquidation et d'adjudication, à laquelle toutes les parties participent.

Cette explication de Paul pourrait apparaître à première vue une spéculation fantaisiste d'un point de vue historique, et n'être qu'une projection en diachronie de l'explication synchronique. Toutefois, elle ne peut à notre avis être fantaisiste, parce qu'elle n'est justement pas la mieux venue pour expliquer en synchronie la nécessité de l'*actio communi diuidundo*. A son époque, ce qui caractérise le plus cette action par rapport à l'*actio pro socio* est surtout le fait qu'elle peut être intentée sans qu'il y ait contrat de société, et de nombreux textes de Gaius comme d'Ulprien en témoignent⁹⁸⁸. La *communio* peut être *incidens*. Et l'on s'attendrait à ce qu'une explication « fantaisiste » faite au regard de l'*actio pro socio* et ne faisant que projeter en diachronie la concurrence et la complémentarité de ces deux actions en synchronie, tienne surtout compte de ce point. Aussi nous semble-t-il que cette explication de Paul ne doit pas être prise à la légère: un grand jurisconsulte du II^{ème}-III^{ème} siècle croit que l'*actio communi diuidundo* a été créée pour pallier à un défaut de l'*actio pro socio*, et que l'*actio communi diuidundo* concernait avant tout la *divisio rerum* entre *socii*. On ne sait pas si elle est vraie, mais très précisément elle jure un peu trop avec l'état du droit à la fin du III^{ème} siècle pour n'avoir aucune vraisemblance historique. Elle paraît encore d'autant moins fantaisiste si l'on considère qu'une procédure aussi nécessaire que le partage d'un bien en copropriété n'a pas été prévue par la loi des douze tables: si elle ne fut faite que pour combler au départ une lacune de l'*actio pro socio*, on comprend mieux pourquoi une institution aussi nécessaire que le partage d'une chose commune ne donne nulle part la trace de son origine hormis dans le manuscrit de Gaius.

Selon Paul, donc, l'*actio pro socio* existait avant l'*actio communi diuidundo* et la naissance de celle-ci fut exigée par certains défauts de l'*actio pro socio*. Or l'on sait par le manuscrit des *Institutes* retrouvé en Egypte que l'*actio communi diuidundo* est originellement une *legis actio* instituée par la lex Licinnia⁹⁸⁹, prévoyant spécifiquement comme *modus agendi* la *iudicis arbitriue postulatio*. C'est un point que Paul ne peut ignorer, et quand bien même il ne connaîtrait pas la date exacte ou le nom de la loi, il sait très vraisemblablement qu'elle fut originellement prévue sous forme de *legis actio*, car un autre fragment de lui citant Pomponius⁹⁹⁰ nous explique

⁹⁸⁸ Notamment Dig. 17.2.32, Dig. 17.2.32, Dig. 17.2.33 (Ulprien), et Dig. 17.2.34, D.10.3.2 (Gaius).

⁹⁸⁹ *Inst.*, IV,17a: (...) *idem fecit lex Licinnia, si de aliqua re communi diuidenda ageretur. itaque nominata causa ex qua agebatur statim arbiter petebatur.*

⁹⁹⁰ Dig. 10.3.29.1 Paulus 2 quaest. *Pomponius scripsit posci iudicem posse a quolibet sociorum: sed etiamsi unus ex sociis mutus erit, recte cum eo communi dividendo agi.*

que « même si » l'un des coindivisaires est muet, on peut agir avec lui « *communi diuidundo* »: l'adversative n'aurait pas grand sens si Paul, sur l'exemple de Pomponius, ne savait pas qu'originellement cette action avait reçu un *modus agendi* oral avec des paroles solennelles.

Si nous prêtons donc foi à l'explication de Paul, elle nous informe de deux choses:

-d'une part l'*actio pro socio* doit être relativement ancienne, si son existence a précédé celle de l'*actio communi diuidundo*, ou si Paul est susceptible de croire qu'elle l'a précédée. Dans la mesure où il est fort peu probable que la *lex Licinnia* instituant un *modus agendi* oral soit de beaucoup postérieure à 200 avant J.C., cela reporterait l'*actio pro socio* au moins à la fin du IIIème ou au début du IIème siècle avant J.C.

-il paraîtrait paradoxal que, pour combler une lacune de l'action typique qui naît du contrat de société, on fasse appel à une *legis actio* si la sanction du contrat de société procédait de l'édit du préteur pérégrin, puisque les difficultés qui surgiront seront essentiellement liées aux pérégrins. En tous les cas, cela prouverait au moins que dès l'époque médio-républicaine, l'institution sanctionnée par l'*actio pro socio* était typique du *ius ciuile*.

Voilà nous semble-t-il encore un des nombreux arguments qui mettent en doute l'idée que la qualification « *iuris gentium* » de ce contrat refléterait une origine historique du contrat consensuel de société dans le contact avec les pérégrins, même si cette qualification a eu un grand intérêt pour la jurisprudence classique.

2.2.1.2.2.2. Les actions non-infamantes: la vente et le louage (B)

Il reste à voir si les deux contrats consensuels qui fondent quant à eux des actions non-infamantes, qui sont qualifiés à plusieurs reprises de contrats du droit des gens doivent être considérés comme des secrétions du commerce international. Assurément, l'absence de caractère infamant à l'inverse des autres actions, leur énumération systématique dans les listes de contrats du *ius gentium*, donnent à première vue l'impression qu'une origine historique dans le commerce avec les

étrangers n'est pas à exclure⁹⁹¹. Rattacher leur naissance au contact des Romains avec les pérégrins est sans doute beaucoup plus raisonnable à certains titres que dans le cas du mandat ou de la société. Toutefois, l'*emptio uenditio* consensuelle apparaît plutôt comme une originalité romaine(1) tout comme la *locatio conductio* (2).

1.L'emptio uenditio consensuelle, une singularité romaine

Même si l'argument est de peu de poids, rappelons que les plus anciens témoignages que l'on ait d'une vente consensuelle ne semblent jamais liés aux pérégrins. Les témoignages de Celse concernant Livius Drusus et Sextus Aelius ne nous sont d'aucun secours, dans la mesure où ils ne précisent pas le contexte. En revanche, la discipline de la vente consensuelle se manifeste déjà timidement dans les formulaires de Caton, qui concernent un contexte proprement romain (1°), ce qui correspond à l'originalité de facto du consensualisme de la vente romaine (2°): aussi ne peut-on prendre appui de son absence d'effet réel (3°) pour lui trouver une origine dans le commerce avec les pérégrins.

1°Si l'on suit U. Von Lubtow⁹⁹² dans sa démonstration, à savoir que les formulaires des §144-150, notamment, du *De Agricultura* ne présupposent quasiment aucun acte formaliste, on sera tenté de penser qu'il existait déjà là une vente consensuelle, précédée éventuellement d'un affichage de la *lex*, pratiquée entre Romains. En effet, considérer que ces formulaires ne renvoient pas à un contrat ayant force juridique contraignante est justement démenti par le fait qu'au §146, Caton fait référence à une stipulation, ce qui montre a contrario que les autres parties du formulaire définissent un contrat ayant force juridique contraignante indépendamment d'une stipulation. Certes, le mot *iudicium* ne renvoie pas nécessairement aux actiones *empti et uenditi*, et Von Lübtow lui-même songe à une *legis actio*. Mais ces formulaires semblent présupposer l'existence d'un contrat de vente hors des formalités de la stipulation. De

⁹⁹¹ M. TALAMANCA, '*Contractus' e 'pactum'*', op. cit., p. considère pour sa part peu probable l'origine de la *locatio conductio* consensuelle dans le commerce avec avec les étrangers, même s'il l'envisage pour la vente.

⁹⁹² U.VON LÜBTOW« *Catos Leges* », op.cit. p.365 ss.. Il est vrai qu'il songe, comme voie de droit pour protéger ces contrats consensuels, à la *iudicis arbitrive postulatio*, op.cit., p.418. Comparer, à ce titre, avec l'analyse qu'en fait M.TALAMANCA, *Tipicità*, cit., p.57, beaucoup plus prudent sur les voies de procédure.

même, les formulaires de Varron⁹⁹³, qui sont certes plus récents⁹⁹⁴, mais qui doivent être marqués par une certaine inertie ne tenant pas compte des plus récents développements juridiques de son temps, concernent une vente où l'élément non formaliste prend de l'ampleur, et semble sanctionné par un *iudicium empti uenditi*⁹⁹⁵. Ils ne concernent aucunement une situation non-romaine.

Quant à la première trace manifeste de l'*actio empti*, elle se trouve dans un texte de Cicéron⁹⁹⁶ et donne lieu à un procès entre citoyens romains: la manière dont il nous parle du « *ius praediorum* » semble donner une trajectoire proprement romaine à la discipline de la vente consensuelle, dans un domaine qui touche précisément les *res Mancipi*. Cicéron semble considérer le *iudicium empti* comme une invention des juriconsultes, du « *ius civile* » entendu comme interprétation jurisprudentielle qui s'élabore en marge de la loi; on s'étonne même de ce continuum qu'il voit entre les actions qui naissent de la *nuncupatio*, et la sanction du *dolus in contrahendo* dans un *iudicium empti*. Sans vouloir faire de cet argument une preuve irréfragable de sa nature originellement romaine, il conviendrait tout au moins d'apporter des raisons très fortes d'en douter, puisque rien ne manifeste une origine proprement pérégrine.

2° Sa qualification d'après le droit classique en contrat du droit des gens, avons-nous dit, relève plutôt d'une approche liée au consentement comme dénominateur universel de tous les contrats. Mais il s'en faut de beaucoup pour en déduire que cette institution est née du commerce avec les étrangers, à quelque titre que ce soit.

Tout d'abord, il est à noter que la vente consensuelle n'est pas du tout le principe dans les civilisations méditerranéennes. Un contrat portant sur le transfert de choses à titre onéreux et qui s'opère par le pur échange des consentements indépendamment de la livraison effective de la chose aussi bien que du paiement du prix est en soi une singularité, et les Romains sont bien modestes d'y voir une figure qui va de soi et dont useraient tous les peuples: c'est leur invention. En effet, les études de

⁹⁹³ R. Rust., 2.2.9 *Et ille respondit "sunt" et expromisit nummos, emptor stipulatur prisca formula sic, "illasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse, uti pecus ovillum, quod recte sanum est extra luscam surdam minam, id est ventre glabro, neque de pecore morbosum esse habereque recte licere, haec sic recte fieri spondesne?" Cum id factum est, tamen grex dominum non mutavit, nisi si est adnumeratum; nec non emptor pote ex empto vendito illum damnare, si non tradet, quamvis non solverit nummos, ut ille emptorem simili iudicio, si non reddidit pretium.*

⁹⁹⁴ Voir leur analyse par U.VON LÜBTOW, *op.cit.*, p.369

⁹⁹⁵ Les mots « *expromisit nummos* » sont certes un peu déconcertants. Comment le vendeur pourrait-il bénéficier de l'*actio uenditi* s'il a déduit dans une stipulation le prix? Est-ce une erreur de Varon? Il suffit de considérer que ce terme ne fait pas référence à une stipulation. Aller jusqu'à dire que le *iudicium uenditi* sanctionnait initialement la stipulation portant sur le prix nous paraît téméraire.. Sur ces difficultés, voir les explications de U.VON LÜBTOW, *op.cit.*, p.370.

⁹⁹⁶ *Off.*, III.65.

Pringsheim⁹⁹⁷ montrent au contraire que la vente hellénistique ou orientale n'était pas consensuelle. Au contraire, dans la vente avec paiement du prix différé, on considère plutôt que le prix a été payé mais par un prêt qu'a fait le vendeur à l'acheteur, d'où l'existence de deux actes: un acte de transfert doublé d'un acte de crédit. Cette analyse complexe du contrat de vente est plutôt la règle dans les civilisations méditerranéennes, et on la retrouve souvent encore dans les papyri d'Égypte à époque romaine. A ce titre il n'est nullement besoin de voir à l'origine de l'*emptio uenditio* un contact ou une influence étrangère. Sans doute objectera-t-on que c'est le droit romain lui-même (le préteur, en l'occurrence, ou la jurisprudence romaine) qui a analysé ces pratiques hellénistiques où l'écrit tient une importance capitale *ad sollemnitatem* sous l'angle du consentement, pour n'y voir que des formes *ad probationem*, tout comme il a analysé certains contrats littéraux du droit grec (les prêts, notamment) comme de simples écrits probatoires pour fonder la validité du contrat sur la *numeratio pecuniae*. Or justement, si l'on veut suivre ce parallèle, jusqu'au bout, notons que c'est donc à l'aune du *mutuum*, institution proprement romaine et reconnue *iure ciuili* et *iure legitimo*, et qui ne doit rien au commerce avec les étrangers, que les romains ont analysé ces contrats littéraux du droit grec; similairement, il est très vraisemblable que les romains aient d'abord constitué le contrat consensuel de vente comme une institution proprement romaine, pour en identifier le schéma derrière des techniques juridiques très pratiquées en méditerranée et fondées sur l'écrit.

3° Le seul argument convaincant pour faire du contrat de vente consensuel romain une institution née du contact avec les pérégrins concerne les effets réels du contrat de vente⁹⁹⁸. Non seulement il n'est pas translatif de propriété quiritaire, mais il n'oblige même pas le vendeur à la transférer. Ce trait est tellement frappant qu'à contrario un texte de Celse⁹⁹⁹, souvent soupçonné d'interpolations ou d'une mauvaise retransmission, nous montre qu'une convention entre deux parties créant respectivement la charge de transférer Stichus d'une part, de donner de l'argent d'autre

⁹⁹⁷

⁹⁹⁸ C'est d'ailleurs l'argument fondamental utilisé par V. ARANGIO-RUIZ, *Compravendita*, p.

⁹⁹⁹ Dig. 12.4.16 Celsus 3 Dig. *Dedi tibi pecuniam, ut mihi stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi stichum dares. finge alienum esse stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris: et rursus, si tuus est stichus et pro evictione eius promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim.* Les suspicions d'inexactitude ou d'interpolation sont rejetées par V. ARANGIO-RUIZ, *op.cit.*, *ibid.*, qui suit SCIALOJA,

part, ne peut pas selon lui être qualifiée de contrat de vente¹⁰⁰⁰ et celui qui a versé le prix pourra le récupérer par l'*actio empti*. Dans la mesure où la propriété quiritaire est inaccessible aux pérégrins, et que la *traditio* ne permet de transférer la propriété que *iure gentium*, on attribue souvent ce trait à une origine dans le contact avec les pérégrins: on aurait créé pour eux une vente qui sert à uniquement à garantir le profit économique de la chose, indépendamment de la propriété légale, dans la mesure où ils n'ont pas le *commercium*. Ainsi, le contrat de vente consensuel pourrait s'expliquer certes comme une particularité romaine liée au contact avec les étrangers: ce serait le système quiritaire de la propriété qui aurait généré, par ses rigidités, un nouveau type de contrat pour permettre les échanges économiques avec les pérégrins, ou entre pérégrins.

Cet argument n'est pourtant pas satisfaisant. Notons une première chose: que le contrat de vente ne soit pas de plein droit translatif de propriété n'a rien de surprenant, c'est une invention moderne due à la doctrine française qui cherchait à subsumer la règle romaine *res perit emptori* sous la règle générale *res perit domino*, justifiant ainsi le transfert des risques à l'acheteur dès la conclusion du contrat, et il existe de nombreux systèmes juridiques où l'échange des consentements n'est en rien translatif de la propriété. Quant à l'absence d'obligation de transférer la propriété, la question elle-même se dédouble. Pour les *res nec Mancipi*, la livraison après la vente transfère bien la propriété, et de plein droit, pour peu que le vendeur soit propriétaire de la chose, mais ce problème n'est pas spécifiquement lié aux non-romains, il est lié à la nature des *res nec Mancipi*, dont le régime fut défini par l'interprétation *a silentio* de la loi qui visait avant tout des *res Mancipi*, sans qu'on ait eu besoin d'attendre l'essor du commerce avec les étrangers: la propriété s'y transfère en principe par la *traditio* avec paiement du prix. Quant aux *res Mancipi*, il n'y a en réalité aucune contradiction du point de vue de l'époque classique au moins, voir du point de vue tardo-républicain: le transfert de propriété est alors interprété comme régi par deux dispositions de la loi des XII tables, l'une sur la *mancipatio*, acte translatif de propriété, et l'autre sur l'*usus* interprété dès le milieu de l'époque républicaine comme

¹⁰⁰⁰ Notons le caractère instrumental de cette analyse de Celse: il cherche à éviter les conséquences néfastes pour l'acheteur de la discipline du contrat de vente consensuel (au, et c'est pourquoi il s'efforce de démontrer, sans doute avec une part de mauvaise foi, qu'une pareille convention ne peut s'analyser en contrat de vente. Elle montre toutefois à quel point l'obligation de transférer la propriété d'une *res Mancipi* ne fait pas initialement partie des *essentialia* de l'*emptio uenditio*).

*usucapio*¹⁰⁰¹, une acquisition de la propriété par l'effet du temps, sans qu'aucune n'ait la prééminence logique sur l'autre. La vente consensuelle oblige le vendeur à transférer la jouissance et possession, ce qui permettra à l'acheteur d'acquérir la propriété quiritaire par la voie de l'*usucapio*. Elle est à ce titre en pleine complémentarité avec l'un des deux modes légitimes d'acquisition de la propriété quiritaire, et rien n'interdit, de surcroît, l'acheteur et le vendeur de s'accorder pour une *mancipatio* au moment de la formation du contrat: à partir d'une certaine époque, à défaut de convention expresse, l'acheteur acquiert la propriété par la voie de l'*usus*, et si les parties s'entendent, un pacte peut même contraindre le vendeur à manciper. Il n'est donc nullement impossible que les premières formes de vente consensuelle sanctionnées positivement aient été pratiquées entre citoyens romains, en parfaite complémentarité avec les dispositions décenvirales sur le transfert de propriété. Au mieux, ce régime particulier pour la vente consensuelle des *res Mancipi* prouve que la vente consensuelle n'avait pas vocation, tout d'abord, à s'appliquer aux ventes des *res Mancipi*. Sans doute dira-t-on que cette complémentarité est fort précaire, car toute la difficulté est que la vente consensuelle ne garantit pas de plein droit contre l'éviction et contre les vices cachés: mais cela tient justement au fait que l'objet de la vente consensuelle ne crée que des droit personnels.

D'ailleurs, si la vente consensuelle avait été constituée au bénéfice des pérégrins parce qu'ils n'avaient pas accès à la mancipation, on s'attendrait à ce qu'elle offre de plein droit certaines garanties objectives tout comme la mancipation, indépendamment de tout dol ou de toute faute du vendeur. Or ce que nous montre la pratique est l'adjonction nécessaire de stipulations de garanties, auxquelles l'acheteur ne pouvait contraindre le vendeur avant les débuts de l'époque classique: cela suppose donc d'une part, que les parties au contrat soient présentes¹⁰⁰²; par ailleurs, la sécurité juridique d'un contrat de vente passera donc, même pour les pérégrins, par l'emploi d'instruments formalistes qui avaient été initialement réservés aux citoyens romains.

¹⁰⁰¹ F.DE VISSCHER (« *Auctoritas' et 'mancipium'*»), *SDHI* 22, 1956, p.87) va même plus loin et interprète la disposition de la table 6.3 comme une manière de faire acquérir la propriété d'une *res Mancipi* en cas de simple tradition dès l'époque décenvirale. Nous nous rangeons personnellement à l'avis de M.HUMBERT (« *Il valore semantico e giuridico di 'usus' nelle Dodici Tavole* », in *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, dir. M.Humbert, Pavie, 2005, p.377) qui est suivi en cela par E.CHEVREAU, *op.cit.*, p.65 et sq. L'*usus* ne désigne que l'exercice actuel et extériorisé d'un droit ou d'une puissance, et l'asyndète avec *auctoritas* (la garantie du *mancipio dans*) montre surtout la dimension processuelle qui commandait cette disposition. Ce n'est que plus tard, au cours de l'époque républicaine, qu'il est effectivement interprété comme *usucapio*, ayant pour fonction essentielle de purger des vices de fond comme de forme dans l'acte de transfert de propriété.

¹⁰⁰² Ce qui ruine d'ailleurs en grande partie l'intérêt qu'on peut trouver à la souplesse de ce contrat qui peut être conclu par exemple entre absents.

L'*emptio uenditio* consensuelle peut ainsi avoir été une originalité initiale romaine rendue accessible aux pérégrins tout comme le fut, avec quelques aménagements, le contrat *uerbis* qui souvent l'accompagnait.

On peut en déduire de tout cela que la protection juridictionnelle d'une vente purement consensuelle n'eut pas spécifiquement pour but de remédier à l'impossibilité pour les pérégrins de pratiquer la *mancipatio* ou l'*in iure cessio*.

L'*emptio uenditio* romaine ne nous paraît donc avoir aucun point de rattachement tangible avec les négoce avec les étrangers, pas plus d'ailleurs que la *locatio conductio*.

2. La *locatio conductio*, une réalité juridique romaine

Les mêmes arguments peuvent être appliqués à la *locatio conductio*. Les plus anciennes traces se découvrent dans les formulaires catoniens, sans que le vocabulaire soit toujours parfaitement fixé: vente et louage sont au II^{ème} siècle dans un processus de dissociation et de délimitation¹⁰⁰³, ce dont la jurisprudence gardera le souvenir au travers d'un certain nombre de *casus* montrant les difficultés à opposer toujours clairement les deux institutions lorsqu'il en va d'une *locatio rei* ou d'une *locatio operis faciundi*¹⁰⁰⁴. Mais il s'agit là encore de négoce qui concernent particulièrement des citoyens romains.

De plus c'est là un vocabulaire proprement romain, notamment utilisé dans les règlements de marchés publics, vocabulaire qu'on retrouve dans les lois municipales¹⁰⁰⁵. Sans vouloir voir dans le censeur l'auteur des premiers contrats consensuels, l'emploi assez précoce d'un pareil vocabulaire n'incite à y voir ni une importation étrangère ni une institution dont l'existence aurait été dictée par le commerce avec les étrangers.

Il y a plus. En soi, l'unité juridique de ce type contractuel très élastique est bien évidemment une réalité romaine: comment associer derrière une même figure

¹⁰⁰³ Voir U. VON LUBTOW, *Catos leges*, et M. TALAMANCA, *Tipicità*, p.52 ss. R. FIORI, *Locatio conductio*, p.

¹⁰⁰⁴ Voir notamment Gaius, *Inst.*, III.145-147

¹⁰⁰⁵ Les différentes références sont dans R. FIORI, *Locatio conductio*, p.. En revanche, il est fort difficile de dire si le terme « *locare* » était déjà celui utilisé dans la loi des douze tables à propos de la *pignoris capio* accordée à celui qui avait donné à bail son cheval pour remettre le loyer en offrande. Comme le fait remarquer très justement FIORI, le terme fait davantage référence à une réalité économique qu'à un mode de formation spécifique du contrat: on peut parfaitement *locare conducere* par stipulation.

juridique des choses aussi diverses que la *locatio rei*, la *locatio operarum* et la *locatio operis faciundi*? Un pareil agencement, dont l'unité est à nos yeux problématique, peut difficilement être mis au compte du contact avec les étrangers. Si l'on ajoute à cela la particularité notable que, dans la *locatio operis faciundi* c'est le *locator* qui est débiteur de la *merces*, on voit que le profil même de ce type contractuel unique est marqué par une singularité proprement romaine qui n'avait sans doute rien d'universel à ses origines. En tous les cas, rien n'invite à y voir particulièrement un contrat secrété dans les rapports avec les pérégrins, et ce d'autant moins que nous ne connaissons pas d'institution *iuris ciuilis* comme la mancipation qui sanctionnée par voie d'action accessible uniquement aux romains, et dont elles serait devenue le complément indispensable pour protéger les contrats passés par des pérégrins. A ce titre, nous préférons suivre l'hypothèse défendue par Th.Mayer Maly, selon laquelle le contexte de naissance de la *locatio conductio* est l'instauration de nouveaux rapports économiques à titre onéreux liés à une crise et à un effritement des liens clientélares¹⁰⁰⁶.

La conclusion de cette section est double:

1°il n'existe qu'un rapport incident entre *fides bona* et *ius gentium*. La bonne foi n'est pas l'expression du *ius gentium* en matière de droit des obligations. Une obligation reconnue selon le droit des gens n'est pas nécessairement sanctionnée au nom de la *fides bona*, et une obligation sanctionnée par une action de bonne foi n'est pas nécessairement reportée au *ius gentium*. Le classement des causes d'une action de bonne foi dans le *ius gentium* relève d'une stratégie argumentative destinée soit à justifier l'accès de l'institution aux étrangers, soit à limiter les effets peu souhaitables de la *ratio ciuilis*.

2°Ce fondement d'une institution dans le *ius gentium* a sans doute une valeur juridique en synchronie, mais il ne correspond en rien à une réalité historique. Quant aux contrats dont le contentieux est régi par la clause *ex fide bona* et qui sont présentés comme relevant du *ius gentium*, ils ne manifestent pas un lien si fort avec commerce avec les étrangers au point de pouvoir déceler dans cette qualification le reflet d'une origine historique dans l'influence du commerce international.

¹⁰⁰⁶

Th.MAYER-MALY, *Locatio conductio*, p.15, Voir dans le même sens, M.KASER, *Altröm. Ius*, p.297 ss.

Il nous semble donc bien que le fondement juridique de ces obligations soit secrété dans le *proprium ius ciuile quod in sola prudentium interpretatione consistit*, et que les actions réipersécutoires qui commencèrent à les sanctionner furent établies par la seule jurisprudence et une interpretation a contrario de la *lex*.

2.2.2. *Proprium ius ciuile et interpretatio* : une reconnaissance jurisprudentielle d'obligations à la *res ipsa* ? (Section 2)

Le cas des actions de bonne foi invite à se demander dans quelle mesure la jurisprudence a pu reconnaître des cas d'ouverture d'action autonomes sans réglementation législative, alors que la règle reste qu'une action est garantie et fixée par la *lex*. Faire purement appel à un droit coutumier nous paraît dans une certaine mesure une solution de facilité que nous rejeterons et nous nous risquons à présent à notre hypothèse personnelle sur un fondement « civil » possible des actions de bonne foi¹⁰⁰⁷.

Il relève à notre avis originellement du *proprium ius ciuile*, entendu à la fois comme *interpretatio prudentium* et comme *ius proprium ciuium romanorum*. On s'accorde à dire que la créativité jurisprudentielle productrice de nouvelles normes de *ius ciuile* a dû être très marquée durant l'époque républicaine¹⁰⁰⁸, en même temps que l'activité prétorienne devenait elle-même plus audacieuse: ce n'est sans doute qu'une déduction théorique opérée par la comparaison entre le riche état du droit de la fin de la République et ce que nous savons de l'époque décemvirale. En effet, nous ne savons, confessons-le, presque rien sur les IIIème-IIème siècle avant J.C. Aussi nous est-il impossible de dire si c'est au IVème, au IIIème ou au IIème siècle, que furent établis des *iudicia bonae fidei*.

En soi, notre explication pourrait être une simple tautologie, si l'on ne la ressituaît exactement dans l'interaction entre ces trois pôles créateurs de droit que sont la loi, l'interprétation des prudents, et la *iurisdictio praetoris*¹⁰⁰⁹, selon différents types de domaines. Et nous nous proposons essentiellement de montrer que la liberté de la jurisprudence pour identifier, avec un faible rattachement à la loi, des obligations civiles, était sans doute plus grande dans le domaine des actions réipersécutoires: à partir d'une certaine époque que nous ne pouvons dater, les prudents se sont permis

¹⁰⁰⁷ Il ne nous semble pas en contradiction avec certaines hypothèses, envisagées par F. WIEACKER, *ZSS* 80, 1963, p.5 ni avec celle qui clôt le magistral article de U. VON LUBTOW, *Catos Leges*, p., , bien que nous nous écartions sensiblement de l'*Altrömisches Ius* de M. KASER.

¹⁰⁰⁸ Voir notamment M. TALAMANCA, *Riordinamento*, op.cit., p. *Istituzioni*, p., F. WIEACKER, *RRG I*, p.

¹⁰⁰⁹ Voir F. GALLO, « Un nuovo approccio per lo studio del "ius honorarium" », *SDHI* 62 (1996) 1-68

d'identifier, en marge de la loi, des obligations qui relevaient du *ius ciuile*, pour peu que ce ne soit qu'un lien de nature personnelle qui ne touche qu'à la *res ipsa*.

Le principe reste toutefois que les actions dites « civiles » à époque classique trouvent leur fondement dans une norme législative qui les a institués, et notre maître le professeur Michel Humbert a parfaitement défini et précisé la dimension politique de la législation décemvirale en ce domaine¹⁰¹⁰. Bien plus que de tenter une proto-codification, ou une révélation du droit, les Romains trouvèrent dans la loi un remède pour lutter contre l'arbitraire du magistrat qui organise les procès: ce catalogue d'actions encadrait son *imperium* et était destiné à limiter aussi drastiquement que possible ses choix discrétionnaires, et notamment le déni de justice. Lorsque des voies de droit fondées sur le pouvoir de juridiction du préteur furent constituées, les actions à base législative pouvaient être par ailleurs dite civiles en ce qu'elle représentaient un véritable droit intangible du citoyen, garanti par la loi, par opposition aux actions dites prétoriennes, qui reposaient sur le bon vouloir du magistrat chargé de définir le contenu de son édit. Le principe "pas d'action civile sans loi" doit donc se comprendre à époque médio-républicaine d'abord d'un point de vue politique comme la contrepartie des revendications plébéiennes de l'époque décemvirale, qui trouvèrent dans la *lex* un moyen de protéger les citoyens contre l'arbitraire du magistrat qui dit le droit et essentiellement contre les risques de déni de justice. La loi avait pour fonction d'encadrer son *imperium*, essentiellement en matière judiciaire, en protégeant le plébéien contre le déni de justice, mais aussi contre une fixation arbitraire de la condamnation encourue. Et c'est pourquoi certaines innovations dans le *ius ciuile* ne purent voir le jour à époque médio-républicaine sans l'appui d'une loi.

Mais ce principe ("pas d'action sans un fondement législatif") a du nécessairement tolérer de nombreuses dérogations, et sa rigueur est tempérée selon le champ auquel il s'applique.

Si l'on considère cette dimension proprement politique, on comprendra aisément pourquoi la nécessité d'un strict encadrement législatif avait toute sa pertinence dans la matière des obligations délictuelles et des droits réels (Sous-section 1), mais qu'elle n'avait pas vocation à limiter de manière absolue la créativité jurisprudentielle pour

¹⁰¹⁰ M.HUMBERT,

les cas d'ouverture des actions personnelles purement réipersécutoires (Sous-section 2).

Sous-section 1: « Pas d'action civile sans loi »: Une règle quasi-intangible dans le domaine des actions pénales, mixtes et réelles

Sous-section 2: La relative liberté des prudents dans le domaine des obligations à la *res ipsa*

2.2.2.1. « Pas d'action sans loi »: une règle quasi-intangible dans le domaine des actions pénales, mixtes, et réelles (Sous-section 1)

La nécessité d'un fondement législatif de l'action¹⁰¹¹ s'applique dans toute sa rigueur tout particulièrement dans la matière des actions pénales (I), mais encore, dans une moindre mesure, dans la matière des droits réels (II).

2.2.2.1.1. La poena, objet privilégié de l'intervention législative (I)

C'est essentiellement le droit des délits qui obéit au principe du tiers exclu: soit l'action est fondée sur la loi, soit sur l'édit du préteur.

La nécessité politique d'une détermination législative du délit et de la *poena* ne laisse de liberté créatrice à la jurisprudence que dans la qualification juridique des faits (A). Aussi sera-ce uniquement au préteur d'assumer a contrario la paternité de nouveaux cas d'ouverture (B).

2.2.2.1.1.1. La nécessité politique de la détermination législative de la 'poena' et l'infime liberté de la jurisprudence (A)

Le monopole législatif sur la détermination des *poenae* dans les actions délictuelles et mixtes (1°) n'a laissé à la jurisprudence qu'une liberté minimale, essentiellement cantonnée à la qualification juridique des faits (2°)

1° C'est dans le domaine de la fixation des amendes privées, des multiplications de la condamnation, de la litiscrescence pour *infittatio*, que la nécessité d'un encadrement législatif a été ressentie dans toute sa vigueur. Il était exclu que ces tarifs de composition varient à la guise du magistrat, et la *lex* apparaît comme un rempart

contre son pouvoir discrétionnaire, en assortissant chaque cas d'ouverture d'une amende privée fixe ou d'un multiple de la valeur litigieuse. Il était dès lors nécessaire, à l'avenir, de passer par une loi pour définir de pareilles multiplications. Seule la loi pouvait constituer un délit, en couplant un cas d'ouverture avec une pareille amende, et cela concerne les purs faits délictuels, tels que le *furtum*, tels que les nombreux délits définis dans la loi des XII tables (*arbores succisae, tignum iunctum*, etc.) , mais encore toute action qui porte sur autre chose que la *res ipsa*, et c'était à la loi d'instituer des actions à litiscrescence contre l'usurier (*lex Marcia*), au profit du légataire d'une chose certaine contre l'héritier, la peine du double dans l'*actio auctoritatis*, dans l'action du créancier principal contre l'*adstipulator* frauduleux (*lex Aquilia*), ou de définir un *quantum plurimum* (ch. I et II de la *lex Aquilia*) etc.: en effet, pourquoi la multiplication devrait-elle être de deux, plutôt que de trois, ou de quatre? Pourquoi l'*adstipulator* qui fait remise de la dette au débiteur en fraude des droits du créancier principal devrait-il subir la peine du double en cas d'*infitiatio*?

Dans la mesure où l'établissement de la *poena*, même privée, relève d'une proto-politique désincitative et participe d'une certaine *publica coercitio*, il fut, dans un premier temps, nécessairement le fait d'une loi expresse en ce qu'il était éminemment politique. Ainsi, dans la matière du cautionnement, liée au problème endémique du surendettement, de nombreuses lois sont venues introduire des *manus iniectiones*, qui sans doute frappaient d'une *poena* le défendeur, à tout le moins pour une *infitiatio*. C'est le cas de la *lex Publilia* qui représente le recours propre de la caution contre le débiteur principal et constitue très vraisemblablement une réclamation des grands destinée à inciter leurs clients à rembourser diligemment leurs patrons¹⁰¹²; de la *lex furia de sponsu* contre celui qui ne diviserait pas la dette entre les cofidéjusseurs. En matière de taux d'intérêts, de la même manière, la *lex Marcia* représente une désincitation à l'usure. La *lex furia testamentaria* vise une matière proprement sociale ou, si l'on veut, « sociale », destinée à protéger de façon générale des héritiers contre les légataires peu scrupuleux: le cas de ces héritiers qui n'en avaient que le nom a sans doute constitué un fait divers à l'époque, susceptible de faire réagir un magistrat au moyen d'une *rogatio*. Enfin, le cas bien célèbre du plébiscite Aquilien

¹⁰¹¹ Voir M. Kaser -Hackl RZ, p., *Das Atrömische Ius*, p.. KUNKEL, *Fides als schöpferisches Element*, in *op. cit.*, p.1.

¹⁰¹² M.KASER, *Atrömisches Ius*. Voir aussi Ch.APPLETON, même si nous ne souscrivons pas aux datations qu'il propose concernant les lois sur le cautionnement.

représente une revendication plébéienne contre les dommages causés trop facilement à leurs biens par les activités d'exploitation des patriciens.

2° Aussi, quelle qu'ait été son autorité, la jurisprudence, même des Pontifes, ne saurait *motu proprio* établir le multiple exact de la condamnation dans une *actio auctoritatis*, quand bien même c'est elle qui réglemente par son activité de conseil les conditions de fond d'une mancipation. Elle ne saurait non plus établir un dommage comme un délit et fixer le *quantum plurimum* à un an, ou à 30 jours, en différenciant les cas, sans outrepasser le rôle dévolu à la *lex* après le précédent des XII Tables. Elle ne saurait déterminer sans abus des peines si elle constituait des faits en nouveaux délits.

Aussi la marge de manoeuvre de la jurisprudence est-elle bien mince pour ce qui est des actions pénales et mixtes. Sa seule liberté créatrice est éventuellement dans la manière de calculer le montant à multiplier¹⁰¹³, mais surtout dans l'interprétation audacieuse de la qualification juridique des faits. Ainsi en va-t-il du célèbre cas des vignes coupées, rappelé par Gaius pour montrer la rigidité des actions de loi¹⁰¹⁴, mais témoignant encore en filigrane de la marge de manoeuvre de l'ancienne jurisprudence comme le montre un texte d'Ulpian lorsqu'il commente le *ius civile* de Sabinus¹⁰¹⁵. Par une interprétation large des « *arbores succisae* », l'*actio de arboribus succisis* est possible contre celui qui a coupé non pas des arbres, mais des vignes. Il en va de même du *tignum iunctum*: est finalement considéré comme un *tignum* tout objet qui fait partie d'un édifice¹⁰¹⁶, et rend possible l'action au double *de tigno iuncto*.

Il n'y a dans cette forme d'interprétation rien d'étonnant, et toute autorité doctrinale ou judiciaire crée officieusement du droit en interprétant avec audace les termes d'une norme, que ce soit à Rome ou ailleurs: cela constitue la forme de création juridique la plus triviale et inhérente au droit. Sans doute le nombre limité des actions a-t-il conduit les prudens à des interprétations osées, mais ils n'ont rien créé véritablement en considérant que les vignes pouvaient être subsumées sous la qualification générale

¹⁰¹³ Ainsi, dans l'*actio damni*, aucune loi n'a été prise semble-t-il pour que l'évaluation du dommage prenne en compte l'*id quod interest*. Ce changement est un aménagement jurisprudentiel ou une évolution des pratiques judiciaires. Voir Gaius *Inst.* III.212.

¹⁰¹⁴ *Inst.* IV.11.

¹⁰¹⁵ Dig. 47.7.3pr. Ulpianus 42 *ad sab. Vitem arboris appellatione contineri plerique veterum existimaverunt.*

¹⁰¹⁶ Dig. 47.3.1.1 Ulpianus 37 *ad ed. Tigni autem appellatione continentur omnis materia, ex qua aedificium constet, vineaeque necessaria. unde quidam aiunt tegulam quoque et lapidem et testam ceteraque, si qua aedificiis sunt utilia (tigna enim a tegendo dicta sunt), hoc amplius et calcem et harenam tignorum appellatione contineri. sed et in vineis tigni appellatione omnia vineis necessaria continentur, ut puta perticae pedamenta.*

d'arbre, puisqu'il ne pouvaient autonomiser un cas d'ouverture¹⁰¹⁷. Et cette forme de liberté jurisprudentielle rencontre toujours ses limites: *rumpere*, ce peut certes vouloir dire *corrumpere* par une interprétation particulière de la *lex Aquilia*, mais ce ne peut vouloir dire "*causam mortis praestare*". De même, *succidere* ne peut s'interpréter comme « *radicitus extirpare* », sans quoi le préteur ou les prudents seraient considérés comme cherchant à constituer un nouveau cas d'ouverture, et donc à fixer arbitrairement une *poena* par analogie. Ainsi l'interprétation large des termes ne permet jamais de constituer à proprement parler de nouveaux cas d'ouverture civils, mais c'est uniquement au préteur qu'il est revenu de compléter la loi.

2.2.2.1.1.2. Le préteur, seul créateur de nouveaux cas d'ouverture en marge de la loi (B)

Le préteur apparaît encore à époque classique comme le seul titulaire de la constitution de nouveaux cas d'ouverture en la matière. Cela ne s'est sans doute pas fait sans difficulté (1°), mais il nous paraît probable que son intervention « en nom propre », sa *propria praetoris iurisdictio*, ait commencé d'abord à se développer dans le domaine des délits (2°).

1° C'est véritablement au préteur et non à la jurisprudence, de protéger de sa *iurisdictio* des situations qui ne se laissent pas subsumer sous les termes de la loi, en assumant officiellement la paternité de nouveaux cas d'ouverture. Même lorsqu'il agit par exemple « dans l'esprit de la *lex Aquilia* », les actions dites utiles accommodées sur elle sont considérées par les prudents comme l'émanation directe du préteur, non comme une émanation éloignée de l'esprit de la loi, qui peut au mieux constituer la justification matérielle d'une intervention prétorienne, mais non la source formelle de l'action. Toute véritable création *praeter legem* est dans la matière délictuelle reportée à son pouvoir de juridiction, parce que la jurisprudence ne saurait en ce domaine créer du *proprium ius civile* sans lien étroit avec la loi. Ainsi encore, même lorsqu'il ne constitue pas de nouveaux cas d'ouverture, mais ne fait que changer le système d'évaluation (et donc les tarifs de composition légaux), l'action est reportée à

¹⁰¹⁷ C'est d'ailleurs pourquoi la *legis actio* que doit utiliser le propriétaire de vignes doit mentionner les arbres coupés

son pouvoir de juridiction, et non à une création du *proprium ius civile*: c'est le cas du *furtum manifestum*, ou encore de l'*os fractum* ou du *membrum ruptum*. Changer la tarification législative des délits est en soi un acte qui ne peut être justifié que par le pouvoir propre du préteur, non par une interprétation jurisprudentielle extensive, et ce quand bien même le cas d'ouverture serait mentionné dans la loi.

2° Sans doute dans un premier temps le préteur n'a-t-il pu outrepasser aussi aisément la loi et constituer en son nom propre des cas d'ouverture délictuels, et le droit des délits se résumait, en cette matière, au *ius* émanant de la *lex*: les actions étaient toutes des actions civiles, et la distinction du civil et du prétorien n'avait pas lieu de se poser. Mais il nous paraît probable que son premier domaine d'intervention où il créa des actions dont il assumait la paternité (les futures « actions prétoriennes ») fut celui des délits, et que ce soit dans ce domaine que l'opposition du civil et du prétorien se soit cristallisée avec la plus grande netteté. A cela il y a plusieurs raisons:

-La première concerne le régime des actions pénales: la distinction du civil et du prétorien offre toute sa pertinence en matière pénale, et non en matière réipersécutoire, concernant la prescription de l'action. Une action réipersécutoire est toujours délivrée *perpetuo*, qu'elle soit civile ou prétorienne, mais il est fort important de définir la nature civile ou prétorienne d'une action pénale, puisqu'elle n'est délivrable qu'*intra annum* lorsqu'elle repose sur le pur pouvoir de juridiction du préteur. Un cas-limite est celui de ces actions à coloration semi-pénale, comme l'*actio ui bonorum raptorum*, qui sont délivrées au multiple *infra annum*, et au simple une fois l'année passée, comme si elles ne pouvaient être que réipersécutoires au delà de ce délai: elle montre que la paternité prétorienne est tellement saillante dans le domaine délictuel qu'il serait démesuré de lui laisser instituer des actions délivrables *perpetuo* à l'instar des actions légitimes lorsqu'elles visent une *poena*, mais non lorsqu'elles visent la *res ipsa*. Quoi qu'il en soit, disposant de l'*imperium* et d'un pouvoir de coercition, il était titulaire d'un pouvoir de police qui lui permettait d'agir en quelque sorte au nom de l'ordre public, en un mot de trouver un moyen désincitatif à la commission de délits, d'une façon qui ressemble aux garanties législatives, mais plus limitée dans le temps.

et non les vignes, sans quoi ce dernier s'expose à une perte définitive de l'action.

-Deuxièmement, l'opposition du civil et du prétorien ne se manifeste nulle part dans le livre III des *Institutes* à propos des obligations contractuelles, et plus généralement de *rem ipsam praestare*, alors qu'elle est sans cesse présente à propos des délits: c'est là que Gaius se permet constamment des balancements *lex/praeator*. C'est d'ailleurs, de manière générale, à propos des actions pénales que se manifeste l'opposition des actions légitimes et des actions prétoriennes, jamais à propos des actions personnelles réipersécutoires, où ne se rencontre que la différence plus large action civile/action prétorienne¹⁰¹⁸.

-Significativement, il semble que le premier domaine où le préteur soit intervenu en assumant la création d'une action soit celui des infractions aux règles procédurales qu'il a imposées: en bref, les actions qu'il instaure le plus facilement sont celles destinées à sanctionner les infractions contre les normes qui réglementent son activité juridictionnelle, car il a paru bien naturel qu'il puisse faire respecter par des moyens énergiques les règles qui servent le coeur de son activité. Il est ainsi significatif que les exemples que donne Gaius en matière de formules *in factum*, coeur de la *propria iurisdictio*, soient tous tirés du titre *de in ius vocando*, et qu'il s'attarde essentiellement sur lui¹⁰¹⁹, alors qu'il aurait pu choisir des actions bien plus significatives et importantes du droit privé pour illustrer ce groupe. C'est sans doute le domaine où le préteur s'est senti initialement le plus libre d'agir sans autorisation législative, en sanctionnant par des actions (pourtant privées) les infractions à ses propres règles de procédure. Dans un second temps, en tant que titulaire de l'*imperium* et donc dépositaire d'un certain pouvoir de police, dans la mesure où il participait de cette manière à la *publica coercitio* par son activité édictale, il a pu se sentir fondé à établir plus généralement des sanctions pour certains types de situations. Mais c'est, en dernière instance, parce qu'on lui reconnaissait un véritable pouvoir de police.

¹⁰¹⁸ voir Titre II Chapitre 1 section 1, I.

¹⁰¹⁹ IV, 46. *Ceteras uero in factum conceptas uocamus, id est, in quibus nulla talis intentio concepta est, sed initio formulae nominato eo, quod factum est, adiciuntur ea uerba, per quae iudici damnandi absoluendae potestas datur; qualis est formula, qua utitur patronus contra libertum, qui eum contra edictum praetoris in ius uocauit. nam in ea ita est: RECVPERATORES SVNTO. SI PARET ILLVM PATRONVM AB ILLO [PATRONO] LIBERTO CONTRA EDICTVM ILLIVS PRAETORIS IN IVS VOCATVM ESSE, RECVPERATORES, ILLVM LIBERTVM ILLI PATRONO SESTERTIVM X MILIA CONDEMNATE. SI NON PARET, ABSOLVITE. ceterae quoque formulae, quae sub titulo DE IN IVS VOCANDO propositae sunt, in factum conceptae sunt, uelut aduersus eum, qui in ius uocatus neque uenerit neque uindicem dederit; item contra eum, qui ui exemerit eum, qui in ius uocaretur; et denique innumerabiles eius modi aliae formulae in albo proponuntur.*

Le domaine des actions pénales ou mixtes offre donc une alternative très stricte et obéit au principe du tiers-exclu: l'action est instituée explicitement par la loi, sans quoi seul le préteur, qui se voit reconnaître un certain pouvoir de police qui participe de la *publica coercitio*, peut instituer et différencier de nouvelles actions qui auront nature délictuelle, et qui seront qualifiées de prétorienne, sans que la jurisprudence puisse créer paralégislativement de nouveaux cas d'ouverture.

La vigueur avec laquelle s'est imposé le principe « pas d'action sans loi » s'observe encore dans le domaine des droits revendicables.

2.2.2.1.2. Le domaine des droits revendicables: un encadrement législatif sourcilleux (II)

La matière de la revendication a offert davantage de liberté créatrice aux prudents dès l'époque des actions de la loi. Mais c'est dans les filets d'une très stricte réglementation législative qu'elle peut tenter quelques créations audacieuses (A): aussi est-ce là encore à la *propria iurisdictio* de mener des stratégies de contournement des rigidités du *ius legitimum*(B).

2.2.2.1.2.1. La stricte réglementation législative des revendications (A)

Là encore, une volonté politique anime la très stricte réglementation législative de la revendication et la sanction de droits opposables *erga omnes* (1°), même si elle a laissé davantage de place à la jurisprudence pour inventer de nouveaux modes de transfert et de constitution de ces droits (2°), et même si le préteur a dû là encore assumer pleinement la paternité de ce qu'il créait en marge du *ius legitimum* (3°).

1° Il existe une très stricte réglementation de la revendication (d'une chose ou d'une puissance sur quelqu'un). La matière des droits opposables *erga omnes*, la sécurité du *paterfamilias* dans ses biens et dans ses droits sur les personnes qui sont sous sa puissance, mais encore sa liberté, sont de celles qui méritèrent le plus d'être

soustraites à un abus éventuel du magistrat qui dit le droit, abus qui pourrait se manifester surtout par un déni de justice. La loi des XII tables est donc intervenue énergiquement pour garantir des voies de droit en la matière.

Ainsi, ce fut à la loi de fixer les tarifs des *poenae* versables au trésor et attachées à la perte du *sacramentum in rem*, qui n'était que le droit commun du *sacramentum*, c'est semble-t-il cette même loi qui détermina précisément les acteurs de la procédure en définissant les cautions et garanties spécifiques à apporter pour que s'ouvre l'instance (*praedes, uades, subuades*, etc.). Plus particulièrement, c'est la loi semble-t-il qui fixa une *poena* du double contre celui qui aurait perdu le *sacramentum* tout en jouissant de la possession intérimaire: on rejoint dans ce cas la problématique déjà observée dans les délits, à savoir que la loi avait vocation à définir strictement l'ensemble des tarifs de composition et de condamnation. Et c'est encore la loi qui a spécifiquement créé une dérogation aux tarifs de droit commun du *sacramentum* pour la *controversia libertatis*, garantissant ainsi une faveur pour la liberté¹⁰²⁰.

Ce fut, d'un point de vue plus substantiel, à la loi de définir des modes de preuve et de constitution de droits réels, comme l'*usus auctoritas fundi*. De même, la constitution judiciaire de droits réels par la division de l'hérédité fut réglementée grâce à une procédure spécifique. La sortie de l'indivision est une matière éminemment politique, dans la mesure où elle engage un certain mode de vie, un certain mode de production. Les Romains surent garantir au citoyen le droit sacrosaint de sortir de l'indivision familiale: cette garantie intangible de disposer de l'*actio familiae erciscundae* représente à ce titre une avancée politique qui consacre un certain sens de l'« individualisme » à la romaine. Le bornage et la délimitation des fonds ruraux illustrent encore cette tendance.

On voit, à ce titre, ce qui anime la législation décenvirale: soustraire ces droits opposables *erga omnes*, qui font le cœur de la puissance d'un *pater familias*, au pouvoir discrétionnaire du préteur. La possibilité d'opposer *erga omnes* certains droits sur les choses et les personnes est dans une société agricole et patriarcale ce qui fait le plus l'objet d'éventuelles revendications politiques, et elle méritait à ce compte d'être soustraite aux risques de déni de justice de la part du préteur, et ce d'autant plus que la Loi des Douze Tables n'avait pu satisfaire les revendications plébéiennes

¹⁰²⁰ Cette dérogation avait moins sa raison d'être dans l'esclavage à proprement parler, que dans la pratique du *nexum* utilisé à titre de sûreté, sans doute, et qui conduisait très vraisemblablement à des abus, abus qui auraient difficilement été

concernant une éventuelle réforme agraire. A contrario, seule la loi pouvait modifier la constitution et le régime de ces droits opposables *erga omnes*.

2° La jurisprudence ne pouvait donc pas non plus à proprement parler constituer des cas d'ouverture distincts de ceux posés par la loi. Certes une certaine liberté d'interprétation créatrice s'est manifestée, et il semblerait que la jurisprudence pontificale ait été particulièrement inventive, avant comme après la loi des XII Tables, sur les modes de constitution de droits revendicables, mais d'une manière qui représente moins une prise de liberté avec la loi qu'un hommage à sa toute-puissance. Car c'est souvent, non pas une construction extralégislative, mais bien une application détournée de la lettre de la loi, quitte à en dénaturer l'esprit, qui a permis des innovations jurisprudentielles.

Ainsi, l'*in iure cessio* montre que les Pontifes n'ont fait que prendre acte de la solennité du *sacramentum in rem* tel qu'il fut réglementé par la loi, pour construire une comédie judiciaire visant à transférer la propriété tout comme dans une mancipation. De même, l'émancipation est vraisemblablement une construction jurisprudentielle à partir d'une interprétation détournée de la lettre même du verset « *SI PATER...* », qui avait pour fonction de définir les conditions d'une action noxale, et non d'instituer une procédure d'émancipation, ni même de limiter la toute-puissance du *pater familias*¹⁰²¹. C'était un hommage à la lettre même du texte législatif. Il en va de même de l'adoption, mais encore de la *mancipatio familiae* et du *testamentum per aes et libram*, le verset *uti legassit* visant d'abord très certainement le testament comitial¹⁰²².

Sans doute la jurisprudence a-t-elle su spécifier et différencier dans la formulation des *legis actiones* l'objet des prétentions: la pétition d'hérédité, la *uindicatio seruitutis*, l'action négatoire de servitudes sont autant de spécifications pontificales de la *uindicatio* primitive¹⁰²³; c'étaient des spécifications de la *res* qui pouvait faire l'objet de la *uindicatio*; à la différence des actions pénales, où les vignes coupées ne peuvent s'autonomiser face aux arbres coupés, elle a su imposer des formulations

contestés si les risques de *poena* étaient trop désincitatifs. C'était peut-être cette situation-là qui incitait cruellement à des garanties législatives avant l'abolition définitive du *nexum*.

¹⁰²¹ A ce sujet, voir l'avis de MICHEL HUMBERT

¹⁰²² Voir WIEACKER, ZSS 80 1963, p.5, mais surtout RRG I, p.

¹⁰²³ Voir MAGDELAIN, *Actions civiles*, et M.KASER *Altrömisches Ius*, p.

différenciées dans les différentes *legis actiones*¹⁰²⁴, qui étaient spécifiées selon le type de droit revendiqué (droit sur une *res singula*/droit sur une universalité comme l'hérédité, droit sur une pleine propriété/ sur un élément de la propriété, droit sur une servitude, les types de servitudes ayant été spécifiés). Sans doute a-t-elle su appliquer et adapter aux fonds urbains les règles législatives portant sur les fonds ruraux. En soi, cette liberté, elle la trouvait sans doute dans le fait que la réglementation législative avait été faite avant tout pour éviter le déni de justice, l'impossibilité de faire valoir son droit, et là où le déni eût été le plus manifeste, c'est de refuser au citoyen de valoir un droit opposable à tous.

Mais il aurait été impensable qu'elle constitue *ex nihilo* de nouveaux modes d'acquisition de la propriété quiritaire¹⁰²⁵. Il eût été de même impensable qu'elle définisse de nouvelles règles de la succession *ab intestat* ou de nouveaux types d'héritiers¹⁰²⁶. C'est ce que montre a fortiori le cas de la constitution de droits réels par l'effet d'un partage judiciaire: il fallut, on le sait par les fragments d'Égypte des *Institutes* de Gaius, une loi (la *lex Licinnia*) pour instituer l'*actio communi diuidundo*, et l'interprétation analogique avec l'*actio familiae erciscundae* n'avait pas auparavant permis de constituer une sortie judiciaire de l'indivision entre des copropriétaires autres que les cohéritiers. Là encore, la contrainte législative, destinée à garantir au citoyen la protection de sa liberté, de ses droits sur les choses, sur les personnes, en bref des droits opposables *erga omnes*, et à le prémunir contre l'éventuel déni de justice, freinait dans une certaine mesure l'activité créatrice de la jurisprudence pontificale.

2.2.2.1.2.2. Les stratégies prétorienne de contournement du 'ius legitimum' en matière de droits réels (B)

Corrélativement, pour corriger les insuffisances de la loi, les véritables innovations viennent et sont reportées explicitement au pouvoir de juridiction du préteur, non au

¹⁰²⁴ Ce dont on trouve une trace dans les différentes formules de revendication: *rem esse ex iure Quiritium/ ius esse altius tollendi*, etc.

¹⁰²⁵ A preuve, l'absence de transfert de propriété qui accompagne l'*emptio uenditio*.

¹⁰²⁶ Au mieux a-t-elle défini des tuteurs par un système d'interprétation analogique. Les patrons sont les tuteurs des affranchi(e)s par analogie: puisqu'ils sont des héritiers légitimes de l'affranchi tout comme l'*agnatus proximus*, et puisque celui-ci est aussi pour cette raison le tuteur légitime, alors eux mêmes sont des tuteurs légitimes de leurs affranchis. A tout le moins les prudens se sont empressés de qualifier cette tutelle de « légitime ». Mais il est significatif qu'ils aient constitué par analogie la charge d'une protection, non un nouveau titre de propriété.

ius ciuile quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit. Seul il peut outrepasser le *ius legitimum*, et l'alternative *lex/ praetor* se manifeste encore dans sa grande rigueur en matière de revendication. C'est ainsi qu'il doit user de fins contournements pour corriger les insuffisances de la loi(1°), bien qu'il ait réussi à introduire un tout nouveau *modus agendi*(2°)

1°Le monopole législatif sur la protection des droits opposables *erga omnes* est à ce point impérieux que le préteur n'a pas osé créer des actions de but en blanc afin de compléter l'architecture offerte par le *ius ciuile* en matière de droits réels: dans ce domaine, constituer des droits opposables *erga omnes* eût été non pas constituer du droit *praeter legem*, mais nécessairement *contra legem*, puisque attribuer un droit à quelqu'un, par exemple en matière d'hérédité, revenait souvent à en priver le titulaire en vertu du *ius ciuile*. Autant le magistrat pouvait se prévaloir de son pouvoir de police pour justifier la création brute, voire brutale, de nouveaux délits par la promesse de formules *in factum*, autant ses créations pour compléter les actions légitimes réelles ont pris des voies plus détournées¹⁰²⁷.

Ainsi, il a pris d'une part la voie détournée de la fiction, par exemple dans le cas de l'action publicienne, mais la fiction d'*usucapio* contenue dans la formule est pour ainsi dire un hommage du droit prétorien au caractère contraignant de la *lex* en matière d'acquisition de la propriété quiritaire par l'*usus*.

D'autre part, c'est un système d'interdits fondés, non pas même sur sa *iurisdictio*, mais bien sur son *imperium*, et donc sur son pouvoir d'ordre, qui lui permet avec énergie de protéger des situations qui sont au regard de la loi de purs faits. Ainsi, en matière de succession, c'est la protection de la possession qui permet au préteur de contourner les règles législatives de la propriété quiritaire, et il reconnaît par la même la toute puissance de la loi dans la reconnaissance des rapports d'hérédité puisqu'il s'ingénie à les contourner en s'en tenant strictement au plan des faits (la possession) et non des droits. Aussi l'opposition du civil et du prétorien est-elle dans ce domaine extrêmement tranchée. Là encore, à propos des successions, Gaius n'hésite pas à présenter l'état du droit selon le balancement *ius ciuile/praetor*, ou *ius*

¹⁰²⁷ Si l'on excepte la mystérieuse et très fascinante action Servienne. Voir EP³ p.490. Voir P. PICHONNAZ, *La place de l'action servienne dans l'édit du préteur*, in *Mélanges à la mémoire d'André Magdelain*. Dir. M.Humbert et Y.Thomas, Paris, 1998.

legitimum/praetor, alors qu'il ne présente aucune innovation prétorienne à mettre en contraste avec les obligations civiles de *rem ipsam praestare*.

L'ingéniosité avec laquelle le préteur a contourné le carcan législatif, et la netteté avec laquelle en ce domaine on oppose le légitime et le prétorien montre a contrario à quel point, sur le principe au moins, il était exclu que la jurisprudence constitue du droit de manière paralégislative, en constituant de nouveaux cas d'ouverture, de nouveaux modes d'acquisition des droits réels, de nouvelles règles de succession.

2° En revanche, une innovation, qui doit nécessairement être le fait initial du préteur, mais qui ne fut pas reportée à son pouvoir de juridiction, et qui montre davantage comment la jurisprudence est parvenue à s'extraire du carcan que constituait le *sacramentum in rem*¹⁰²⁸, est l'invention de la formule pétitoire: elle présente bien une prétention civile, selon une procédure qui n'est pas simplement un décalque formulaire de la procédure des actions de la loi: la clause restitutive montre un véritable changement dans la procédure, avec un demandeur et un défendeur, et une revendication directe; en outre, il n'est plus question de *poena* à verser au Trésor.

On voit donc une certaine liberté dans la matière de la revendication: sans doute est-ce dû avant tout à la nature malgré tout réipersécutoire de l'action. La jurisprudence pouvait être un peu plus inventive lorsqu'il n'était plus question de *poena*, qu'elle soit versable au Trésor ou à la partie adverse, et le préteur n'avait donc pas à justifier ce nouveau modèle de revendication en le fondant sur son propre pouvoir de juridiction. Les actions réelles étaient moulées dans une toute nouvelle procédure, mais restaient des actions civiles, malgré des contrastes très marquées par rapport à l'ancienne procédure¹⁰²⁹.

Mais ce n'est qu'en matière d'actions personnelles réipersécutoires que la rigueur du principe « pas d'action (civile) sans loi » s'est à notre avis assez tôt atténuée.

¹⁰²⁸ Voir M.KASER *RPR* I p. , *Das Altrömische Ius*, p., et KASER-HACKL, *RZ*, p.

¹⁰²⁹ La principale étant le régime de consommation de l'action, voir *supra* chapitre précédent, Section 2, soussection 2.

2.2.2.2. *Une règle plus facilement modulable dans le domaine des obligations à la res ipsa (Sous-section 2)*

La jurisprudence a semble-t-il eu une bien plus grande liberté, *a contrario*, lorsqu'il en allait d'obligations de *rem ipsam praestare*. La faible intervention du législateur dans le domaine des actions personnelles réipersécutoires l'a rendue beaucoup plus audacieuse sans doute dans la constitution purement jurisprudentielle des cas d'ouverture(I). C'est sans doute à ce bloc de créations *a silentio* que l'on peut rattacher les cas d'ouverture donnant droit uniquement à la *res ipsa* et matérialisés dans les formules *ex fide bona* (II)

2.2.2.2.1. *La faible intervention du législateur et la créativité jurisprudentielle (I)*

L'intérêt politique à garantir aussi strictement la sanction des *negotia* était en soi assez mince. La constitution de *negotia* qui ne vont lier que deux personnes (éventuellement leurs ayants-droits) et n'engager qu'à la prestation de la *res ipsa* peut faire difficilement l'objet d'un débat politique. Que quelqu'un, s'étant engagé d'une manière ou d'une autre envers une autre personne à une prestation de cent, doive cent, n'est pas du tout un sujet qui offre prise à d'éventuelles revendications ou contestations, et la forme du *negotium* est plus une question de technique juridique laissée largement à la discrétion de la jurisprudence, qu'une question politique. Il ne s'agit ni d'un droit réel ou d'une puissance sur quelqu'un, dont la protection législative se justifie par son importance économique, sa concrétude et sa valeur *erga omnes*, ni d'une obligation à la *poena*, dont la « grille tarifaire » a toutes les raisons d'être définie par un texte qui échappe à l'arbitraire de celui qui *ius dicit*. Mais tant que l'on s'en tient sur le principe à la *res ipsa*, il n'y a pas lieu de légiférer: qu'on puisse réclamer 100 de celui à qui l'on a prêté 100 n'offre prise, sur le principe, à aucun débat. En outre, des actions purement réipersécutoires ne méritaient pas une réglementation faite de *praedes*, *uades subuades*, comme pour le *sacramentum*. En bref, la législation décenvirale pouvait tout à fait se passer d'une réglementation

étoffée en la matière. Les actions réipersécutoires firent l'objet de peu d'interventions législatives au cours du temps, si ce n'est pour constituer, de manière décincitative, en délits, des faits survenus à l'occasion d'un rapport négotial (A), aussi la jurisprudence s'est-elle sentie beaucoup plus libre de remodeler de nouveaux cas d'ouverture (B).

2.2.2.2.1.1. *L'intervention principale du législateur à l'occasion d'actes négotiaux: l'instauration d'actions (A)*

Le législateur est essentiellement intervenu, dans la matière des actes négotiaux, pour donner une dimension punitive à la sanction(1°), et le peu de dispositions concernant à proprement parler la matière réipersécutoire nous paraît de toute manière dicté par le problème depuis toujours très politisé à Rome, du cautionnement et de l'endettement(2°).

1° Là où le législateur intervient principalement, c'est pour constituer en délit des faits commis à l'occasion d'un rapport « contractuel » ou « negotial », lorsqu'il donne une dimension punitive à la réparation, en l'assortissant d'un multiple. Dès la loi des XII tables, l'*actio auctoritatis* ou l'*actio de modo agri* naissent bien certes d'un acte juridique, la mancipation, mais elles contiennent la peine du double et c'est pour la garantir de manière fixe et intangible que le législateur est intervenu. Lorsque la sanction est totalement disproportionnée face à la poursuite de la *res ipsa*, et touche la liberté des citoyens romains, la procédure d'exécution a dû là encore être assez strictement réglementée: c'est là le but de la législation très précise sur la *manus iniectio iudicati* et *pro iudicato*.

La période post-décemvirale fourmille de lois dont on devine sans peine les heurts politiques ou sociaux qui ont conduit à leur vote: très souvent l'intérêt de l'institution d'une *poena* réside dans la désincitation d'un comportement considéré comme nuisible socialement. Le législateur intervient souvent dans des sujets politiquement épineux, comme les usures ou le cautionnement, qui ont trait au problème social du surendettement. L'action de la *lex Furia de sponsu* par *manus iniectio* définit très vraisemblablement un multiple au profit du cofidéjusseur contre le créancier qui n'a pas divisé la dette, tout comme l'action de la *lex Marcia* contre les usuriers. La *lex Furia testamentaria* introduit la peine du quadruple contre le légataire qui a recueilli

plus que sa part autorisée par la loi. Le chapitre II de la *lex Aquilia* introduit contre l'*adstipulator* la litiscrescence pour *infittatio*. La constitution de ces peines au multiple rejoint son activité en matière purement délictuelle: le législateur est le seul à pouvoir les fixer, et il n'intervient que dans la mesure où surgit une revendication sociale ou politique qui nécessite une sanction désincitative; non pas tant pour résoudre un problème de technique juridique, laissée à la jurisprudence, mais pour résoudre un problème social ou sociétal en frappant certains faits de *poenae*¹⁰³⁰.

2° Sans doute existe-t-il quelques dispositions législatives concernant les actions personnelles purement réipersécutoires. Mais elles sont minces, et nous paraissent indirectement concerner le problème du cautionnement. Ainsi la *iudicis arbitriue postulatio* a été instituée par la loi des Douze Tables pour la *sponsio*. Mais il ne s'agissait pas tant de régler dans l'abstrait la *sponsio*, ni même de lui donner une assise législative, que d'introduire une dérogation quant au mode de procédure ancien, la *sponsio* ayant très vraisemblablement ouvert, à époque prédécevrale, un *sacramentum*.

Et il nous semble que la mesure avait vraisemblablement un rapport à la fois avec la matière générale des *poenae* et avec le problème épineux du cautionnement, puisque la *sponsio* représentait encore bien davantage que le mode de formation volontaire commun des obligations entre deux personnes. En effet, initialement, seule l'obligation moulée dans la *sponsio* pouvait être assortie d'une surtété personnelle, qui devait elle-même être faite sous forme de *sponsio*. C'était donc le mode d'engagement contractuel le plus important socialement, en ce qu'il pouvait très fréquemment faire intervenir plusieurs acteurs dont certains n'avaient pas un intérêt direct à l'exécution du contenu de l'obligation. Qu'elle prenne la forme de la corréalité, de l'obligation purement solidaire ou de l'obligation purement accessoire, la matière des garanties personnelles intéresse davantage le législateur, parce qu'elle constitue un sujet politique extrêmement brûlant dans un tissu social reposant sur les *gentes*, la *familia* et la clientèle. La nécessité d'une réglementation venait donc sans doute moins d'un

¹⁰³⁰ Bien entendu, ces lois sanctionnent parfois un type de comportement par la nullité ou par l'extinction, totale ou partielle, de l'obligation, plutôt que par l'institution d'une *poena*. Ainsi, la *Lex furia de sponsu* libère les cautions au bout de deux ans. La *lex Cornelia* introduisant un plafonnement de la garantie, libère les cautions pour le surplus. La *lex Cicereia*, prévoit, au moyen d'un *praeiudicium*, la libération pure et simple de la caution citée en justice pour l'ensemble de la dette lorsque le créancier a omis de la diviser entre les cofidéjusseurs. Mais ces lois sont complémentaires de cet arsenal désincitatif que constituent les actions mixtes, souvent à tenter par *manus iniectio*.

souci de réglementation du droit des obligations de *rem ipsam praestare*, que des problèmes liés au cautionnement.

Par ailleurs, lorsque Gaius insiste sur le fait que la procédure décemvirale de la *iudicis postulatio* était *sine poena* par opposition au *sacramentum*¹⁰³¹, nous pouvons comprendre derrière ce détail que la disposition législative concernant la *sponsio* avait essentiellement pour portée d'alléger la lourdeur et les risques d'une procédure dans un sujet d'autant plus épineux qu'il touchait les garanties personnelles: il n'y avait aucun risque de *poena* à *negare*, et ce pouvait donc être interprété comme une faveur procédurale, notamment pour la caution qui s'était obligée solidairement. Ainsi la disposition aurait vocation à alléger le surcroît de risques qui auraient pesé sur une caution si la procédure avait été le traditionnel *sacramentum*, ou la *manus inectio*, et se justifiait d'autant mieux que la caution n'avait en 451 encore aucun recours, ni contre le débiteur principal, ni contre ses cofidélusés: elle pouvait en tous les cas être plus sourcilieuse et ne pas être encline à payer trop facilement le créancier par crainte d'une *poena* dans un procès.

Il a fallu encore une loi pour l'institution de la *condictio*, ce qui paraît peu étonnant dans la mesure où il s'agissait d'un changement de procédure: toute *certa credita pecunia* serait réclamée selon un autre *modus agendi*, encore inconnu jusque-là. Mais plus encore, elle institue très vraisemblablement une forme indirecte de *poena*, en réglementant ou en instituant une *restipulatio tertiae partis*, ou en définissant la peine du tiers de la valeur de la dette litigieuse. Si c'était là l'objet de la *lex Silia*, on comprend la nécessité d'une intervention législative, personne d'autre ne pouvant instituer discrétionnairement cette peine du tiers. Mais la jurisprudence connaissait semble-t-il une plus grande liberté dans la reconnaissance de modes d'obligations à la *res ipsa*.

2.2.2.2.1.2. La liberté de la jurisprudence dans la constitution de causes d'obligations à la 'res ipsa' (B)

¹⁰³¹ *Inst.*, IV.17a

Ce désintérêt du législateur pour le domaine à proprement parler des *negotia* et des actions qui n'ouvrent droit qu'à la valeur de la *res ipsa*, a sans doute été compris par la jurisprudence médio-républicaine comme une invitation à la création et à la reconnaissance de nouveaux cas d'ouverture, sans qu'ils aient à se justifier de l'inventivité prétorienne à proprement parler. Aussi est-ce un domaine qui laisse beaucoup plus de place à la liberté de la jurisprudence (1°), tandis que le préteur n'est intervenu que de manière plus sporadique, pour compléter, non pas la loi, mais le bloc formé par la loi et le *proprium ius civile* (2°)

1° Ainsi elle n'a semble-t-il pas eu besoin d'un appui législatif pour reconnaître à la stipulation en général une valeur aussi contraignante *iure civili* que la *sponsio*. Car le mode exact de formation de l'obligation est davantage une question de technique juridique qu'une véritable question politique: ainsi, la loi des douze tables n'a eu nullement vocation à régler la *sponsio*, ni dans ses conditions de fond¹⁰³², ni dans son régime, ni davantage dans ses conditions de forme. Sans doute est-on passé à de nouvelles formulations (*promitto, fidepromitto*) beaucoup plus assouplies, sans qu'il y ait eu besoin de légiférer. Mais ce n'est sans doute pas la loi qui a permis l'assouplissement de ce formalisme, et des lois bien plus récentes (comme la *lex Appuleia*, qui garantissait la contribution des cofidésusseurs à la dette même lorsqu'ils étaient des *fidepromissores*, et non des *sponsores*), prenaient déjà en compte la *fidepromissio* comme un mode de formation commun. Nul doute qu'un créancier pouvait dès auparavant tenter, très vraisemblablement par *iudicis arbitriue postulatio*, une action contre un débiteur principal ou accessoire qui s'était engagé en utilisant un autre verbe que *spondeo*¹⁰³³. Certes, une fois assoupli ce formalisme, certaines actions ne pouvaient malgré tout être délivrées que sous condition de *sponsio*, en suivant la lettre du texte législatif, comme l'*actio depensi*, au double, de la loi Publilia. Mais c'est logique: autant la *lex Publilia* instituait une action mixte,

¹⁰³² Les règles de fond présentées par Gaius concernant la *stipulatio inutilis* n'ont pas le moindre appui législatif. Les règles de la solidarité ou de la transmissibilité non plus, pas plus que les règles concernant l'extinction des obligations en général. Tout ce régime général est d'origine jurisprudentielle, et la loi n'intervient dans le régime des obligations que dans une perspective politique et sociale, comme à propos du surendettement (d'où des dérogations particulières comme l'extinction des obligations nées du cautionnement d'après la *lex Furia*, ou les plafonds posés par la *lex Cornelia*).

¹⁰³³ Sans quoi l'état du droit serait fort aberrant: si la *lex Appuleia* garantissait un recours en contribution à la dette entre *fidepromissores* et *sponsores*, on ne voit pas pourquoi le créancier choisirait des *fidepromissores* s'il risquait de ne pas pouvoir se retourner directement contre eux. L'intérêt principal pour un créancier d'avoir plusieurs cofidésusseurs (encore solidaires à l'époque de la *lex Appuleia*) est de pouvoir agir contre n'importe lequel d'entre eux, aussi doit-on présupposer qu'à l'époque de cette loi, on pouvait tenter une action par *iudicis arbitriue postulatio*, même contre quelqu'un qui n'aurait pas employé le verbe *spondeo*, puisque les *fidepromissores* sont visés par la *lex appuleia*, tout comme par la *lex furia de sponsu*.

avec *poena* éventuelle, et surtout par *manus iniectio pro iudicato*, et méritait à ce titre d'être interprétée très strictement comme conditionnant l'action à l'emploi de la *sponsio* authentique; autant laisser le créancier tenter une *iudicis arbitriue postulatio* contre un cofidéjusseur qui n'avait pas exactement dit « *spondeo* », n'apparaissait pas aller contre la lettre de la loi dans la mesure où le créancier ne réclamait que la *res ipsa* et que l'action était *sine poena*.

Par ailleurs, la jurisprudence a su développer d'autres modes de formation de l'obligation sans prévision législative explicite, alors même qu'elle s'était totalement refusé ce pouvoir dans la matière délictuelle. Il ne semble nulle part établi que la *dictio dotis* ou le *iusiurandum liberti* aient fait l'objet d'une quelconque prévision législative. Ce sont des secrétions jurisprudentielles marquées par une forte typicité, qui dérogent au formalisme strict de la stipulation.

Enfin, l'introduction de la *condictio* par les *leges Silia et Calpurnia* est à ce titre symptomatique, dans la mesure où ces lois doivent précéder ou suivre de peu la constitution des premières actions de bonne foi: elles ne limitent le cas d'ouverture qu'en faisant référence à une *certa credita pecunia* ou à une *certa res*, sans définir de source qui fasse naître un *credere* ou un *debere*. Elles ont pour but de simplement changer la procédure, pour des cas qui s'intentaient auparavant par *sacramentum* ou par *iudicis postulatio*. Mais elles se gardent bien d'énumérer des modes d'obligation comme cas d'ouverture, et ce sera à la jurisprudence de les définir. D'ailleurs elle les avait sans doute établis dès auparavant. Nul doute pourtant qu'aucune loi précédente n'ait visé ni le *mutuum* ni l'*expensilatio*, ni a plus forte raison le paiement de l'indu. Ces modes de formation de l'obligation de *dare* ne sont que des reconnaissances jurisprudentielles de pratiques coutumières, et elles ne souffraient aucunément pour autant d'une quelconque déficience de fondement législatif. Pour peu que l'obligation formée ne donne droit qu'à une prétention à la *res ipsa*, en créant simplement un lien personnel, la jurisprudence peut se passer beaucoup plus facilement de l'appui d'une loi pour définir ses modes de formation.

2° On comprendra donc que, puisque la jurisprudence semblait pouvoir constituer plus aisément du *ius civile* en cette matière, le préteur, lui, intervient relativement peu pour reconnaître de but en blanc des *negotia*: il ne peut que reconnaître des faits, et significativement, il constitue des situations en délits; il ne reconnaît pas d'actes juridiques. Il est significatif que Gaius ne parle strictement jamais des innovations du

préteur lorsqu'il présente le droit des obligations contractuelles au livre III. Ni la loi, ni le préteur ne l'intéressent, et l'auteur des *Institutes* donne l'impression de ne présenter que des obligations du *ius ciuile*. Le préteur emploie la même technique que pour les délits, il constitue des formules *in factum*. Une action, d'ailleurs, comme celle contre l'*agrimensor*, qui vise une certaine activité très précise qui n'a pas su être subsumée sous le cas du mandat ou de la *locatio conductio*, et qui donc vient précisément pallier leurs déficiences, prend significativement une nature pénale, puisqu'elle est délivrable *noxaliter* et non *de peculio*: la correction prétorienne prend une nature délictuelle alors qu'elle vise à corriger une faille de l'institution contractuelle.

Le point où il intervient sans doute assez tôt en son nom propre pour compléter le *ius ciuile* concerne non pas la fondation d'institutions nouvelles, mais le régime des obligations en son lien avec l'état des personnes: non seulement par un jeu de fictions, mais surtout il constitue en son propre nom une reconnaissance du passif contractuel des *alieni iuris*, en ce qu'il est manifestement *contra ius ciuile*. Mais ce n'est pas la matière propre de l'obligation qu'il régleme: c'est parce que ce point concerne avant tout l'état des personnes qu'il est *contra ius ciuile* et qu'il doit assumer par une promesse édictale la pleine paternité des actions dites *adiecticiae qualitatis*.

Autrement, la plupart de ses inventions qui donnent l'apparence de toucher la matière contractuelle semblent relever d'un certain pouvoir de maintenir l'ordre public, lorsqu'il cherche à discipliner une activité particulière sur laquelle il se sent investi d'une mission de police. Il est significatif que l'une de ses oeuvres majeures en ce domaine soit la constitution des *recepta*: le *receptum arbitrii* est une mesure qui a trait, de loin, à son pouvoir d'organisation et de surveillance de la justice, puisqu'elle permet indirectement de désengorger son prétoire d'éventuels contentieux. Les *recepta nautarum cauponum stabulariorum* constituent à chaque fois des situations singulières où il prétend, au nom de ce qui s'assimilerait sous un certain rapport à un ordre public de protection, établir une sorte de droit de la consommation, tout comme le font les édiles curules pour la réglementation spécifique des ventes d'esclaves et d'animaux sur les marchés. Par ailleurs, ce sont parfois des situations où l'équivalent d'une *poena* peut être versé, comme dans l'*action de pecunia constituta* et c'est alors au préteur d'assumer, en les fondant sur son propre pouvoir de juridiction, l'introduction d'actions qui reviennent à sanctionner sans base législative des *poenae*.

Somme toute, seules les formules *in factum* de dépôt et de commodat, peut-être celles de la fiducie, sont assumées comme reposant sur sa *iurisdictio* tout en représentant de véritables négoce typiques mais non cantonnés à une activité particulière. Encore doit-on noter l'aspect délictuel de la formule *in factum* du dépôt telle qu'elle est annoncée dans l'édit, qui prévoit la peine du double en cas de dépôt nécessaire¹⁰³⁴, et qui est mise en contraste avec la mystérieuse *actio depositi* de la loi des XII tables¹⁰³⁵ même si cela est moins vrai du commodat¹⁰³⁶.

On le voit, la législation lacunaire sur la matière des actions personnelles réipersécutoires a laissé se constituer un complexe juridique de source purement jurisprudentielle, et c'est par rapport à ce second bloc que le préteur est intervenu comme agissant *contra ius ciuile*.

Et il nous semble que ce bloc de source largement jurisprudentielle, contenait déjà bon nombre d'actions de bonne foi.

2.2.2.2.2. *Les cas d'ouverture des actions de bonne foi, des secrétions a silentio et a contrario du dispositif législatif (II)*

L'hypothèse que nous faisons à présent pour expliquer le fondement « civil » des cas d'ouverture d'une action de bonne foi à époque médio-républicaine n'emportera peut-être pas la conviction. Mais elle a le mérite, nous semble-t-il, de donner une base plus construite à leur nature civile que de simplement les reporter aux *mores* en faisant fi du principe qu'il n'y a pas d'action sans loi. Elle permet notamment, nous semble-t-il, d'expliquer pourquoi très tôt, les causes visées par les *demonstrationes* des actions de bonne foi ont pu générer un *oportere* civil entre citoyens romains.

Notre intuition est la suivante: la jurisprudence a considéré, au vu de l'essentiel des dispositions législatives, qui concernaient la sanction des droits réels et des

¹⁰³⁴ Voir EP³, p. .

¹⁰³⁵ Coll. 10.7.11 (=Paul. Sent. 2.12.11). *Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum*. Voir G.GANDOLFI, *Deposito*, p.58-63, et V.ARANGIO-RUIZ, *Formule*, p.51 qui tout simplement considèrent qu'il s'agit de l'*actio furti*, comme l'avait fait JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Recht* 1867 (n'ayant pu consulter l'ouvrage, nous avons consulté la traduction italienne *Il momento della colpa nel diritto privato romano*, p.17) . *Contra*: notamment M.KASER, *Das Altrömische Ius*, p.143 et 218, A.WATSON, *Law of obligations*, p.157. Si leur thèse est exacte, en ce cas, le préteur a interposé sa *propria iurisdictio* non pas pour construire une nouvelle figure négotiale, mais au contraire est intervenu dans le domaine délictuel, alors que la formule *in ius*, bien plus tardive, reconnaît quant à elle un type négotial, et c'est ce à quoi tend la démonstration de GANDOLFI, *op.cit.*p.92-98.

¹⁰³⁶ EP³ p.. Cf. dans ce sens pourtant, A.MAGDELAIN, *Consensualisme*, p. . cf encore Dig. 47.2.72 pour le cas du concours non cumulatif mais sélectif entre la formule *in factum* du commodat et l'*actio furti*.

obligations à la *poena*, que la conséquence a contrario qu'elle devait en tirer était restreinte: l'*interpretatio* ne saurait reconnaître à elle seule, hors disposition législative, des cas d'ouverture donnant droit à des *poenae*, ou à la reconnaissance et à la constitution de droits réels. Mais a contrario, ces dispositions pouvaient être lues comme des dispositions dérogatoires: hors du cas visé par la loi, qui attachait une *poena* ou une sanction particulière, il n'y avait, non pas aucune action, mais aucune action portant sur autre chose que l'obligation à la *res ipsa*.

Ainsi, la jurisprudence met souvent en contraste les actions de bonne foi, dans leur vocation à sanctionner un pur lien personnel donnant droit à la *res ipsa*, avec une action légitime concurrente, le plus souvent visant en partie une *poena* (A), et la considération pour ces textes nous invite à penser qu'elles furent, à une époque plus ou moins reculée, les secrétions d'une interprétation a contrario de la loi(B).

2.2.2.2.1. *Les contrastes établis par la jurisprudence entre les actions de bonne foi et les actions légitimes concurrentes (A)*

Les textes, aussi bien juridiques que littéraires, montrent différentes sortes de contrastes entre les actions de bonne foi et des actions légitimes concurrentes, mixtes ou pénales, ou constitutives de droits réels.

1° Il existe différents exemples de contrastes faits entre une action légitime à prétention au moins partiellement pénale, et une action de bonne foi, en tant qu'elle vise la simple *res ipsa* et ne semble pas prévue par un texte législatif. Commençons par un texte littéraire.

Quand Cicéron met en contraste, en *De Off.* III,65¹⁰³⁷, la peine du double en cas d'*infitiatio* dans l'*actio auctoritatis* ou *de modo agri*, prévue strictement par la loi des XII Tables (*cum nexum mancipium faciet, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*), et la réclamation par l'*actio empti* d'un simple *praestare quidquid esset in praedio uitii* en cas de silence dolosif sur un vice de la chose, inventée dit-il par la jurisprudence (en

¹⁰³⁷ *De Off.* III.65: *Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poena subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quidquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere.*

tant que *proprium ius civile*), il touche incidemment un point essentiel. Dans ce texte, le balancement, *res ipsa*-base jurisprudentielle/peine du double-disposition législative, paraît véritablement opposer deux réclamations à la fois par leur fondement et par leur objet. Tandis que l'*actio auctoritatis* ou *de modo agri* est une action partiellement pénale, et instituée par la loi, l'*actio empti* connaît une audacieuse solution jurisprudentielle, qui ne vise que la *res ipsa*, et qui permet notamment de sanctionner un silence dolosif: mais c'est que nécessairement, dans ce texte, l'*actio empti* sanctionne une prétention inventée par la jurisprudence. Ce texte, nous semble-t-il, montre que l'*interpretatio prudentium* peut être beaucoup plus constructive en matière de réclamation de la *res ipsa*, et inventer des causes considérées ab initio comme civiles, pour peu qu'elle ne s'imagine pas avoir le droit d'inventer, à l'instar de la loi, des actions au multiple, ou enfreindre quelques règles traditionnelles du régime des obligations comme celles qui gouvernent le passif contractuel des *alieni iuris*, ou encore attacher des effets réels *contra legem*: toute entorse à la réglementation législative devrait alors être non pas reportée à l'inventivité des jurisconsultes, mais à la *iurisdictio* du préteur qui la justifierait concrètement par une promesse édictale¹⁰³⁸, ce qui n'est précisément pas le cas.

2° Le second exemple de contraste n'est pas directement fait comme dans l'exemple précédent, mais il s'agit de deux actions qui naissent, comme dit Ulpien, d'une seule et même obligation¹⁰³⁹: une action au multiple visant pour partie une *poena*, l'*actio rationibus distrahendis* prévue et strictement encadrée par la loi, et l'action de tutelle, qui est purement réipersécutoire et vise la *res ipsa* (peu importe son calcul, qui a pu évoluer au cours du temps), qui est considérée comme civile sans donner trace d'une prévision législative spéciale. Deux actions très proches et concurrentes s'opposent là encore à la fois par leur objet (*res ipsa*/ *res* augmentée d'une *poena*) et par leur fondement (action sans prévision législative explicite/action prévue explicitement par la loi).

l

¹⁰³⁸ Au résultat, la vente consensuelle d'une *res Mancipi* n'emporte pas d'effet réel. La revendication de la chose par l'acheteur est par là même exclue.

¹⁰³⁹ Dig. 27.3.1.21 Ulpianus 36 ad ed. *In tutela ex una obligatione duas esse actiones constat: et ideo, sive tutela fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest, sive contra, tutelae actio quod ad speciem istam perempta est.*

3°Le troisième contraste de ce type entre le semi-pénal et le purement réipersécutoire, est donné incidemment par Gaius¹⁰⁴⁰, entre l'*actio depensi* instituée par la *lex Publilia*, à coloration pénale et visant donc un multiple de la *res* (le *duplum*), et l'action contraire de mandat de la caution contre le débiteur principal, qui est par essence purement réipersécutoire. Dans le cas spécifique d'une caution engagée envers le créancier par *sponsio*, et qui aurait payé la dette du débiteur principal, une loi prévoit une action au double par *manus iniectio* contre le débiteur principal au bout d'un délai de 6 mois; hormis ce cas précis (donc, dans le cas d'un *fidepromissor*, d'un *fideiussor*, ou avant un délai de 6 mois), c'est uniquement à l'action contraire de mandat que la caution pourra avoir recours, c'est-à-dire à une action purement réipersécutoire et qui ne trouve aucune prévision législative explicite. Et Gaius présente le bénéfice de la *lex Publilia* comme un surplus par rapport à l'action de mandat, sans s'attacher à sa précédence historique.

4°Le quatrième exemple est l'étonnement de Gaius devant le chapitre II de la *lex Aquilia*¹⁰⁴¹: pourquoi la loi a-t-elle institué une action contre l'*adstipulator* qui ferait remise de la dette en fraude des droits du créancier principal, alors que selon lui l'*actio mandati* (réipersécutoire) suffisait? Il nous donne la réponse, tout en restant dubitatif sur l'utilité pratique d'une pareille disposition. C'est parce la loi a institué la *litiscrescence*, et donc une *poena* éventuelle. Peu importe que Gaius se trompe peut-être sur la chronologie dans ce texte, où il semble sous-entendre que l'*actio mandati* existait déjà au moment du vote du plébiscite Aquilien: le fait est qu'il ne voit pas comment l'action de mandat pourrait ne pas avoir déjà existé, et sans doute y voit-il une simple reconnaissance jurisprudentielle qu'il est impossible de dater. Il la considère naturelle et *sub specie aeternitatis* parce qu'elle est *in personam* et ne vise que la *res ipsa*, et seule une loi pouvait fonder une prétention à davantage que la *res ipsa*.

5°Dans un autre ordre d'idées, un cinquième contraste peut encore être montré cette fois entre une action visant non pas une *poena*, mais la constitution de droits réels, et une action visant à la liquidation des rapports purement personnels: entre l'*actio pro*

¹⁰⁴⁰ *Inst.* III.127 *In eo quoque par omnium causa est, quod si quid pro reo soluerint, eius recipiendi causa habent cum eo mandati iudicium; et hoc amplius sponsores ex lege Publilia propriam habent actionem in duplum, quae appellatur depensi.*

socio et l'*actio communi diuidundo*. Il faut prendre le texte de Paul en Dig. 10.3.1¹⁰⁴² à la lettre: l'*actio communi diuidundo* est venue combler une faille de l'*actio pro socio*, qui ne concernait en principe que des liens personnels. Tout comme pour l'*actio familiae erciscundae*, il a fallu une prévision législative explicite (la *lex Licinnia* dont parlent les *Institutes*) pour instituer une procédure de partage qui tendait à la constitution de droits réels. En revanche, la prévision législative exacte n'existe pas pour l'*actio pro socio*, et pour cause, une simple action personnelle réipersécutoire peut être reportée à une certaine liberté jurisprudentielle qui interprète les rapports du *ius ciuile* et n'a donc qu'un lien beaucoup plus ténu avec la loi. Ces différents types de contrastes, qui ne mettent pas du tout en balance un fondement législatif avec un fondement prétorien, mais qui ne font que mettre en balance une action à coloration généralement pénale prévue par la loi à une autre, purement réipersécutoire, qui n'a pas été prévue explicitement par la loi, nous invitent à considérer, à défaut de prévision législative explicite instituant une action de bonne foi, la possibilité d'un fondement dans une interprétation *a contrario* de la *lex*.

2.2.2.2.2. Un fondement possible dans une interprétation *a silentio et a contrario* de la loi (B)

Quelle que soit l'époque à laquelle on situe une pareille interprétation, il nous semble que ce tableau d'ensemble permet de concevoir, pour les actions de bonne foi, un fondement dans l'interprétation *a contrario* de la *lex*, du moment qu'on s'accorde à dire que la *lex* est la source essentielle du droit, mais non l'expression exhaustive des normes et des institutions en vigueur, et qu'elle peut souvent être interprétée soit comme une disposition spéciale dérogeant à une disposition plus générale qu'elle ne ferait que reconnaître implicitement, ce qui justifie des interprétations *a contrario*, soit comme l'application particulière procédant d'une règle plus générale, qu'elle reconnaît là encore implicitement, et qui justifie dans ce cas, au contraire, des

¹⁰⁴¹ *Inst.* III.215-216. Cité *supra*

¹⁰⁴² Voir Section Précédente, Sous-section 2, II, B.

interprétations analogiques¹⁰⁴³. C'est par une forme d'interprétation *a contrario* (1°), face à la prévision législative d'actions pénales, mixtes, ou réelles, que les prudents ont pu considérer que la pure réclamation *in personam* de la *res ipsa* était dans certains cas tacitement incluse dans la loi (2°).

1° Ce type d'interprétation *a contrario* de la *lex* existe dès les temps les plus anciens, aux côtés d'interprétations analogiques, comme l'a montré F. Wieacker à propos de l'interprétation pontificale¹⁰⁴⁴:

-L'exemple même de l'interprétation analogique est celle qui a permis la reconnaissance de la tutelle patronale: puisque la loi a institué le patron héritier légitime de son client-affranchi, puisque les agnats qui sont des héritiers légitimes sont pour cette raison-même des tuteurs légitimes, alors le patron est lui aussi tuteur de son affranchi(e), et significativement il est même dit tuteur légitime.

- L'exemple même de l'*interpretatio a contrario* est celui qui permettait de contourner l'interdiction faite aux femmes de faire des testaments: puisque les affranchies ne sont pas visées par cette interdiction, il suffit qu'une femme subisse une quelconque *kapitis deminutio minima* pour pouvoir échapper à cette interdiction¹⁰⁴⁵.

Néanmoins, ces deux extrêmes, l'interprétation *a contrario* et l'interprétation analogique laissent place à différentes possibilités si l'on se place du point de vue de l'ensemble d'une règle juridique, et non du point de vue d'une seule qualification juridique contenue dans l'énoncé de la norme.

Nous considérerons par exemple le cas du verset « *si pater ter filium uenum duit...* »¹⁰⁴⁶, qui sert de base à l'émancipation, et son interprétation pour dégager la règle qui s'applique aux filles ainsi qu'aux petits-enfants et arrière-petits-enfants. Il aurait pu sur le principe être interprété analogiquement en leur imposant la même règle (sortie de la puissance paternelle au bout de trois mancipations), en considérant que la qualification *filius* n'était qu'une illustration particulière de la figure des *alieni iuris* autres que les esclaves: il se serait appliqué uniformément aux filles, aux petits-enfants et aux arrière-petits-enfants, qui devraient subir le rituel des trois mancipations pour sortir définitivement de la *potestas*. Mais une fois exclue cette

¹⁰⁴³ Sur l'oscillation entre interprétation analogique et *a contrario* des normes décenvirales depuis la jurisprudence pontificale, voir WIEACKER, *RRG I*, p.325 ss.

¹⁰⁴⁴ F. WIEACKER, *RRG I*, p.331

¹⁰⁴⁵ Gaius, *Inst.*, I, et Cicéron,

possibilité d'interprétation analogique uniforme, il restait plusieurs voies à l'interprétation a contrario. La nécessité des trois mancipationes pouvait s'appliquer aux fils à l'exclusion des filles (raisonnement a contrario), mais en incluant les petits-fils et arrière-petits-fils (raisonnement analogique); elle pouvait concerner les enfants à l'exclusion des petits-enfants et arrière-petits-enfants (raisonnement a contrario), mais en incluant les filles (par analogie); enfin, et c'est l'interprétation qui a prévalu, la qualification *filius* excluait strictement aussi bien toutes les personnes de sexe féminin que les petits-enfants et arrière-petits enfants de sexe masculin. Aussi la règle n'apparaissait-elle que comme une dérogation toute spéciale aux fils de famille, mais il convenait de mesurer la règle à laquelle elle dérogeait, et qui n'était pas écrite dans le texte de la loi. Car l'interprétation de la nécessité des trois mancipationes pouvait être conduite selon deux voies logiques:

-Soit la mancipation ne donnait droit à aucune forme de sortie définitive de la puissance paternelle pour tout autre *alieni iuris*, puisque seule une procédure était mentionnée pour le *filius*, interprétation aux conséquences inopportunes, qui les ferait toujours revenir sous la puissance paternelle une fois qu'ils cesseraient d'être *in causa mancipii*. Toutefois, cette interprétation eût été possible.

-Soit la loi était interprétée comme reconnaissant implicitement qu'une seule mancipation suffisait pour libérer de la puissance paternelle la *filia familias* ou le petit-fils, par opposition aux trois mancipationes mentionnées pour les fils de famille. C'est cette solution qui a prévalu, en considérant que la mention d'une mancipation multiple précisément pour les fils de famille supposait a contrario la nécessité d'une mancipation simple pour libérer les filles et les petits-enfants, et non l'impossibilité d'une libération par voie de mancipation.

Un pareil type de construction par interprétation a contrario soulève bien entendu des difficultés. Si l'on interprète une disposition comme une dérogation spéciale à quelque chose de plus général que la jurisprudence va nécessairement (re-)construire, encore faut-il savoir à quoi la dérogation déroge exactement. Si c'est l'interprétation a contrario qui construisait une norme juridique face à laquelle la loi n'était à ses yeux que la disposition dérogoire, on comprend bien qu'elle le faisait au cas par cas, qu'à partir d'une disposition considérée comme « spéciale », elle devait trouver

¹⁰⁴⁶ C'est celui-là même que prend F.WIEACKER, *RRG*, I, p., pour présenter les modèles d'interprétation de la

exactement le périmètre et la teneur de la « disposition générale » qu'on reconstruisait en filigrane.

2° Il nous semble qu'une pareille hésitation dans l'établissement d'une norme juridique peut permettre de mesurer comment la jurisprudence, à une époque sans doute bien postérieure à la loi des douze tables, est parvenue à contourner l'étroitesse de l'arsenal d'actions offertes par la loi. Nous avons cherché à montrer comment le principe « pas d'action sans loi » (plus tard, pas d'action civile sans loi) s'est appliqué dans toute sa rigueur à la création des actions qui visent en tout ou en partie une *poena*, ou qui tendent à la constitution ou à la reconnaissance de droits réels. La loi, par contrecoup, ne pouvait pas, aux yeux de la jurisprudence, avoir autant vocation à lui interdire la constitution de tout cas d'ouverture nouveau pour peu que l'*interpretatio* ne vise pas à créer un cas d'ouverture à une *poena* ou pour peu qu'elle ne revienne pas à donner au juge le pouvoir de constituer des droits réels sans base législative.

Nous tenterons de le montrer à travers un exemple. Le type de contraste observé précédemment à propos des actions de bonne foi se retrouve encore à propos de certaines actions de droit strict, par exemple entre l'action *ex testamento legatorum nomine* au profit du légataire d'une chose certaine, dont on devine un fondement législatif explicite qui institue la *poena dupli*, et l'action incertaine *ex testamento* d'autre part, pour laquelle on ne connaît aucun précédent dans les *legis actiones*, ni aucune disposition législative, et qui ne permet en tout état de cause que la poursuite de la valeur de la *res ipsa*.

Si la loi était considérée comme une disposition spécifique ayant institué une action au double contre l'héritier uniquement au profit du légataire *certi per damnationem*, la reconstruction du principe général qui se dessinait en filigrane pouvait conduire à trois solutions concernant les autres types de legs qui tendaient à établir des rapports de dette-créance, comme le legs *incertum per damnationem* ou le legs *sinendi modo*. La jurisprudence avait, si on le considère abstraitement, le choix entre trois interprétations, une interprétation analogique, et deux types d'interprétations a contrario. La jurisprudence pouvait en effet soit étendre analogiquement l'action légitime avec *poena dupli* au légataire *incerti per damnationem* ou *sinendi modo*, ce

jurisprudence pontificale, aussi le reprenons-nous.

qu'elle a refusé de faire; soit exclure a contrario toute action du légataire en cas de legs incertain, ce qui serait revenu à priver de tout effet juridique le *legatum incerti* ou le legs *sinendi modo*; soit enfin exclure a contrario, mais de manière plus limitée, non pas toute action, mais le principe d'une action au double, de nature partiellement pénale, sans préjudice d'une éventuelle action au simple. Cette dernière interprétation a contrario est celle, semble-t-il, qui a été retenue: elle ne fermait pas sur le principe toute possibilité d'action au profit du légataire en cas de *legatum incerti*, et la jurisprudence a simplement interprété a contrario la législation en considérant qu'une action pour legs incertain ne pourrait permettre la poursuite d'une *poena* du double en cas d'*infitiatio*. Mais ainsi interprétée, la loi reconnaissait implicitement, aux yeux des prudents, que le bénéficiaire d'un *legatum incerti* se voyait garantir une poursuite de la *res ipsa*: la loi lui reconnaissait implicitement et a contrario une action personnelle purement réipersécutoire, et donc de nature civile, sans distinguer s'il s'agissait d'un legs certain, incertain ou *sinendi modo*. Aussi ne restait-il qu'à configurer l'action au niveau procédural, mais la loi ainsi interprétée ne fermait pas la possibilité d'une poursuite de la *res ipsa* en cas de legs incertain ou de legs *sinendi modo*. Il n'y a aucun doute sur la nature purement civile de l'action incertaine *ex testamento* même si on l'on doute d'une prévision législative exacte, et même si l'on doute fortement de l'existence d'une procédure orale pour l'intenter avant l'introduction de la formule citée par Gaius en II, 212¹⁰⁴⁷. On peut comprendre toutefois que son fondement est dans une interprétation a contrario de la *lex* telle que nous le supposons. On remarquera d'ailleurs que cette prétention est une prétention incertaine elle aussi, qui s'exprime dans une formule très proche de celles des actions de bonne foi.

3° Un pareil type d'interprétation a contrario qui donne une base civile « implicite » à l'action peut encore servir de fondement à l'existence de certaines actions de bonne foi. Ce n'est qu'une hypothèse, mais nous pouvons en montrer la probabilité à travers différents exemples.

Si par exemple la tutelle (légitime) ouvrait droit, au profit du pupille, à l'action au double *rationibus distrahendis*, en cas de détournement frauduleux des biens du pupille par le tuteur, la jurisprudence a considéré, non pas que la loi avait exclu toute autre action dans les rapports de tutelle dès qu'on sortait du cas précis visé par la *lex*,

¹⁰⁴⁷ Voir M.KASER, *Das altrömische Jus*, p., RPR, p.

mais simplement qu'elle avait exclu tout autre cas d'ouverture donnant lieu à une *poena*; qu'une autre action (quelle que soit sa forme) ne pourrait être intentée qu'en vue de réclamer la *res ipsa*. Ainsi interprétée, la disposition législative prenait l'allure d'une dérogation qu'on pouvait interpréter a contrario comme « le pupille n'a le droit qu'à la poursuite de la *res ipsa*, mais d'aucune *poena*, hormis le cas précisé »¹⁰⁴⁸.

De même l'action du chapitre II de la *lex Aquilia* prévoyait la litiscrescence en cas d'*infitiatio* lorsque l'*adstipulator* aurait fait remise de la dette en fraude des droits du créancier principal: la jurisprudence a pu établir que la loi visait un cas spécial de mandat¹⁰⁴⁹ et que spécifiquement dans le cas du rapport entre le créancier principal et l'*adstipulator*, il existait une action légitime à coloration partiellement pénale; elle a pu donc imposer par une interprétation a contrario non pas qu'un mandat en général n'ouvrait droit à aucune action, mais qu'il n'ouvrait pas droit à la réclamation d'une *poena*, et donc qu'il ouvrait droit implicitement à la pure poursuite de la *res ipsa*.

De même, dans le cas de l'*actio depensi*, le *sponsor* peut réclamer au débiteur principal le double au bout de six mois, sur la base de la *lex Publilia*. Pour peu qu'elle ait identifié derrière ce rapport une application spéciale d'une figure plus générale qu'elle appelle le mandat, l'interprétation a contrario n'a pas été qu'il n'y aurait pas d'action hormis le cas visé par la loi, mais simplement que l'action qui naîtrait du mandat ne saurait en général viser que la *res ipsa* sans viser une quelconque *poena*. La loi, interprétée de cette manière, reconnaissait implicitement la figure du mandat et le principe d'une action tendant à la valeur de la *res ipsa*. Ainsi interprétée, la loi n'excluait pas le mandat en général des rapports propres au *ius civile*, mais bien au

¹⁰⁴⁸ Nous invitons le lecteur à une hypothèse plus précise et plus poussée encore. D'après Ulpien (Dig. 27.3.1.19), l'*actio rationibus distrahendis* semble avoir visé originellement la seule tutelle légitime (voir SOLAZZI, qui considère que le texte est interpolé). C'est en effet ce qu'on peut déduire de la remarque, en soi fort surprenante, qu'il fait à son propos dans son commentaire à l'édit: il dit qu'elle n'est pas seulement intentable contre les tuteurs légitimes, mais contre tous les tuteurs, précision qui n'aurait aucun sens si la formule de l'édit ne mentionnait pas la tutelle légitime. Mais on ne voit pas pourquoi le préteur aurait originellement mentionné dans cette formule la tutelle légitime à titre de Blankettformel, puisqu'il pouvait simplement mentionner le tuteur sans apporter de précision, comme dans l'*arbitrium tutelae*. La raison s'en trouve assez vraisemblablement, à nos yeux, dans les origines de cette action, qui n'aurait visé originellement que les tuteurs légitimes, et ce serait la raison pour laquelle on a si peu de traces de cette action, qui n'est même pas mentionnée par Gaius, si sensible au *ius civile* archaïque, et qui ne parle que de l'action de tutelle (*Inst.*, I, 191... *rationes reddit tutelae iudicio*...) lorsqu'il se réfère à la reddition des comptes. Si notre hypothèse d'une interprétation a contrario de la loi est correcte, on comprendra sans peine la difficulté à laquelle se sont heurtés les prudens après avoir strictement interprété le champ de cette action: si l'action pénale au double n'était intentable à l'origine que contre le tuteur légitime et non contre le tuteur testamentaire ou le tuteur atilien, fallait-il interpréter la disposition comme privant le pupille de tout recours quand il en va du tuteur testamentaire ou du tuteur atilien? Ils avaient intérêt à l'interpréter comme une simple interdiction d'intenter dans un autre cas une action au double, et comme une garantie implicite d'action personnelle visant uniquement la *res ipsa*. Et c'est exactement ce qu'est l'*arbitrium tutelae*. En bref, au moment où il ont reconnu l'action de tutelle comme une action personnelle répersécutoire, ils purent la constituer comme une prétention civile en la trouvant, par un raisonnement a contrario, implicitement contenue dans la *lex*.

¹⁰⁴⁹ Exactement comme elle sait identifier de manière créatrice une *societas* derrière les cofidejusseurs (Gai. *Inst.*, III. 122), et donc considérer que la loi reconnaît implicitement la figure civile de la *societas*.

contraire elle le reconnaissait implicitement comme un cas d'ouverture pour une action personnelle purement réipersécutoire.

De même, lorsque l'*actio auctoritatis* ou l'action *de modo agri* qui naît de la mancipation vise un multiple au cas où les *nuncupationes* seraient fausses, comme le souligne Cicéron, la jurisprudence pouvait très bien interpréter la loi en considérant que la mancipation n'est qu'une figure spéciale de la vente¹⁰⁵⁰, et que toute autre vente, même simplement viciée d'un silence dolosif, même concernant une *res nec Mancipi*, n'ouvrirait droit qu'à la réclamation de la seule *res ipsa*, sans possibilité d'une condamnation à la *poena* du double, mais non qu'il n'y aurait pas du tout d'action. Ainsi, elle refusait le caractère exécutoire de la mancipation (*ita ius esto*) à toute autre vente, elle refusait la sanction fulminée par la lex (la *poena dupli*) en cas de simple silence dolosif, mais précisément elle considérait que la loi n'avait pas pour autant refusé dans d'autres cas toute forme de protection mais l'avait même implicitement garantie.

De la même façon, dans la mesure où la *pignoris capio* constituait très vraisemblablement une voie de liaison du contentieux (celui qui prenait en gage agissait non pour la *res ipsa* mais pour la somme que devrait payer le débiteur afin de libérer le gage, ce qui revenait à affecter d'une sorte de *poena* le montant de la condamnation), les cas visés par la loi des XII tables pouvaient apparaître a posteriori comme des dérogation spéciales: si l'acheteur d'une victime de sacrifice était soumis à la *pignoris capio*, et si le créancier disposait donc dans ce cas précis, d'un privilège d'exécution et d'une action tendant à davantage que le paiement de la *res ipsa*, l'interprétation qui pouvait en être donnée a contrario était non pas que, hormis ce cas, une vente était démunie de toute action, mais que l'action ne pourrait tendre qu'à la valeur de la *res ipsa* sans aucun privilège d'exécution: une pareille disposition, ainsi interprétée, revenait à reconnaître implicitement le principe qu'une vente en général ouvre droit à la *res ipsa* (comme l'*actio uenditi*).

Concernant l'exemple d'une action personnelle par opposition aux actions qui tendent à la reconnaissance ou à la constitution de droits réels, la jurisprudence peut avoir là encore procédé à une interprétation a contrario. L'indivision qui naissait entre cohéritiers, réels ou fictifs comme dans le *consortium hercto non cito*, ouvrait droit à

¹⁰⁵⁰ La langue jurisprudentielle identifiant sans peine un *emptor* derrière le *mancipio accipiens* qui dit « *mihī emptus* », et un *uenditor* derrière le *mancipio dans*, vu l'emploi de *uenum dare* à propos d'actes libraux (comme la vente du fils par son père).

une action divisoire, qui donnait au juge le pouvoir d'adjudication, et donc de constitution de droits opposables *erga omnes*. Une fois reconnue la figure plus générale de la *societas* derrière ces institutions, la disposition n'a pas eu pour vocation d'interdire *a contrario* toute action hors de ces cas précis (cohérédité indivise et *consortium ercto non cito*): simplement, tout autre cas d'ouverture entre des associés (par exemple des associés qui ne le seraient pas en vertu de la *certa legis actio*) n'ouvrait *doit a contrario* qu'à une action personnelle réipersécutoire, sans donner au juge un pouvoir d'adjudication et de constitution de droits réels. Ainsi pouvait s'expliquer la possibilité d'une autre action, en faveur de chaque associé contre un autre associé (*pro socio*), même si le cas d'ouverture n'était pas à proprement parler la cohérédité ou le *consortium ercto non cito*¹⁰⁵¹, mais une société formée par le simple échange des consentements. Et à nouveau, une action qui tendrait à l'adjudication et à la constitution de droits réels devait être le fait d'une loi: c'est ce que fit la *lex Licinnia* mentionnée par Gaius en instituant l'*actio communi diuidundo*, si l'on suit le raisonnement de Paul en Dig.10.3.1.

4° Ainsi, les juriconsultes pouvaient considérer que leur législation reconnaissait, mais seulement de manière implicite, certains rapports juridiques, sans les assortir explicitement d'une action pénale ou tendant à la reconnaissance voire à la constitution de droits réels: ils considéraient qu'elle n'excluait pas, mais même garantissait implicitement une action personnelle purement réipersécutoire. Une pareille interprétation jurisprudentielle que nous supposons n'a bien entendu pu voir le jour que bien après l'oeuvre des décemvirs. Elle nous paraît non seulement possible, mais permet une explication relativement cohérente pour bon nombre de ces actions de leur fondement civil. En considérant que c'est l'interprétation du système législatif des actions existantes qui a conduit les juriconsultes à reconnaître des modes de formation de l'obligation et des cas d'ouverture en rapport extrêmement ténus avec la loi, on explique différents faits établis qui semblent autrement contradictoires à première vue:

-ces actions ne sont instituées par aucune prévision législative.

-elles n'ont pas de fondement prétorien, elles ne sont jamais rapportées dans leur principe à une décision créative du préteur.

¹⁰⁵¹ Ce qui confirmerait notre vue est précisément le début du commentaire de Paul à la formule de l'*actio communi diuidundo*: celle-ci fut créée, dit-il, dans l'idée que l'*actio pro socio* ne donnait pas le pouvoir d'adjudication au juge, qui pouvait au mieux, par ses amples pouvoirs, inciter les parties à se prêter mutuellement des stipulations.

-les actions de bonne foi sont, au même titre que la *condictio certi formulaire*, toujours qualifiées d'actions civiles.

-les prudents ne se réfugient pourtant jamais derrière une considération générale selon laquelle la cause de ces actions serait extralégale et à reporter au *mos* ou à la *consuetudo*. Or, si ils avaient considéré autant d'actions comme civiles tout en leur donnant un fondement extralégal, on s'attendrait à ce que les catalogues des sources du droit positif romain fassent mention de quelque chose comme le *mos* ou la *consuetudo*, qui n'ont jamais été considérées comme constitutives d'actions. Sans doute pourrait-on considérer que c'est le *ius gentium* qui tient lieu de source extralégislative, mais la difficulté est que le *ius gentium* est une source matérielle du droit, non une source formelle de l'action: le *mutuum*, sanctionné par la *condictio*, est dit *iuris gentium* sans être pour autant extérieur au *ius civile*. A ce titre, les cas d'ouverture des actions de bonne foi sont tout autant *iuris gentium* que le *mutuum* ou la *stipulatio*¹⁰⁵².

Ainsi interprétée, la loi revenait même à garantir implicitement des actions personnelles répersécutoires pour des cas d'ouverture autres que ceux précisément cités, quitte à les sanctionner d'abord par des *iudicia* qui ne seraient qu'*imperio continentia*: sans doute avant le II^{ème} siècle, et avant la *lex Aebutia*, les formules qui allaient en naître ne pouvaient être des *iudicia legitima*. Mais s'ils étaient *imperio continentia*, c'était vrai de toutes les formules, et il nous paraît probable que, dès que des formules purent être légitimes, les formules des actions de bonne foi le furent aussitôt.

Certes, notre hypothèse ne saurait conduire à penser qu'un raisonnement aussi systématique aurait présidé à la création des actions de bonne foi. A supposer qu'on y trouve, comme nous le faisons, quelque vraisemblance, rien ne permet de dire que les actions de bonne foi n'aurait pas tout d'abord connu une phase « prétorienne ». Toutefois, dans la mesure où nous ne possédons aucune trace de leur éventuelle ancienne nature prétorienne, que tous les prudents s'accordèrent à y voir des actions civiles, il est préférable, selon nous, de considérer que, du jour où la question de leur nature s'est posée, les prudents n'hésitèrent pas à leur reconnaître une nature civile.

¹⁰⁵² L'intérêt d'une pareille explication est qu'on expliquerait encore pourquoi il n'y a pas eu de trop grande difficulté du point de vue normatif à sanctionner les contrats innomés: la difficulté résidait dans la typicité contractuelle et la répugnance à insérer une action générale dans l'édit du préteur, non dans l'absence de prévision législative. Le problème de leur sanction n'a jamais été le défaut de base législative. Voir toutefois, pour une interprétation différente de l'aisance avec

Ainsi considéré, l'*oportere* qui caractérisait leurs formules ne pouvait avoir rien que de très banal dès que les formules purent être des actes légitimes (*iudicia legitima*). Mais leur originalité n'en demeurait pas moins et se fondait sur la clause *ex fide bona*.

Autant les pouvoirs du préteur étaient officiellement nuls dans la garantie de l'action, autant la formule conférait un pouvoir sans commune mesure au *iudex* pour mener l'instance.

laquelle Labéon a surmonté cette difficulté normative, au motif que les actions de bonne foi auraient été tout d'abord prétoriques, M. TALAMANCA, *Tipicità*, p.

LIVRE SECOND : L'appartenance de la clause 'ex fide bona' aux standards de jugement et la définition d'un 'liberum officium iudicis'

Les formules des actions de bonne foi sont dotées d'une efficacité juridique particulière, parce qu'elles ont un potentiel de sens particulier. Toute action a sa *uis ac potestas*. Mais celles-ci ont un potentiel particulier, selon Quintus Mucius¹⁰⁵³ : leur *summa uis* vient de la présence d'une clause *ex fide bona*.

Il y a en elles une *summa uis* en ce sens qu'il y a une certaine violence : il va falloir implicitement juger de la *fides* de quelqu'un, et donc l'effet des procès qu'elles instituent dépasse largement ses conséquences juridiques. Mais elles sont aussi dotées d'une *summa uis* en ce sens qu'elle ont un sens implicite et subtil qui leur confère une efficacité juridique particulière. Elles sont dotées d'une indétermination qui nécessite un travail spécifique du *iudex*. L'indétermination est autant liée à l'*intentio incerta* des formules qu'à la clause. La clause a, pensons-nous, pour effet essentiel de spécifier le travail du *iudex* : elle accroît son pouvoir en même temps qu'elle lui confère une responsabilité particulière en aggravant son office. Plus de pouvoirs (*libera potestas*), plus de devoirs (*officium*). Ce paradoxe est remarquablement illustré par l'idée d'un *liberum officium*, qui est plus qu'un simple pouvoir d'appréciation discrétionnaire : il est surtout et avant tout un véritable pouvoir de réglementer et de diriger l'instance d'une certaine manière, et d'apprécier les événements survenus en cours d'instance, *post litis contestationem*. Et il est manifestement à reporter à la présence de cette clause.

Dès lors, la clause *ex fide bona* fait l'objet d'un travail d'interprétation particulier du *iudex*. C'est l'interprétation de la clause qui a permis de construire, sans doute casuistiquement, ce

¹⁰⁵³ *De Off.* III.70.

qui allait devenir, dès l'époque classique, un régime des « *iudicia bonae fidei* », qui consiste essentiellement en des particularités processuelles, mais qui a aussi une influence sur le droit substantiel qu'exprime la formule.

Ainsi, c'est la présence même de la clause *ex fide bona* qui établit le principe d'un *liberum officium iudicis* (Titre Premier), mais ce fut l'interprétation de la clause *ex fide bona* qui en réglementa assez précisément l'exercice (Titre Second).

Titre Premier : la présence de la clause *ex fide bona* et le principe d'un *liberum officium iudicis*: (sources du droits et standards de jugements)

Titre Second : l'interprétation de la clause *ex fide bona* et l'exercice difficile d'un *liberum officium iudicis*: (réglementation processuelle et interprétation du contenu matériel de l'obligation)

1. TITRE PREMIER. LA PRESENCE DE LA CLAUSE ‘EX FIDE BONA’ ET LE PRINCIPE D’UN ‘LIBERUM OFFICIUM IUDICIS’

Dans les actions de bonne foi, « *liberum est officium iudicis* »¹⁰⁵⁴. Il est difficile de comprendre parfaitement cette expression équivoque de Gaius; ce *liberum officium* est lié à la présence de la clause *ex fide bona* à la fin de l'*intentio*. Veut-il dire que le juge a un « full power » qui lui permet de s'affranchir des règles communes du *ius civile*? La réponse est à nuancer, selon la manière dont on comprend la question.

Est-ce que le rôle du juge est différent du fait que la clause lui impose de scruter des sources juridiques différentes de celles reconnues ordinairement par le *ius civile*? Cela reviendrait à se demander si le *dare facere oportere* serait fondé par la *fides bona*, et si la clause sert à rappeler une source morale rendant valide l'obligation qui fait l'objet du litige. Nous ne le pensons pas. Ce n'est pas le fondement de l'*oportere* civil qui détermine la nature des pouvoirs du *iudex*: que l'*oportere* soit fondé sur la loi ou sur une autre source n'a pas d'influence directe sur l'instance.

La particularité des actions de bonne foi au sein des actions civiles n'a pas à être analysée en termes de fondement de l'obligation (*dare facere oportere*), mais bien en termes de facultés conférées au *iudex* (*condemnare oportere*) par un standard, qui vaut instruction dans le choix des paramètres de la condamnation. Ce standard modifie pourtant en profondeur ses pouvoirs au cours de l'instance. Car ce standard prend toute sa valeur au niveau de la procédure et des pouvoirs d'estimation conférés au *iudex*, non seulement quant au montant de la condamnation, mais quant au principe même de la condamnation.

C'est pourquoi, la clause *ex fide bona* n'a pas pour rôle de fonder un « *dare facere oportere* »: elle n'est pas une source concurrente de la loi qui servirait à rendre valides les obligations déduites en justice, mais bien une certaine détermination des pouvoirs du *iudex*: elle n'a de sens qu'en ce qu'elle s'adresse au *iudex* et paramètre un *incertum* dans des formules

qui selon nous sont rédigées de manière euphémique et diplomatique, parce que les parties au procès étaient bien souvent des personnes liées par une *societas uita*.

Loin de rappeler que la *fides bona* serait la source du droit fondant l'obligation civile (Chapitre Premier) la clause représente donc un véritable un standard de jugement euphémique à l'adresse du *iudex* (Chapitre Second).

Chapitre Premier: la *fides bona*, une notion étrangère aux sources du droit

Chapitre Second: La clause *ex fide bona*, un standard de jugement diplomatique entre *boni uiri*

1.1. Chapitre Premier. La *fides bona* étrangère aux sources du droit

Pour expliquer la présence de cette clause dans la formule, la doctrine du XX^{ème} siècle¹⁰⁵⁵ a développé l'idée ingénieuse selon laquelle elle indiquerait le fondement, la source de l'*oportere*. Elle représenterait dès lors soit la source du droit, soit du moins la source, formelle ou matérielle, sur laquelle repose l'obligation. Cette hypothèse est d'autant plus séduisante qu'elle permettrait d'expliquer la déficience et la précarité apparente de l'emploi du verbe *oportere* au regard du *ius legitimum*. La clause justifierait l'emploi de ce verbe solennel, habituellement employé pour exprimer une obligation du *ius civile*. Elle se référerait à une valeur morale, placée ainsi, réellement ou fictivement, au même rang que la loi, et représenterait une sorte de source spontanée d'obligations, aisément accessible à tout un chacun, parce qu'elle ne serait qu'un substrat social doté d'une valeur normative voire fondamentale. Bref, la morale sociale serait au fondement de l'*oportere*. En conséquence, on pourrait comprendre la liberté de l'office du *iudex* en ce qu'il pourrait déterminer et examiner la validité et le contenu des obligations indépendamment des règles du *ius civile*.

Résumons cette théorie extrêmement ingénieuse et puissante: le verbe *oportere* aurait pour soutien nécessaire la *fides*, entendue comme l'expression d'une valeur morale et sociale élevée au rang de source juridique. Cette théorie s'articule donc sur trois points essentiels:

- la clause *ex fide bona* aurait dans la formule un lien fondementiel si fort avec l'*oportere* qu'elle lui serait consubstantielle et qu'on pourrait parler d'un *oportere ex fide bona*.

- la notion de *fides bona* serait l'expression d'une source du droit: source du droit civil, du droit prétorien, peu importe. Elle serait une *fons iuris* parce qu'elle représenterait valeur morale ou sociale, à même de produire un sentiment tellement contraignant qu'on lui reconnaîtrait la possibilité de produire spontanément et *ex nihilo* une obligation juridique.

- Elle le serait devenue parce que la *fides* serait l'expression d'une valeur morale accessible à tout un chacun, à l'opposé d'un *ius civile* devenu extrêmement technique. Le juge n'aurait pas,

originaires, à considérer le *ius civile* pour déterminer la validité et le contenu de l'obligation, mais les valeurs morales bien partagées.

Pourtant, quelque ingénieuse et séduisante que soit cette hypothèse dans ses trois éléments, elle nous paraît triplement contestable, tant quant au rapport qu'elle établit entre le verbe *oportere* et la clause *ex fide bona*, que quant à la signification du terme *fides bona* comme règle morale ou sociale produisant l'obligation principale:

-Nous avons déjà considéré la clause *ex fide bona* dans son rapport syntaxique avec le verbe *oportere* dans la formule: nous avons vu que ce rapport est, sinon inexistant, du moins fort douteux. Il est d'autant plus douteux, verrons-nous, qu'il est démenti par l'emploi que font les jurisconsultes du terme *fides bona* dans leurs allusions aux formules des actions de bonne foi. Il ne considèrent jamais la *fides bona* comme fondement de l'*oportere*.

-La *fides bona* n'est par ailleurs jamais représentée dans les énumérations, à quelque titre que ce soit, des *fontes iuris*.

-La *fides bona* présente dans les formules des actions de bonne foi est déjà depuis longtemps considérée comme une notion technique, étrangère à un sentiment aisément accessible et bien partagé de la justice.

Le propos de ce chapitre est donc de montrer que les jurisconsultes classiques n'ont pas attribué, lorsqu'ils la commentent, de rôle fondementiel à la *fides bona* (Section 1), laquelle, toujours absente des *fontes iuris*, (Section 2) représente une notion connotée techniquement et étrangère à un sentiment spontané de la justice (Section 3).

Section 1: la clause *ex fide bona* commentée par les jurisconsultes

Section 2: la *fides bona* une notion à connotation technique exclue des *fontes iuris*

Section 3: la *fides bona*, une notion technique étrangère au sentiment spontané de la justice

¹⁰⁵⁵ Sur la base des travaux de W.KUNKEL, *Fest. Koschaker.*, II, p.5 et *pass*, mais auparavant de .KRUEGER, ZSS 11, 1890, p.165.

1.1.1. La clause *ex fide bona* glosée par les juriconsultes (Section 1)

Puisque les juriconsultes ont généralement en vue les termes des formules telles qu'elles sont proposées dans l'édit lorsqu'ils évoquent la *fides bona*, et qu'ils aiment réemployer directement ces termes pour les fondre dans leur propos, l'emploi de la locution devrait confirmer ou infirmer le rôle de fondement de l'action ou de l'obligation que d'aucuns lui prêtent. Assurément, ce test est à un double égard rendu difficile pour être parfaitement pertinent. D'une part, nous ne savons pas nécessairement toujours si les auteurs emploient le syntagme nominal *bona fides* en commentant explicitement la fin d'une *intentio in ius ex fide bona*: s'il paraît évident qu'il ne faut pas se limiter, dans ce test, aux textes des commentaires à l'édit, du moins faut-il être prudent et voir si les auteurs ont bien à l'esprit l'*intentio* avec *ex fide bona*. Par ailleurs, les compilateurs semblent avoir évité d'extraire des passages trop marqués par les particularités de la procédure formulaire, aussi le matériau a été particulièrement amoindri pour comprendre comment ils comprenaient exactement cette clause: ainsi, un grand nombre d'occurrences de l'expression *bona fides* est représenté par les syntagmes *iudicium bonae fidei*, *contractus bonae fidei*, *actio bonae fidei*, expressions qui ne nous disent rien directement de l'interprétation de la clause, selon notre test. Certaines de ces occurrences sont d'ailleurs peut-être de discrètes interpolations destinées à masquer des allusions trop claires à la procédure formulaire.

Par ailleurs, les juriconsultes n'ayant jamais hésité pour des interprétations créatrices, il est fort possible qu'ils aient parfois forcé un peu le texte.

De même, l'expression « *bona fides contractus* » semble un pastiche de l'expression plus courante *fides contractus*: le respect, l'observation du contrat. *ex bona fide* ne représenterait que le modèle de respect qu'on peut avoir du contrat : mais cette expression se trouve dans des textes qui n'impliquent pas une attention particulière aux termes de la formule présente dans l'édit.

Enfin, l'essentiel des emplois de *bona fides* se trouve chez des auteurs tardo-classiques. Toutefois, dans de nombreux cas, et notamment à partir de la reconstitution paléogénétique des commentaires à l'édit, nous pouvons nous faire une idée correcte de ces emplois.

Faisons un premier constat: alors qu'il existe une expression courante, *obligatum esse +abl* ou *ex +abl*, (*obligatum esse iure ciuili*; *obligatum esse iure praetorio*; *obligatum iure naturali*, *obligatum esse ex testamento*) où le complément exprime le fondement juridique, formel ou efficient, de l'obligation, jamais nous ne rencontrons nulle part dans un texte un hypothétique *obligatum esse bona fide* ou *e bona fide*. Il n'existe qu'un seul emploi où *bona fides* est associée à l'idée d'*obligatio*¹⁰⁵⁶, mais précisément, dans *obligatio bonae fidei*, *bona fides* exprime plutôt le contenu que le fondement de l'obligation. Il en va de même pour le verbe « *teneri* »: *teneri iure ciuili*, *teneri iure praetorio*, ou encore *teneri ex testamento* mais non (*ex*) *bona fide teneri*. Pourtant, ce serait une expression fort naturelle qui viendrait à l'esprit de quiconque considérerait la clause comme l'expression d'un ordre juridique producteur d'obligations. Considérons donc toutefois les emplois de *bona fides/fides bona*.

A nos yeux, cette vision qui fait de « *ex fide bona* » le complément fondementiel de *l'oportere* est infirmée avant tout par l'emploi de *fides bona/bona fides* comme objet ou mode de la prestation (Section 1)); elle n'est nullement confirmée par son emploi en apparence « normatif » ou « fondementiel » (Section 2).

Sous-Section 1) L'emploi courant: *Fides bona/bona fides* comme objet ou modalité d'une prestation

Sous-Section 2) Des dérogations apparentes: Les emplois en apparence normatifs ou fondementiels

¹⁰⁵⁶ Dig. 4.2.21.4 Paulus 11 ad ed. *Si metu coactus sim ab emptione locatione discedere, videndum est, an nihil sit acti et antiqua obligatio remaneat, an hoc simile sit acceptilationi, quia nulla ex bonae fidei obligatione possimus niti, cum finita sit dum amittitur: et magis est ut similis species acceptilationis sit, et ideo praetoria actio nascitur.* Il n'est pas question de corriger le texte en « *nulla ex bona fide obligatione ». Le verbe *nitor*, tout comme *enitor*, peut se construire avec *ex*... et un élément comme *nullus* peut parfaitement être déplacé hors du syntagme prépositionnel (comme *paucos post annos*, qui s'est lexicalisé): *nulla ex obligatione* vaut *ex nulla (bonae fidei) obligatione possimus niti*. Au mieux pourrait-on le corriger en *bonae fidei actione*, ou

1.1.1.1. L'usage courant: *bona fides* comme simple objet ou mode de la prestation (Sous-section 1)

Les emplois les plus fréquents de *bona fides* sont en contradiction radicale avec l'idée de sourcedu droit, qu'elle soit formelle ou même matérielle.

La *fides* apparaît dans les commentaires et les allusions à la formule comme un objet du *praestare* (I) ou bien comme un mode qualifié d'exécution du contenu de l'obligation (II).

1.1.1.1.1. La *fides* objet du *praestare* (I)

Les juriconsultes emploient de façon extrêmement plastique le verbe *praestare* pour exprimer, grossièrement parlant, l'obligation en amont, comme l'obligation en aval de la *litis contestatio*; ou du moins, pour exprimer tant l'obligation du point de vue de l'exécution que de l'inexécution (du point de vue de la « responsabilité »): « *dolum praestare* », « *custodiam praestare* », « *moram praestare* », « *periculum praestare* », *damnum praestare*. Mais jamais il ne l'emploieraient pour exprimer la source de l'obligation principale, pour introduire le fondement de l'obligation.

Or la *fides* est soit explicitement (A), soit implicitement (B) considérée comme un objet caractéristique du *praestare*, ce qui s'oppose à la vision qui en ferait un fondement.

1.1.1.1.1.1. L'objet explicite du *praestare* (A)

L'emploi de *bona fides* comme complément d'objet direct de *praestare* est très largement attesté. C'est l'un des plus courants. Les attestations les plus nombreuses de cet emploi se trouvent naturellement chez Paul et Ulpian (1°), mais il se rencontre tant dans la littérature médio-classique (2°), que dans la jurisprudence du premier siècle ou à l'époque républicaine(3°).

1° Dans un extrait du livre 31 du commentaire à l'Edit d'Ulpien¹⁰⁵⁷, la référence à l'*intentio* de la formule *in ius* de l'*actio mandati* paraît évidente et paraît démentir radicalement l'idée d'un « *oportere ex fide bona* », d'un lien de droit qui tirerait sa validité de la *fides*, puisque cette glose de l'*intentio* fait de la *bona fides* l'objet de l'obligation exprimée dans l'*intentio*.

Ulpien semble encore faire très clairement référence à l'édit du préteur¹⁰⁵⁸ (« *proponitur actio* »), lorsqu'il vise l'action contre l'héritier de l'associé, action qui vise à ce qu'il *bonam fidem praestet*, ce qui paraît viser explicitement l'*intentio* calquée sur celle de la formule directe contre l'associé lui-même. Là encore la *bona fides* représente l'objet du *praestare* et non la source de l'*oportere*. D'ailleurs, les compilateurs l'ont bien compris ainsi, puisqu'il ont complété la phrase d'Ulpien par une phrase de Paul¹⁰⁵⁹ qui montre que *bona fides* est à mettre sur le même plan que des standards de responsabilité comme « *culpa* » ou « *custodia* », qui sont objets d'un *praestare*.

Tryphoninus témoigne encore¹⁰⁶⁰, à propos de la condamnation aux intérêts à taux maximal lorsque quelqu'un a détourné de l'argent du patrimoine d'autrui qu'il gérait, de la façon dont on peut concevoir la *fides* comme un objet du *praestare*. Certes, il parle de constitutions impériales, mais ce qui nous prouve qu'il glose alors explicitement la formule, c'est la façon dont il qualifie cette *fides*: *gratuitam et integram et abstinentem omni lucro*. C'est une interprétation particulière du sens à donner à l'épithète « *bona* » dans la clause *ex fide bona* des formules des actions de tutelle ou de gestion d'affaires. Et Tryphoninus considère encore la *bona fides* comme objet d'un *praestare*.

Paul à son tour¹⁰⁶¹ manifeste que du contrat de mandat naît une obligation générale de bonne foi, et il cherche à définir le champ temporel de cette obligation, notamment quant à la question délicate de la restitution des fruits: si ceux perçus après la *litis contestatio* doivent être rendus, qu'en est-il de ceux qui le furent avant que l'héritier notifie au mandataire qu'il voulait lui racheter le bien que le défunt avait donné en gage à son créancier, mais que le

¹⁰⁵⁷ Dig. 17.1.10. Ulpianus 31 ad ed. Idemque et in fundo, si fundum emit procurator: nihil enim amplius quam bonam fidem praestare eum oportet qui procurat.

¹⁰⁵⁸ Dig. 17.2.35 Ulpianus 30 ad sab. Nemo potest societatem herede suo sic parere, ut ipse heres socius sit: in heredem autem socii proponitur actio, ut bonam fidem praestet.

¹⁰⁵⁹ Dig. 17.2.36 Paulus 6 ad sab. Et acti etiam culpam, quam is praestaret in cuius locum successit, licet socius non sit.

¹⁰⁶⁰ Dig. 3.5.37 Tryphonus 2 disp. (...) nam illi, de quibus constitutum est, cum gratuitam certe integram et abstinentem omni lucro praestare fidem deberent, licentia, qua videntur abuti, maximis usuris vice cuiusdam poenae subiciuntur: hic bona ratione accepit ab alio mutuum et usuris, quia non solvit, non quia ex negotiis quae gerebat ad se pecuniam transtulit, condemnandus est. multum autem refert, incipiat nunc debitum an ante nomen fuerit debitoris, quod satis est ex non usurario facere usurarium.

¹⁰⁶¹ Dig. 17.1.59.1 Paulus 4 resp. Paulus respondit fideiussorem, qui rem pignoris iure obligatam a creditore emit, mandati iudicio conventum ab herede debitoris oblato omni debito restituere cum fructibus cogendum neque habendum similem extraneo emptori, cum in omni contractu bonam fidem praestare debeat.

mandataire avait racheté? Le même Paul évoque encore une action utile de mandat contre un mandataire chargé de racheter les biens confisqués, *si non praestet fidem*¹⁰⁶².

Plusieurs textes, moins pertinents de par leur contexte, présente la bonne foi comme sujet d'un verbe passif, et parlent de bonne foi exigée (*bona fides exigitur*: *D.16.3.11*¹⁰⁶³; *D.49.14.3.5*¹⁰⁶⁴; *16.3.31*¹⁰⁶⁵): l'exigence, l'obligation de bonne foi, manifeste que la *fides* représente le contenu de l'obligation, ou du moins fait l'objet d'un devoir.

Mais cet emploi n'est pas uniquement le fait des préfets du prétoire de l'époque tardo-classique.

2°A époque médioclassique, les mêmes emplois se retrouvent.

Pomponius considère, sans doute en visant l'*actio negotiorum gestorum*, le cas de quelqu'un quelqu'un gère les affaires d'un pupille *pro tutore*¹⁰⁶⁶ et son propos est sans doute orienté vers l'interprétation de la clause *ex fide bona* en considération des standards de responsabilité. En effet, la phrase prend tout son sens si Pomponius considère une *actio negotiorum gestorum*: celle-ci, en principe, et de façon assez étonnante, implique un standard d'appréciation de la faute extrêmement sévère, mais Pomponius nous prévient qu'exceptionnellement, lorsqu'elle est dirigée contre celui *qui pro tutore gerit*, le standard sera le même que dans le cas de l'action de tutelle, sans doute un peu moins sévère (*diligentia quam suis*); il cherche ainsi à uniformiser l'interprétation de la clause *ex fide bona*. Or la *fides* représente dans ce passage le contenu du *praestare* au même titre que la *diligentia*: il n'y a aucun sens à en faire la source d'un *oportere*. Le terme *praestare* a ici son sens technique le plus pur: celui, hybride de « garantie-responsabilité », d'où l'emploi du verbe à l'indicatif sans modalisation du type « *debet* » ou « *praestandum esse* »¹⁰⁶⁷.

Plus anciennement, Julien connaît lui aussi cet emploi de *bona fides* comme objet d'un *praestare*. Ulpien relate son opinion concernant un cas atypique¹⁰⁶⁸. Deux tuteurs avaient été

¹⁰⁶² Dig. 17.1.22.5 Paulus 32 ad ed. *Is cuius bona publicata sunt mandare alicui potest, ut ea emat, et, si emerit, utilis erit mandati actio, si non praestet fidem: quod ideo receptum est, quia publicatis bonis quidquid postea acquiritur, non sequitur fiscum.*

¹⁰⁶³ Ulpianus, 41 ad Sab. : *ceterum sufficit bonam fidem adesse. sed et si ante eius rei furtum fecerat servus, si tamen ignoravit is apud quem deposuit vel credidit dominum non invitum fore huius solutionis, liberari potest: bona enim fides exigitur.*

¹⁰⁶⁴ Callistratus 3 d. i. fisci. *Divi fratres rescripserunt in venditionibus fiscalibus fidem et diligentiam a procuratore exigendam et iusta pretia non ex praeterita emptione, sed ex praesenti aestimatione constitui:*

¹⁰⁶⁵ Tryphonus 9 disp.: *Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat:*

¹⁰⁶⁶ D.27.5.4. Pomponius ad Q.M. *Qui pro tutore negotia gerit, eandem fidem et diligentiam praestat, quam tutor praestaret.*

¹⁰⁶⁷ Il serait en revanche téméraire d'aller considérer ce texte comme une reprise textuelle d'une sentence de Quintus Mucius. Pomponius parle sans doute pour lui-même, et il est peu vraisemblable que Quintus Mucius ait déjà connu une *actio negotiorum gestorum* à formule *ex fide bona*.

¹⁰⁶⁸ Dig. 26.7.5.7 Ulpianus 35 ad ed. *Iulianus libro vicesimo primo digestorum huiusmodi speciem proponit: quidam decedens filiis suis dederat tutores et adiecerat: " eosque aneclogistos esse volo". et ait iulianus tutores, nisi bonam fidem in administratione praestiterint, damnari debere, (...).*

exemptés par le testateur d'une reddition de comptes régulière avec inventaire (*aneclogistos esse*). Pourtant, Julien considère qu'une pareille disposition est sans effet: il semble très clairement faire allusion à l'action de tutelle (*damnari*), et semble considérer la *fides bona* comme un objet du *praestare*. Cette attestation de Julien n'est pourtant pas la plus ancienne.

3° Des emplois de ce type sont encore attestés plus anciennement. Paul par exemple met l'expression *bonam fidem praestare* dans la bouche de Proculus et de Pegasus¹⁰⁶⁹, à propos de l'*actio negotiorum gestorum*, pour définir la responsabilité d'une personne pour des faits commis avant son affranchissement. L'expression montre encore que la *fides bona* est orientée vers la définition du contenu de l'obligation, et non vers sa source. Le Digeste atteste directement de cet emploi sous la Plume de Proculus¹⁰⁷⁰: *bonam fidem praestare*, à propos des standards de responsabilité imposés au vendeur: la *bona fides* représente l'objet du *praestare*, non le fondement d'une obligation. On peut en déduire, au vu du texte de Paul précédent, qu'un auteur du premier siècle comme Proculus considère tout naturellement *bona fides* comme un objet du *praestare*, non comme un fondement de l'*obligari*.

On peut enfin trouver les traces d'un emploi similaire dès l'époque républicaine. Cet emploi est attesté par Cicéron lui-même dans les *Topiques*¹⁰⁷¹. Dans la mesure où il écrit au grand juriste Trébatius et ne peut prétendre à l'originalité sur un terrain que le destinataire de l'œuvre connaît beaucoup mieux, il choisit généralement des raisonnements juridiques reconnus. Il fait clairement allusion à au moins trois *iudicia in quibus additur ex fide bona* (l'action *tutelae, pro socio, mandati*). Et la *fides* de la clause se retrouve glosée comme objet du *praestare*. L'analogie porte sur le devoir de *fides*, dans son sens technique par rapport à la clause, sans quoi l'idée de Cicéron ne serait qu'une lapalissade: il doit donc avoir en vue les effets d'une pareille clause, qu'on veut transposer analogiquement au cas du *procurator*. Et de nombreux textes du Digeste manifestent une pérennité de cet emploi: il ne saurait être question, alors, comme beaucoup l'ont fait, de considérer l'emploi de *fidem praestare* dans le Digeste comme une dénaturation du sens fondementiel de la clause, opérée par les jurisconsultes classiques.

La *bona fides* apparaît encore implicitement comme l'objet d'un *praestare*.

¹⁰⁶⁹ Dig. 3.5.17 Paulus 9 *ad ed. Proculus et pegasus bonam fidem eum, qui in servitute gerere coepit, praestare debere aiunt: ideoque quantum, si alius eius negotia gessisset, servare potuisset, tantum eum, qui a semet ipso non exegerit, negotiorum gestorum actione praestaturum, si aliquid habuit in peculio, cuius retentione id servari potest. idem neratius.*

¹⁰⁷⁰ Dig. 18.1.68pr. Proculus 6 *epist. Si, cum fundum venderes, in lege dixisses, quod mercedis nomine a conductore exegisses, id emptori accessurum esse, existimo te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere, id est non solum ut a te dolus malus absit, sed etiam ut culpa.*

1.1.1.1.2. L'objet implicite du *praestare* (B)

Bona fides est employée dans des contextes où on discute de l'objet d'un *praestare*, sans qu'elle soit explicitement le complément d'objet de ce verbe.

Lorsqu'il passe au commentaire de l'*intentio* de l'action *pro socio*, Ulpien fait mention de la *fides bona*¹⁰⁷². Sa formulation s'oppose radicalement la vision qui fait de *ex fide bona* le soutien de l'*oportere*. *Uenire in iudicium/in iudicio* est une formulation très fréquente pour introduire l'objet du *praestare*¹⁰⁷³ et de manière générale elle sert à introduire ce qui est déduit en justice. Là encore, la *fides bona* est interprétée comme objet du *praestare*, au même titre que peuvent l'être les *usurae*, le *pretium*, ou le *dolus*, la *culpa*, etc., ce qui paraît s'opposer radicalement à une lecture de la clause *ex fide bona* comme expression directe de la cause de l'*oportere*.

Papinien répond quant à lui à une question technique sur la clause *ex fide bona* dans l'action de mandat¹⁰⁷⁴: à supposer qu'on soit entré dans la relation quasi contractuelle de gestion d'affaires d'un absent tout d'abord, et qu'on ait reçu seulement plus tard mandat général de sa part de gérer ses affaires sans lui avoir encore rendu de comptes, l'action de mandat vaudra-t-elle pour la période d'administration précédent le mandat ? Papinien considère que la *bona fides* doit être appréciée, « explorée »¹⁰⁷⁵ sur toute la période où l'on a géré les affaires, avant comme après le mandat (ce qui revient à dire que l'action de mandat subsume ici l'action de gestion d'affaires), et ce parce que le *procurator* devait, pour exécuter de bonne foi son obligation, imputer sur les comptes de sa gestion mandatée, les comptes de sa gestion non-mandatée. Sans doute cherche-t-il ici à mesurer l'étendue des conséquences techniques de la clause (usures, compensation, etc.), à apprécier sur les deux périodes. En considérant qu'on

¹⁰⁷¹ Top., §42 : *Sunt enim similitudines quae ex pluribus collationibus perveniunt quo volunt hoc modo: Si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator.*

¹⁰⁷² Dig. 17.2.52.1-2 Ulpianus 31 *ad ed. Venit autem in hoc iudicium pro socio bona fides. Utrum ergo tantum dolum an etiam culpam praestare socium oporteat, quaeritur.*

¹⁰⁷³ pour ne citer que quelques uns parmi les très innombrables exemples: (cf. D.13.6.5.2 à propos des standards de responsabilité dans l'action de commodat ; 19.1.13.20 à propos du prix et des intérêts dans l'*actio uenditi*),

¹⁰⁷⁴ Dig. 17.1.56.2. Papinianus 3 *resp. Non ideo minus omnis temporis bonam fidem explorari oportet, quod dominus post annos quinque de provincia reversus, mox rei publicae causa profecturus non acceptis rationibus mandatum instauraverit. Cum igitur ad officium procuratoris pertinuerit quidquid ex prima negotiorum gestorum administratione debuit ad secundam rationem transferre, secundi temporis causa priorem litem suscipiet.*

¹⁰⁷⁵ « Explorer » la *bona fides* des parties est une expression assez similaire à celle de Tryphoninus utilisée en 16.3.31 et 16.3.31.1, « *aestimare bonam fidem* ». On évalue la *bona fides* selon certains critères: on voit difficilement comment elle pourrait représenter le fondement stable d'un *oportere*, si elle doit être *aestimata*.

apprécie, qu'on sonde la bonne foi de l'ensemble de la période, Papinien montre qu'il n'est en rien question de fondement de l'*oportere*. Il ne fait que se demander quelle est la délimitation temporelle de l'obligation de *praestare bonam fidem*.

« Explorer » la *bona fides* des parties est une expression assez similaire à celle de Tryphoninus utilisée en 16.3.31 et 16.3.31.1, « *aestimare bonam fidem* »¹⁰⁷⁶. On évalue la *bona fides* selon certains critères: on voit difficilement comment elle pourrait représenter le fondement formel stable d'un *oportere*, d'une action ou d'une obligation, si elle doit être *aestimata* par le juge ou le jurisconsulte. Elle représente plutôt l'élément concret à apprécier en fonction d'autres paramètres, le *ius ciuile*, le *ius gentium*, les tiers, les pactes, le comportement du demandeur, etc.. Car *explorare*, *aestimare bonam fidem* revient exactement au même qu'une autre expression courante, telle que *aestimari dolum, culpam*, attestée par exemple chez Pomponius¹⁰⁷⁷.

En bref, dans la formule, l'objet du *praestare* est un *quidquid*, ou un *quid*, un pronom relatif indéfini: il semblerait donc, au vu de ces emplois, que la clause est comprise souvent comme ayant son incidence sur l'élément grammatical démarqueur et subordonnant *quicquid* introduisant une indétermination et une interrogation fermée. Elle représente un point de vue sur l'objet du *praestare*. C'est pourquoi elle est encore souvent un complément de manière traduisant un mode d'exécution conforme de l'obligation.

1.1.1.1.2. *La fides comme mode d'exécution conforme de la prestation (II)*

Souvent encore, la *bona fides* représente un complément définissant une manière d'exécuter l'obligation et définit donc un comportement des parties : c'est ce que montrent aussi bien les juristes de l'époque des Sévères (A) que les prudents de l'époque antérieure (B).

¹⁰⁷⁶ *Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat: sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium an vero cum praeceptis civilibus et praetoriis?(...) Incurrit hic et alia inspectio. bonam fidem inter eos tantum, quos contractum est, nullo extrinsecus adsumpto aestimare debemus an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id quod geritur pertinet? (...)*

¹⁰⁷⁷ Dig. 19.1.6.8 Pomponius 9 ad sab. *Si dolo malo aliquid fecit venditor in re vendita, ex empto eo nomine actio emptori competit: nam et dolum malum eo iudicio aestimari oportet, ut id, quod praestaturum se esse pollicitus sit venditor emptori, praestari oporteat.* Dig. 19.1.6.9 Pomponius 9 ad sab. *Si venditor sciens obligatum aut alienum vendidisset et adiectum sit "neve eo nomine quid praestaret", aestimari oportet dolum malum eius, quem semper abesse oportet in iudicio empti, quod bonae fidei sit.*

1.1.1.1.2.1. *L'emploi chez les prudents à l'époque des Sévères (A)*

Un texte d'Ulpien, concernant l'action contraire de tutelle¹⁰⁷⁸, a en vue la formule de l'*album*, où les noms sont sans doute interchangeables dans l'*intentio*. Il semble justifier autant les conditions de la réclamation des impenses dans l'action contraire que les règles de la compensation dans l'action directe: là encore, *ex bona fide* représente un modèle adéquat de comportement du tuteur permettant en l'espèce d'apprécier si les frais occasionnés par la gestion du patrimoine du pupille avant l'entrée en fonction du tuteur peuvent être pris en compte soit comme des créances, soit comme des contrecréances *ex eadem causa* dans l'exercice de la compensation judiciaire. La fin du texte, par son insistance (*sic tamen, si...*), semble très clairement avoir en vue la clause telle qu'elle apparaît dans la formule, à la fin de l'*intentio*: *deducuntur in tutelae iudicium* a d'ailleurs le sens technique de *deductio in iudicium*.

Un texte de Callistrate, moins probant que la stricte littérature édictale montre pourtant clairement que la clause ne représente qu'une manière idéale d'accomplir l'obligation¹⁰⁷⁹. Il explique la nature de la diligence demandée au tuteur et au curateur, à partir du comportement d'un *pater familias*: mais il est évident que le *pater familias* n'a pas d'obligations, d'*oportere* quand il s'agit de son propre patrimoine: aussi dans l'extrait souligné, *ex bona fide* sert à caractériser un modèle et un comportement naturel du *pater familias* envers son propre patrimoine,: significativement, *paterfamilias* est employé sans l'adjectif *bonus* ou *diligens*, auquel est substitué un tour prépositionnel portant sur le verbe: *ex bona fide*; c'est dire l'équivalence entre *bona fides* et certains standards de diligence.

Bona fides est encore souvent un complément de manière sans *ex*, pour qualifier un comportement, ce qui tend à prouver que cet *ex* n'a qu'une valeur de conformité, puisque le syntagme peut si facilement devenir un complément de manière.

Une réponse de Modestin par exemple concerne l'étendue de ce qui pourra être réclamé par l'action de tutelle concernant les fruits et les revenus du patrimoine du pupille¹⁰⁸⁰: le manque à gagner produit par une gestion défectueuse des biens du pupille est évaluée par rapport aux

¹⁰⁷⁸ Dig. 27.4.3.8 Ulpianus 36 *ad ed. Iudicio contrario tutelae praestatur et id, quod in rem pupilli versum ante tutelam vel post tutelam, si negotiis tutelae tempore gestis nexum probatur, et quod ante impensum est, sive pro tutore negotia gessit et postea tutor constitutus est, vel ventri erat curator: sed et si non pro tutore negotia gerebat, debet venire quod ante impensum est: deducuntur enim in tutelae iudicium sumptus, quoscumque fecerit in rem pupilli, sic tamen, si ex bona fide fecit.*

¹⁰⁷⁹ Dig. 26.7.33pr. Callistratus 4 *de cogn. A tutoribus et curatoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarium, quam pater familias rebus suis ex bona fide praebere debet.*

¹⁰⁸⁰ Dig. 26.7.32.2-3. Modestinus 6 *resp. Modestinus respondit tutorem eorum reddituum nomine rationem pupillae reddere debere, qui ex fundo bona fide percipi potuerunt. Item respondit, si minus a servo tutor percepit, quam bona fide ex fundo percipi potuit, ex eo,*

fruits qui auraient pu être recueillis *bona fide*: *bona fide* exprime ainsi un certain type de diligence minimale exigible du tuteur, défini par ce qu'aurait pu faire un *bonus uir*. Mais par là même il ne sert qu'à apprécier, préciser exactement le contenu d'un *praestare*.

Une réponse de Papinien¹⁰⁸¹, qui n'est pas non plus en elle-même probante puisqu'elle ne fait pas partie directement de la littérature édictale, examine le problème du remboursement des dépenses faites par le mandataire dans une action de mandat (que ce soit à titre de prétention dans l'action contraire ou à titre de contrecréance dans l'action directe), problème spécifiquement lié à la clause *ex fide bona*. La validité de la réclamation dépend d'un comportement à apprécier chez le mandataire, non du résultat effectif. Pour parler anachroniquement, cette clause donne à l'obligation déduite en justice la coloration d'une obligation de moyens. Elle peut en outre être rapprochée d'un texte d'Ulpian¹⁰⁸², qui traite d'une question plus délicate, celle où les frais occasionnés par l'acquisition d'un bien au profit du mandant excèdent le prix fixé par ce dernier. La question est délicate: en principe, dans un mandat d'acheter, si un prix a été fixé, le mandataire ne doit pas dépasser ce prix, sans quoi il ne se verra pas remboursé pour le surplus, ni même, selon certains Sabinien, pour la somme fixée¹⁰⁸³. Toutefois, cela ne concerne pas les dépenses occasionnées par la vente (supposons qu'il ait dû pour cela faire un voyage inopiné, louer un moyen de transport pour ramener la chose achetée, etc.), qui pourront être réclamées par l'action contraire de mandat, pour peu qu'elle aient été faites *bona fide*. La clause manifeste ainsi qu'il y a des obligations implicites qui sont nées de l'exécution du contrat, à condition que cette exécution ait été, de la part du mandataire, de bonne foi, la *bona fides* n'étant qu'un standard de mesure synonyme de « fait honnêtement et raisonnablement ».

de quo pupillae sit obstrictus, quantum ex peculio servi servari possit, eidem tutori proficere debere, scilicet si non perdituro servo administrationem credit.

¹⁰⁸¹ Dig. 17.1.56.4 Papinianus 3 *resp.* *Sumptus bona fide necessario factos, etsi negotio finem adhibere procurator non potuit, iudicio mandati restitui necesse est.*

¹⁰⁸² Dig. 17.1.12.9 Ulpianus 31 *ad ed.* *Si mihi mandaveris, ut rem tibi aliquam emam, egoque emero meo pretio, habebō mandati actionem de pretio recipiendo: sed et si tuo pretio, impendero tamen aliquid bona fide ad emptionem rei, erit contraria mandati actio(...)*

¹⁰⁸³ cf. Gaius *Inst.*, III, 161

1.1.1.1.2.2. L'emploi comme complément de manière dans la jurisprudence antérieure (B)

La jurisprudence antérieure emploie elle aussi le syntagme *bona fides* comme complément de moyen pour exprimer un mode d'exécution.

Selon Gaius, peu importe que les dépenses du mandataire soient plus élevées que celles qu'aurait faites le mandant; ce qui compte, c'est qu'il les ait faites « de bonne foi »¹⁰⁸⁴. La clause sert en ce cas à déterminer un modèle de comportement diligent, à savoir la *diligentia quam suis*, pour savoir si le mandataire a droit au remboursement de ses impenses et il ne saurait être question, à plus forte raison, de substituer à ce critère d'évaluation la compétence et la diligence que le mandant lui-même aurait eu pour ses propres affaires: sans doute « *omnimodo restitui debent* » signifie-t-il implicitement, « peu importe qu'il soit ou non parvenu au résultat »¹⁰⁸⁵, ce qui donne encore à l'obligation du mandataire la coloration d'une obligation de moyens. La *fides bona* n'apparaît nullement comme un fondement de l'*oportere*, de l'action et de l'obligation, mais bien comme un critère d'évaluation.

Gaius semble encore avoir très clairement en vue l'*intentio* de l'*actio mandati* lorsqu'il affirme que le *procurator* doit de même rendre des comptes d'une manière conforme à la bonne foi lorsqu'il représente judiciairement le mandant¹⁰⁸⁶. Dans ce texte, *ex bona fide* manifeste toute l'étendue du devoir de diligence qui découle de la gratuité du mandat, et qui doit être apprécié strictement (*ex*): il ne représente que le modèle de comportement auquel doit se conformer le *procurator*.

A propos du mandat encore, il a en vue dans ses *Institutes*¹⁰⁸⁷, par la formulation indéfinie de la relative, l'*intentio* des formules des actions de mandat du point de vue du défendeur (*alter alteri tenebimur*) et paraît interpréter très clairement la clause *ex fide bona* dans le sens d'un complément de manière dans la proposition infinitive (*bona fide*): toutes les obligations découlant typiquement du contrat de mandat doivent être exécutées de bonne foi.

¹⁰⁸⁴ Dig. 17.1.27.4 Gaius 9 *ad ed. Provinc. Impendia mandati exsequendi gratia facta si bona fide facta sunt, restitui omnimodo debent, nec ad rem pertinet, quod is qui mandasset potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere.*

¹⁰⁸⁵ À moins que cet *omnimodo* n'ait un sens plus processuel, comme « que ce soit à titre de demande principale dans l'action directe ou de demande reconventionnelle dans l'action contraire ».

¹⁰⁸⁶ Dig. 3.3.46.4 Gaius 3 *ad ed. Provinc. Procurator ut in ceteris quoque negotiis gerendis, ita et in litibus ex bona fide rationem reddere debet. itaque quod ex lite consecutus erit sive principaliter ipsius rei nomine sive extrinsecus ob eam rem, debet mandati iudicio restituere usque adeo, ut et si per errorem aut iniuriam iudicis non debitum consecutus fuerit, id quoque reddere debeat.*

¹⁰⁸⁷ Gaius *Inst.* III,155: (...) *itaque siue ut mea negotia geras siue ut alterius, mandauerim, contrahitur mandati obligatio, et inuicem alter alteri tenebimur in id, quod uel me tibi uel te mihi bona fide praestare oportet.*

Au livre 3 des *Aurei*¹⁰⁸⁸, il fait référence à l'*intentio* des actions de mandat et des actions de gestion d'affaires, cette fois du point de vue du demandeur (*actiones...quibus experiri possunt*). La place occupée par *ex fide bona* (la présence du *ex* accentuant l'idée de conformité) avant le *praestare* comme dans l'extrait précédent invite à croire qu'il n'est là encore qu'un complément de manière de l'infinitive présente dans l'*intentio*, définissant un comportement conforme exigé des parties; dans la seconde phrase il définit tout ce que chaque partie doit « *praestare* », et il est fort possible que le *ex fide bona* ait la même signification. « *Ex fide bona* » pourrait aussi porter sur le *quid*. « tout ce que, en fait de bonne foi, l'autre partie a l'obligation de *praestare* »: l'appréciation *ex fide bona* porterait sur la détermination du *quid/ quod*, sans nullement soutenir *oportere*. Cela ne serait qu'un pastiche de l'expression *bonam fidem praestare*, mais transposée dans une proposition relative indéfinie. Mais significativement, il ne reprend pas, très simplement, l'ordre « *oportet ex fide bona* » tel qu'il apparaît dans la formule. La *bona fides* n'a, dans ces expressions, qu'une valeur estimatoire, pour circonscrire tout ce qui sera à estimer.

Un texte de Julien, issu du livre 13 des *Digesta*, traite en fait de la *fiducia cum creditore*¹⁰⁸⁹: dans la mesure où il y est question de l'action de fiducie qu'intenterait un fiduciaire contre son créancier fiduciaire, et dont la formule comporte la clause « *ut inter bonos bene agier oportet* », la glose de cet élément par « *bona fide* » fait sans nul doute référence aux *iudicia in quibus additur ex fide bona* dont cette action de fiducie est très proche, et manifeste indirectement que *ex fide bona* est un modèle de comportement au même titre qu'un *ut inter bonos*, non une source du droit au sens fort.

Ces gloses semblent donc davantage faire porter *ex fide bona* sur le *dare facere*, et semblent en faire un complément de la proposition infinitive dans l'*intentio*. Manifestement, la clause *ex fide bona* reçoit très clairement un sens non fondementiel au vu de ces emplois. A ce titre, la comparaison s'impose avec notre article 1134 sur l'exécution « de bonne foi » des conventions légalement formées.

Or un pareil emploi semble déjà exister dès l'époque républicaine lorsque, à propos de la gestion de Naevius qui fut associé du père de son client, Cicéron parle de la condamnation

¹⁰⁸⁸ Dig. 44.7.5pr. Gaius 3 *aur*. *Si quis absentis negotia gesserit, si quidem ex mandato, palam est ex contractu nasci inter eos actiones mandati, quibus invicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet: si vero sine mandato, placuit quidem sane eos invicem obligari eoque nomine proditae sunt actiones, quas appellamus negotiorum gestorum, quibus aequè invicem experiri possunt de eo, quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet.*

¹⁰⁸⁹ Dig. 18.2.10 Iulianus 13 *digestorum* *Sed si proponatur a creditore pignus in diem addictum, non potest videri bona fide negotium agi, nisi adiectio recipiatur. Quid ergo est, si inops emptor et impediendae tantummodo venditionis causa intervenit? Potest creditor sine periculo priori emptori addicere.* Voir Paling. I, p.

d'un associé dans une *actio pro socio*¹⁰⁹⁰. « *magna fide societatem gerere* » nous paraît très probablement une allusion à la formule au vu de l'expression « *arbitrium pro socio condemnari solere* ».

Force est de constater, pourtant, qu'il existe à époque classique des emplois « normatifs » de *bona fides*.

¹⁰⁹⁰ Quinct. III : *Itaque hercule haud mediocriter de communi quodcumque poterat ad se in privatam domum sevocabat; qua in re ita diligens erat quasi ei qui magna fide societatem gererent arbitrium pro socio condemnari solerent.*

1.1.1.2. *Les emplois en apparence normatifs et fondementiels de bona fides* (Sous-section 2)

La langue jurisprudentielle emploie cette locution soit dans des tours qui lui donnent une apparence « normative », qui sont en réalité « analytiques » (I) soit, dans des textes plus tardifs, une apparence « fondementielle » (II).

1.1.1.2.1. *Des emplois de bona fides en apparence normatifs (I)*

Une série d'emplois, assez fréquents, tels que « *bona fides exigit* », « *bona fides non patitur* », « *bona fides exposcit* », « *bonae fidei congruit, conuenit* », « *e bona fide esse* », etc. ont été pris comme des preuves du caractère fondementiel de la clause *ex fide bona*. Il faut se demander tout d'abord pour quelle raison on ne rencontre jamais la très simple suite que les juriconsultes ont sous les yeux, à savoir « *oportere ex fide bona*, ou « *ex fide bona oportet* » : c'est à croire qu'ils se sont acharnés à développer un florilège d'expressions pour ne jamais citer *oportere ex fide bona*.

Si l'on tient compte du fait que ces expressions qui font intervenir la clause *ex fide bona* expriment une adéquation cognitive entre une qualification juridique et une réalité à qualifier (A.), on montrera par quelques exemples que ces expressions dans le Digeste sont trompeuses (B.).

1.1.1.2.1.1. *'Bona fides non patitur', 'bonae fidei congruit': une adéquation simplement cognitive (A)*

Toutes ces expressions, « *conuenit, congruit* », ont une valeur d'adéquation entre une qualification juridique et une réalité à qualifier: il s'agirait davantage d'une adéquation d'ordre cognitif, teintée d'axiologie, que d'une véritable normativité¹⁰⁹¹; la « congruence » est de l'ordre de l'adéquation conceptuelle entre une qualification juridique et un fait à qualifier juridiquement. Si l'on se place du point de vue du fait, de l'acte ou du comportement à

¹⁰⁹¹ Voir Lombardi

qualifier, les expressions les plus utilisées seront celles vues précédemment: « *bona fide rem gerere* » « *ex bona fide rationem reddere* ». En revanche, si l'on se place du point de vue de la qualification juridique, et de l'analyse approfondie de celle-ci, pour saisir les faits éventuels à qualifier, nous aboutirons nécessairement à des expressions comme « *fidei bonae congruit, bona fides non patitur etc.* ». Ces syntagmes n'expriment qu'une analyse notionnelle de la clause, qui ne tire son caractère normatif que du fait d'être présente dans la formule, qui a effectivement une valeur normative.

Qu'il nous soit permis, par analogie, de montrer à quel point ces expressions manifestent une adéquation d'ordre simplement cognitif. Un texte, attribué par la Florentine à Ulpien, mais réattribué par Lenel à Paul¹⁰⁹², traitait originellement de la *fiducia cum creditore*, et de l'action contraire qui protège le créancier, et du cas où celui-ci a dolosivement fait de nombreuses dépenses pour accroître la valeur du bien donné en fiducie, au point que le débiteur pourrait ne pas retrouver la chose, faute de pouvoir rembourser les contreécances: en bref, le créancier détournerait frauduleusement le principe de la compensation. L'expression d'Ulpien est intéressante: *creditorem negligere (rem <fiduciae> datam) dolus et culpa quam praestat non patitur*. L'expression, très souvent employée « *bona fides non patitur* », doit être mise en rapport avec l'expression « *dolus (et culpa quam praestat) non patitur* ». Etant évident que le dol, ou la *culpa*, ne sont pas des sources du droit, il s'agit là de l'expression la plus commune des implications concrètes d'une obligation. Aussi Ulpien peut-il aussi bien dire « *praestare dolum, culpam* » (répondre de son dol), et développer, à partir de cette qualification juridique très large, par un « *dolus quam praestat non patitur* », les faits éventuels à qualifier, qui sont ici de deux ordres (*rem fiduciae datam negligere/ talem efficere ut...*). A ce titre, loin de gloser un hypothétique « *oportet ex fide bona* », les suites du type « *bona fides non patitur* » sont en réalité la suite logique, le développement détaillé d'un *praestare bonam fidem* et d'un *praestare ex bona fide*, posé d'abord à titre de principe.

En réalité, le droit contemporain ne s'exprime pas autrement que le droit romain, sans qu'on puisse y voir une hypostase quelconque de la *fides*. On parle d'*exigences de la bonne foi*, où « de la bonne foi » doit être entendu dans le sens d'un génitif subjectif: l'expression désigne ce que la bonne foi exige, elle est employée à l'inverse de l'expression « exigence de bonne

¹⁰⁹² Dig. 13.7.25 Ulpianus 31 ad ed. Si servos pigneratos artificii instruxit creditor, si quidem iam imbutos vel voluntate debitoris, erit actio contraria: si vero nihil horum intercessit, si quidem artificii necessariis, erit actio contraria, non tamen sic, ut cogatur servis carere pro quantitate sumptuum debitor. sicut enim negligere creditorem dolus et culpa quam praestat non patitur, ita nec talem efficere rem pigneratam, ut gravis sit debitori ad recipiendum: puta saltum grandem pignori datum ab homine, qui vix luere potest, nedum excolere, tu acceptum pignori excoluisti sic, ut magni pretii faceres. alioquin non est aequum aut quaerere me alios creditores aut cogi distrahere quod velim receptum aut tibi paenuria coactum derelinquere. medie igitur haec a iudice erunt dispicienda, ut neque delicatus debitor neque onerosus creditor audiatur.

foi », exprimant la bonne foi exigée. Telle est par exemple encore l'expression utilisée par les *Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, de 1994¹⁰⁹³. Il en va de même de l'article 1.106 des principes du droit européen du contrat¹⁰⁹⁴. Une expression similaire se retrouve dans le Code civil suisse¹⁰⁹⁵: les « règles de la bonne foi » ne tirent leur caractère juridique que de la norme qui pose la bonne foi, mais matériellement elles sont « tout ce qu'exige la bonne foi ». Aussi les exemples du Digeste sont-ils assez trompeurs.

1.1.1.2.1.2. Conformité et non-conformité à la *fides*: quelques exemples trompeurs (B)

Cet emploi se retrouve tout d'abord dans une sentence de Caton fondée sur une *actio empti* concernant une vente avec silence dolosif du vendeur, rapportée par Cicéron¹⁰⁹⁶. Cet emploi normatif de la *fides bona* pourrait en apparence plaider en faveur de son rôle fondementiel. En réalité il n'est pas du tout contradictoire avec les emplois précédents, et représente même la suite logique de « *praestare bonam fidem* ». En effet, en tant que telle, la formule a une valeur normative et implique une obligation de *praestare fidem bonam*. Il reste alors à expliquer le contenu de cette obligation, ses implications (l'une d'entre elles est, en l'espèce, de faire savoir à l'acheteur les vices que celui-ci ignore et qui sont connus du vendeur): en tant qu'objet du *praestare*, la *fides bona* apparaît nécessairement comme une norme dérivée qui tire son caractère normatif de la formule qui la contient, si on explicite son contenu. Cette obligation accessoire de la vente tient à la *fides bona*: Caton ne fait que justifier sa décision en interprétant la clause présente dans la formule, et se garde bien d'employer un tour comme « *oportere ex fide bona* » qui serait pourtant si simple à réemployer. Il ne fait que développer le contenu du *praestare fidem*. L'aspect « normatif » de cet emploi de *fides bona* n'est dû qu'à sa présence dans un acte de valeur normative, à savoir la formule délivrée par le prêteur, mais ne constitue en rien le fondement de l'*oportere*. Dans la mesure où il s'agit de qualifier

¹⁰⁹³ « ARTICLE 1.7 (Bonne foi) 1) Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international. 2) Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée. »

¹⁰⁹⁴ (élaborés par la Commission pour le droit européen du contrat, sous la présidence du professeur Ole Lando) : « Dans l'exercice de ses droits et l'exécution de ses obligations, chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi. Les parties ne peuvent exclure ce devoir ni le limiter. »

¹⁰⁹⁵ « Art. 2: Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. »

¹⁰⁹⁶ *De Off.* III,66-67: *arbitrum illum adegit QUICQUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA. M. Cato sententiam dixit, (...) Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor.*

juridiquement un comportement sous l'angle de la *bona fides*, les juristes ne font qu'explicitement cette *bona fides*.

Un emploi similaire est attesté chez Julien cité par Paul¹⁰⁹⁷ : j'ai donné mandat à quelqu'un de racheter pour moi toute l'*hereditas* à ses cohéritiers : or il ne peut « racheter » sa propre part dont il est déjà le propriétaire. Aussi sera-ce, pour ce qui concerne sa part, une cession à titre onéreux, ce qui contreviendrait à la gratuité du mandat ; toutefois, l'obligation du mandataire portera aussi sur sa propre part de l'héritage, et Julien rappelle donc qu'il sera conforme à la *bona fides* que je lui fournisse aussi le prix auquel il aurait pu vendre sa part d'héritage. La construction *ex bona fide esse* (présente aussi chez Africanus en 28.5.47) ne fait que développer les implications de l'obligation de bonne foi, ce qui découle du *praestare bonam fidem*. Elle n'exprime aucun rapport fondementiel par rapport à l'*oportere*.

Ulpien présente un emploi similaire¹⁰⁹⁸ : là encore, il ne fait que justifier une règle propre à l'action de mandat et à l'action de gestion d'affaires et développe l'obligation de *praestare fidem* ou de *praestare ex bona fide*, telle qu'elle découle proprement de la gratuité du mandat ou de la gestion d'affaires : l'obligation de gratuité impose au *procurator* de rendre les intérêts perçus sur l'argent qu'il a prêté alors qu'il appartenait au mandant ou au géré. Ce n'est là encore qu'un développement de l'obligation de bonne foi, du *praestare fidem*, qui est interprété tout spécialement en tenant compte de la gratuité. Quel est l'intérêt de cette référence à la bonne foi, alors ? La réponse se trouve dans le *siue mandavi siue non* : Ulpien cherche un dénominateur commun à l'*actio mandati* et à l'*actio negotiorum gestorum*, pour montrer qu'elles entraînent dans le cas considéré les mêmes conséquences, parce que la façon d'apprécier la *deductio in iudicium* est la même, par la référence à la *bona fides*. Il a commencé par dire que « *utique* » (il faut comprendre « que ce soit en vertu de l'action de mandat ou de l'action de gestion d'affaires »), le *procurator* doit des *usuras ex mora* s'il doit de l'argent au géré ou au mandant. Cette règle bien établie se rapporte spécifiquement au caractère de *iudicium bonae fidei* des deux actions et à la clause *ex fide bona* présente dans les deux formules, qui entraîne la même conséquence en matière d'intérêts moratoires. Il saisit implicitement l'esprit de cette similitude : la référence à la bonne foi dans ces deux institutions marquées par l'amitié impose « *ne de alieno lucrum sentiat* ». Aussi Ulpien peut-il en déduire

¹⁰⁹⁷ Dig. 17.1.22.4 Paulus 32 ad ed. *Iulianus scripsit mandati obligationem consistere etiam in rem eius qui mandatum suscipit ex eo maxime probari, quod, si pluribus heredibus vendentibus uni mandavero, ut rem hereditariam emeret, etiam pro ea parte, qua heres sit, obligatur mandati actione et obligat: et sane si ille propter hoc extraneo rem non addixerit, quod mandatum susceperat, ex bona fide esse praestare ei pretium, quanti vendere poterat: et contra si emptor ad emptionem rei sibi necessariae idcirco non accesserat, quod heredi praecepisset se ei empturum, aequissimum esse mandati iudicio praestare quanti eius interfuit emptam rem habere.*

une autre similitude (*consequenter dicemus*), plus générale, concernant le sort de tous les gains qu'auraient pu réaliser et le mandataire, en prêtant à intérêt l'argent du mandant, et le gérant d'affaires en prêtant l'argent du géré: les conséquences doivent être ici aussi les mêmes, *siue mandavi siue non*: l'obligation de rendre « *quantumcumque emolumentum sensit* » sera conçue et sanctionnée de la même façon qu'il s'agisse d'une action de mandat ou d'une action de gestion d'affaires, et il motive cette ressemblance par les implications de la *bona fides* exprimée de façon identique dans les deux formules, et qui entraînait déjà les mêmes conséquences au niveau des *usuras ex mora*. Son propos, quoique non original, n'est pas totalement trivial: il cherche à préciser que, même si la gestion d'affaires spontanée est une institution bien différente du mandat, elle impose la même obligation de gratuité, et que cette obligation de gratuité doit être sanctionnée exactement de la même manière, vu le dénominateur commun des deux formules, à savoir la clause *ex fide bona*, et qu'il serait faux de croire que cette sanction soit moins sévère dans le cas de l'*actio negotiorum gestorum*: pour le justifier il emploie naturellement le principal dénominateur commun des deux formules, à savoir la référence à la *bona fides*.

Paul emploie pour sa part un tour *bona fides exigit*¹⁰⁹⁹. Ce texte semble viser explicitement, par l'ordre, devenu plus rare, *fides bona*, la clause *ex fide bona* de l'*actio conducti*. Mais il ne fait là encore que développer le *praestare fidem/ex fide bona*. En l'espèce, si l'on a convenu que les travaux que voudrait faire le locataire seraient soumis à l'approbation du maître, l'exigence découlant de l'obligation de bonne foi est qu'il n'abuse pas de son pouvoir discrétionnaire: son *arbitratus* doit donc être interprété à l'aune d'un *arbitrium boni viri*. On se rapproche ainsi de ce qu'on qualifie généralement en droit positif de « devoir de loyauté », découlant de l'obligation de bonne foi; l'obligation de loyauté implique de ne pas abuser de son pouvoir discrétionnaire, quand le contrat nous en donne un. Mais si l'on glose ce devoir de loyauté par un « la loyauté exige que... », personne n'ira en déduire que la loyauté est une source du droit.

¹⁰⁹⁸ Dig. 17.1.10.3 Ulpianus 31 ad ed. *Si procurator meus pecuniam meam habeat, ex mora utique usuras mihi pendet. sed et si pecuniam meam faenori dedit usurasque consecutus est, consequenter dicemus debere eum praestare quantumcumque emolumentum sensit, siue ei mandavi siue non, quia bonae fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat(...)*

¹⁰⁹⁹ Dig. 19.2.24pr. Paulus 34 ad ed. *Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitrato domini opus adprobetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset, idemque servatur, si alterius cuiuslibet arbitrium comprehensum sit: nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit.*

Enfin, Labéon, dans un célèbre texte auquel on donne souvent une portée révolutionnaire en matière d'interdépendance des obligations¹¹⁰⁰, prend en compte une situation où l'*emptor* est délivré de l'obligation de payer le prix sous l'effet d'une loi, mais agit en justice contre le vendeur pour la livraison de la chose: la *bona fides* est prise à notre avis dans son sens technique, et n'est qu'une citation cachée de la formule qui renvoie à l'inhérence des exceptions¹¹⁰¹: le vendeur sera dispensé de l'insertion d'une exception de dol et pourra faire valoir l'absence de paiement comme moyen de défense *apud iudicem*. C'est là sans doute une interprétation audacieuse de la clause, en même temps que de la loi en question, qui limite l'obligation du défendeur, mais qui ne lui donne pas la valeur d'une source du droit: *praestare fidem* n'implique pas, en ce cas, la livraison de la chose. On donne souvent à ce texte une portée révolutionnaire concernant l'interdépendance des obligations: à notre avis, les règles de procédure dans un *iudicium bonae fidei* impliquent l'interdépendance des prestations (l'acheteur doit *offerre pretium* pour pouvoir réclamer la chose vendue), et alors l'*officium iudicis* consiste à voir s'il y a une contrepartie. En réalité, tout ce que nous dit ce texte est que le devoir de bonne foi exprimé dans l'*actio empti* pèse aussi sur l'acheteur, ou que le *negotium* ne serait pas exécuté, dans le cas considéré, « *ut inter bonos* ».

D'autres exemples de ces emplois se rencontrent dans le Digeste, où l'évocation de la *fides bona* a essentiellement pour but d'ouvrir une interprétation audacieuse de l'obligation de *praestare fidem*; le fait de se réclamer de la *bona fides* sert davantage à ouvrir et avaliser une interprétation équitable des règles entourant une action donnée, qu'à sortir de l'ordonnancement du *ius ciuile*.

Tous ces emplois « normatifs » en droit romain n'ont donc rien pour nous surprendre, et ne permettent donc pas d'infirmer l'interprétation de *fides bona* comme objet ou mode du *praestare*. Elle représente davantage un critère directeur dans l'interprétation des rapports (généralement contractuels). Reste à examiner ses rares emplois « fondamentiels ».

1.1.1.2.2. Les emplois tardifs d'une *bona fides* « fondamentale » (II)

¹¹⁰⁰ Dig. 19.1.50 Labeo 4 post. a iav. Epit. *Bona fides non patitur, ut, cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desisset antequam res ei tradatur, venditor tradere compelletur et re sua careret.(...)*

¹¹⁰¹ Voir pour toute la littérature sur ce texte L.VACCA, « Buona fede e sinallagma contrattuale », in *Il ruolo della buona fede oggettiva (...)*. Studi in onore di Alberto Burdese, dir. L.Garofalo, vol.IV, CEDAM, 2004, p.331.

Les rares textes qui manifestent un rapport de dérivation de l'action ou de l'obligation à partir de la *fides bona* apportent tous une confirmation peu solide. Certains semblent indirectement et implicitement en faire un fondement de l'action(A) tandis que d'autres, tardifs, semblent faire directement de la bonne foi une source de l'action(B).

1.1.1.2.2.1. Les emplois fondamentiels implicites (A.)

La bona fides présente dans la clause paraît être devenue, dans certains textes, un élément d'appréciation de l'existence d'une action, et, plus en amont, d'un rapport d'obligation: elle devient notamment un élément d'appréciation de la validité du contrat. Peut-on alors dire que la clause *ex fide bona* représente le fondement de l'*oportere*?

1°Cet emploi en apparence fondementiel se trouve tout d'abord dans un texte de Gaius extrait du livre 18 de son commentaire à l'édit¹¹⁰², qui semble traiter des legs: L'on ne sait donc pas jusqu'à quel point il est pertinent pour comprendre le sens direct qu'on attribue dans une *intentio* à la clause *ex fide bona*; en réalité il peut s'agir d'un concours d'actions dans le cas d'une vente d'hérédité avec des cas d'extinction par confusion. Il manifeste que la *bona fides* empêche que l'on exige deux fois une même prestation. Prise ainsi et posée dans les *Regulae iuris*, sa phrase sonne comme une maxime ronflante: la *fides bona* semble être une condition de l'action ou de l'obligation. En réalité, la règle générale énoncée n'aurait nul besoin de se réclamer de la *bona fides*, et il y a de nombreux moyens de faire valoir une pareille règle en dehors des actions de bonne foi. L'une d'entre elles est d'ailleurs l'exception de dol. *A contrario*, on peut songer davantage à la clause *ex fide bona* comme moyen de procédure : valant en elle-même comme *exceptio doli*, elle permet de paralyser la demande d'un adversaire qui aurait déjà été payé ou satisfait, même si l'on n'a pas inséré d'exception, ou même si le défendeur a exécuté son obligation seulement après la *litis contestatio*. La clause est alors prise dans son sens technique processuel, à savoir que l'absence d'insertion d'une exception dans la formule n'empêchera pas de faire valoir l'extinction, ou par exemple l'exécution de l'obligation *inter moras litis*: donc ce texte ne représente pas une preuve du caractère fondementiel de la clause *ex fide bona*. Elle n'exprime nullement un fondement de l'action ou de l'obligation.

Toutefois, d'autres textes semblent manifester que la bonne foi conditionne l'existence d'un rapport d'obligation ou d'une action. Avant d'analyser ces textes, remarquons qu'ils sont extrêmement peu nombreux, et représentent en fait une tendance qui ne fait que s'esquisser à la fin de l'époque classique et qui prendra tout son essor dans l'activité législative de Dioclétien: elle a partie liée avec l'apparition de deux notions tardo-classiques, celles d'*actio bonae fidei* et de *contractus bonae fidei*.

2° Paul donne une portée très large à la *fides bona* en commençant à l'évoquer des son commentaire à l'*intentio* de l'*actio pro socio*¹¹⁰³. En soi, son opinion ne sert en rien à démontrer l'existence d'un *oportere ex fide bona* mais il semble manifester que la bonne foi est la condition de formation du contrat, et que sans la bonne foi, il n'y aurait pas de contrat de société: aussi, toutes les obligations trouveraient leur source ultime dans la *bona fides*. Toutefois, Paul se réfère ici à une interprétation technique de la clause *ex fide bona*: le défendeur à l'action n'a pas besoin d'insérer dans la formule d'exception de dol pour paralyser la demande de l'adversaire qui aurait commis un *dolus in contrahendo*: tel est le sens de *ipso iure*. Nul doute, toutefois, que cette formulation semble sous-entendre que la *bona fides* soit à apprécier aussi lors de la formation du contrat, et non uniquement dans son exécution. Significativement, ce passage est généralement placé¹¹⁰⁴ dans le commentaire de Paul sur la *demonstratio* de la formule *pro socio*, et non dans l'*intentio* où se présente la clause *ex fide bona*.

A notre avis, et sans qu'il soit besoin de recourir à l'hypothèse de l'interpolation à partir de *quia*, ce n'est pas tant que la *fides bona* soit devenue le fondement de l'obligation. Certes elle finit par devenir indirectement un critère d'appréciation de l'existence d'un rapport contractuel, ce qui sera amplement développé dans les rescrits de Dioclétien. Toutefois, cela n'en fait pas nécessairement une source de *oportere* aux yeux d'Ulpian; il se trouve que la *bona fides* devient un élément synthétique d'appréciation de la validité d'un rapport, au même titre que le consentement, la capacité, la licéité de la cause¹¹⁰⁵, etc.. A une obligation de *bona*

¹¹⁰² Dig. 50.17.57 Gaius 18 ad ed. *Provinc. Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur.*

¹¹⁰³ Dig. 17.2.3.3 Paulus libro 32 ad edictum *Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo.*

¹¹⁰⁴ Voir Lenel, Wieacker, Bona

¹¹⁰⁵ A ce titre, la *bona fides* finit par intégrer la licéité comme condition de validité; cf. Dig. 22.1.5 Papinianus 28 quaest. *Generaliter observari convenit bonae fidei iudicium non recipere praestationem, quae contra bonos mores desideretur.* cf. Ulpian, 31 ad ed. Dig. 17.1.12.11: *Si adulescens luxuriosus mandat tibi, ut pro meretrice fideiubeas, idque tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem, quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens*

fide gerere, implere, s'est ajoutée une obligation de *bona fide contrahere*, sanctionnée par la nullité du rapport, ou plutôt la nullité de plein droit de l'action. Mais une condition de formation d'un contrat n'est pas nécessairement un fondement de l'*oportere*: par une interprétation audacieuse, les prudents ont fait de l'obligation de bonne foi une sorte d'obligation « précontractuelle ». De là vient l'étonnement de Cicéron devant la sanction du silence dolosif par l'*actio empti*. Mais il convient de noter qu'une action de bonne foi, originairement, ne peut servir d'action en nullité, et la sentence célèbre de Caton l'illustre fort bien: le vendeur qui a par son silence dolosif trompé l'acheteur aura à *praestare damnum*: originairement, la sanction du *dolus in contrahendo* par voie d'action n'est donc pas la nullité, mais bien le paiement de dommages-intérêts. A soi tout seul, d'ailleurs, cet argument pourrait suffire à montrer que la clause *ex fide bona* portait originairement sur l'exécution de l'obligation, et donc davantage sur le *dare facere*, que sur la formation du contrat.

En réalité, un changement s'est produit à l'époque classique: à l'inverse du Code civil des français qui s'est contenté de reprendre la bonne foi comme simple critère d'appréciation de la bonne exécution des conventions dans son article 1134, les jurisconsultes romains ont fini par en faire un critère pour en apprécier la bonne formation¹¹⁰⁶.

3° Un texte d'Ulpien est le seul, en vérité, à poser une véritable difficulté¹¹⁰⁷: si quelqu'un a géré son affaire dans ses propres biens en croyant que c'était mon affaire, alors il n'y a pas d'action qui naisse d'un côté ou de l'autre. La *fides bona* ne le tolère pas: Ulpien analyserait donc la validité du rapport quasi-contractuel à l'aune du critère de la *fides bona*. Et par suite, elle serait la condition d'existence de l'action: la bonne foi ne tolérerait pas que naisse en ce cas une action et un *oportere*. Finazzi, notamment, considère certes à juste titre que ce passage n'est pas une interpolation, mais y voit, à tort à notre avis, une preuve du caractère originellement fondementiel de l'*oportere*. Il y a une manière très simple de comprendre le propos d'Ulpien, si on lui reconnaît une certaine subtilité.

Ulpien pose comme prérequis d'une *actio negotiorum gestorum* le caractère de *negotium alienum*, ce qui ouvre une question complexe: qu'est-ce qui peut être considéré comme un *negotium alienum*? Il a envisagé auparavant la situation d'un individu qui s'immisce à des fins

credideris. sed et si ulterius directo mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas, non obligabitur mandati, quasi adversus bonam fidem mandatum sit.

¹¹⁰⁶ Mais il est à noter que c'est la jurisprudence qui a, *praeter legem*, constitué une obligation de bonne foi dans la formation du contrat, en droit français, contre la lettre de l'article 1134. Cf. C.Cass 1983 (incomplet)

personnelles dans la gestion des affaires d'autrui¹¹⁰⁷: le *negotium* est objectivement *alienum* (prérequis objectif), mais il est fait sans considération de la personne du géré, en d'autres termes, pourrait-on dire, sans *fides bona* (défaut de prérequis subjectif). En 3.5.5.6, , il examine, à l'opposé de la situation précédente, le cas d'un gérant qui ne faisait que gérer sa propre affaire (défaut de prérequis objectif), mais en croyant gérer l'affaire d'autrui (prérequis subjectif réalisé), en d'autres termes avec *fides bona*. Il croit même sans doute que les biens qu'il administre ne sont pas les siens. En fait il ignorerait la situation juridique dans laquelle il se trouve véritablement, ce qui correspond à l'acception « subjective » de la bonne foi (Guter Glaube) : d'un point de vue subjectif, on peut le qualifier de « *bonae fidei* » comme on qualifie, *mutatis mutandis*, un *homo liber bona fide seruiens*. En considération de cela, on comprend ce que veut dire Ulpian par le *nec fides bona hoc patitur*: dans ce cas, même la bonne foi, au sens d'ignorance légitime de sa véritable situation juridique (impliquée par le sens d'absence de dol), ne pourra couvrir le défaut de ce prérequis qu'est le caractère *alienum* du *negotium*. Lorsque le *negotium* n'est en réalité que le *negotium* du gérant¹¹⁰⁹ il n'est nullement question, donc, de fondement ou de source de l'*oportere*: au contraire, à prendre le texte à la lettre, la *bona fides* au sens d'ignorance légitime de la situation juridique véritable n'est pas, dans ce cas, un comportement de nature à produire un véritable rapport de gestion d'affaires: il est simplement en train de dire qu'elle ne saurait être une condition suffisante génératrice d'action.

C'est là encore une manifestation de cette inclusion de la *bona fides* subjective dans la *fides bona* objective. En réalité, le « *nec fides bona hoc patitur* » signifie que même son absence de dol ne suffira pas à épurer le *negotium* de ce défaut essentiel, à savoir l'absence de caractère *alienum* du *negotium*; et il le dit par rapport à la situation précédente, où c'était la présence d'un dol ou d'un comportement frauduleux qui était dirimante.

Il nous semble donc qu'au contraire, Ulpian part de l'hypothèse d'un « *bona fide gerere* » qui serait similaire à celle de *bona fide possidere* ou de *bona fide seruire*, pour montrer que cette *bonae fidei gestio* ne peut aller jusqu'à dispenser de l'existence d'un *negotium alienum*. En fait, ce texte implique exactement l'inverse de ce que l'on croirait à première vue. Ulpian

¹¹⁰⁷ Dig. 3.5.5.6 Ulpianus 10 ad ed. *Si quis ita simpliciter versatus est, ut suum negotium in suis bonis quasi meum gesserit, nulla ex utroque latere nascitur actio, quia nec fides bona hoc patitur.*

¹¹⁰⁸ Dig. 3.5.5.5 Ulpianus 10 ad ed. *Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse (qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet) (...)*

¹¹⁰⁹ IL en va justement différemment lorsqu'il se trompe sur le véritable maître de l'affaire, qui n'est ni celui qu'il croit, ni lui-même: alors sa « bonne foi » lui permettra d'agir contre le véritable maître de l'affaire, même si ce n'est pas par regard pour lui qu'il s'est

souligne ici qu'il ne faut pas trop en demander à la clause *ex fide bona*: elle ne saurait couvrir l'inadéquation entre la situation réelle des parties et les termes de la *demonstratio*, qui sont des prérequis de l'action définis par le *ius civile* et l'*interpretatio prudentium*. Il cherche plutôt à nous prévenir que la clause « *ex fide bona* », quelle que soit sa *uis*, ne peut avoir la fonction de couvrir un défaut aussi essentiel dans la formation du rapport d'obligation: à aucune condition on ne pourra avoir de prétentions contre un « géré » si notre gestion se révèle être celle de notre propre *negotium*, même en l'absence de tout dol. Il peut le souligner d'autant mieux que certains autres contrats protégés par un *iudicium bonae fidei* peuvent justement engendrer des obligations malgré un défaut dans le titre, excusé par une ignorance légitime¹¹¹⁰. C'est notamment le cas du *locator bonae fidei*, et du *uenditor bonae fidei*. La bonne foi subjective peut à ce titre couvrir un défaut dans le titre en ce sens que nous pouvons croire légitimement que quelque chose est nôtre alors qu'il ne l'est pas, mais il ne peut couvrir le défaut qui consisterait à croire qu'il est à autrui alors qu'il est nôtre.

Ainsi, nous voyons que ces emplois de *bona fides* ne sont pas un témoignage d'une quelconque valeur fondamentale de la clause. Restent toutefois les emplois fondamentiels explicites.

1.1.1.2.2.2. Les emplois fondamentiels explicites (B.)

immiscé dans cette gestion: Dig. 3.5.5.1 Ulpianus 10 ad ed. *Sed et si, cum putavi titii negotia esse, cum essent sempronii, ea gessi, solus sempronius mihi actione negotiorum gestorum tenetur.*

¹¹¹⁰ Voir 16.3.11. à propos de la *re*. C'est encore le cas d'un texte d'Africanus, à propos de la *locatio conductio*: 19.2.35 Africanus libro octavo quaestionum *Intellegendum est autem nos hac distinctione uti de eo, qui et suum praedium fruendum locaverit et bona fide negotium contraxerit, non de eo, qui alienum praedium per fraudem locaverit nec resistere domino possit, quominus is colonum frui prohibeat.* Mais l'on songera encore au fameux cas du mandataire qui exécute le contrat de mandat en ignorant légitimement que le mandant est mort, ce qui aurait en principe pour effet de résoudre le contrat. (Gaius III,160).

Cinq textes méritent notre attention, car ils emploient tous l'expression *ex bona fide descendere/oriri*: il s'agit d'un texte des *Sentences de Paul*¹¹¹¹, de deux textes du Code (CJ 4.34.11¹¹¹², de CJ 5.13.1.12¹¹¹³) d'une part (1°), et de deux extraits du Digeste, d'Ulpian¹¹¹⁴ et de Paul¹¹¹⁵ d'autre part (2°).

1° Les deux premiers textes parlent de *contractus*: or la notion de *contractus bonae fidei* relève d'une approche plus récente: elle va de pair avec une conception de la *fides* comme élément essentiel de la formation du contrat, et comme mode d'appréciation de la validité d'un contrat, inconnue encore, nous semble-t-il, de la jurisprudence tardo-républicaine et médio-classique. Le premier texte des sentences de Paul manifeste surtout, à travers cette expression, qu'on relie le caractère purement consensuel du contrat de vente, et ses conséquences en matière probatoire (*fides contractus*=la crédibilité quant à l'existence du contrat), à la *bona fides*. Mais techniquement, le contrat naît *ex nudo consensu*, non *ex bona fide*. L'identification explicite de la *bona fides* à l'absence de formalisme n'est pas une donnée ancienne.

Le troisième texte est particulièrement peu probant, pour comprendre la fonction de la clause *ex fide bona*, puisque la formule de l'*actio rei uxoriae* ne l'a jamais eue; en outre, il date nécessairement de l'époque de Justinien.

Ces trois textes, enfin, sont écrits à une époque où la procédure formulaire est soit totalement obsolète, soit n'est plus qu'un souvenir. Leur témoignage est donc fort peu probant pour comprendre le sens de la clause dans la formule. Ils semblent plutôt participer d'une exaltation moralisante de la bonne foi dans les contrats. Au mieux insiste-t-il sur la confiance que présuppose la formation d'un contrat non solennel.

¹¹¹¹ *Pauli sententiarum libri 2,17,13. In eo contractu, qui ex bona fide descendit, instrumentorum oblatio sine causa desideratur, si quo modo veritas de fide contractus possit ostendi.*

¹¹¹² CJ.4.34.11pr.: Imperator Justinianus (a. 529) *Si quis vel pecunias vel res quasdam per depositionis accepit titulum, eas volenti ei qui deposuerit reddere ilico modis omnibus compellatur nullamque compensationem vel deductionem vel doli exceptionem opponat, quasi et ipse quasdam contra eum qui deposuit actiones personales vel in rem vel hypothecarias praetendens, cum non sub hoc modo depositum accepit, ut non concessa ei retentio generetur, et contractus qui ex bona fide oritur ad perfidiam retrahatur.*

¹¹¹³ CJ.5.13.1.2: Imperator Justinianus (a. 530) *Sed etsi non ignoramus ex stipulatu actionem stricto iure esse vallatam et non ex bona fide descendere, tamen, quia novam naturam de dote stipulatio sibi invenit, accommodetur ei a natura rei uxoriae etiam bonae fidei beneficium.*

¹¹¹⁴ Dig. 43.26.2.2 Ulpianus 71 ad ed. *Et naturalem habet in se aequitatem, namque precarium revocare volenti competit: est enim natura aequum tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem. itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur.*

¹¹¹⁵ Dig. 18.1.57.3 Paulus 5 ad plaut. *Quod si uterque sciebat et emptor et venditor domum esse exustam totam vel ex parte, nihil actum fuisse dolo inter utramque partem compensando et iudicio, quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente stare non concedente.*

2° Il reste alors surtout à expliquer les deux derniers textes, celui d'Ulpien et celui de Paul. On a souvent soupçonné ces deux textes d'être des interpolations dans le fond comme dans la forme. Il nous paraît possible qu'il y ait une interpolation uniquement sur la forme: sans doute, à cet endroit du texte, Ulpien comme Paul faisaient des allusions trop claires aux termes de la formule (une expression comme « *in quo/in qua additur ex fide bona* », ou « *cuius intentio bonae fidei mentionem continet* »). Aussi les aurait-t-on remplacées par l'expression plus usuelle à l'époque de la procédure cognitive, époque à laquelle le texte d'origine n'aurait eu aucun sens, tout en conservant astucieusement une mention de la bonne foi: dans le texte de Paul le maintien d'une mention de la *bona fides* semblait d'autant plus nécessaire qu'on cherchait à conserver le contraste entre dol et bonne foi: Paul avait à l'idée que chaque partie pourrait paralyser *apud iudicem* la demande de l'adversaire en invoquant son dol et il fait référence ainsi à l'inhérence de l'exception de dol tant dans l'*actio empti* que dans l'*actio uenditi*. Dans sa forme effective, d'ailleurs, le texte de Paul semble particulièrement lourd et alambiqué. Cette explication nous paraît convaincante, mais à supposer qu'on ne veuille pas y voir d'interpolation, dans le terme d'*actio quae ex bona fide oritur* la *bona fides* vise essentiellement la *bona fides* du demandeur, autrement la remarque n'aurait d'ailleurs aucun sens : la *bonne foi* du demandeur est une condition de l'action, et donc cela explique l'échec nécessaire des deux actions: l'action ne naît certainement pas de la bonne foi. C'est une manière plus substantialiste d'interpréter l'inhérence de l'exception de dol: l'action naît de la bonne foi en ce sens qu'il n'y a pas d'action pour le demandeur de mauvaise foi.

Quant au texte d'Ulpien, force est de constater qu'il ne peut certainement pas concerner une action ancienne, puisqu'il parle de précaire, et que cette thèse semble en apparence contredite par Ulpien lui-même dans son commentaire à Sabinus¹¹¹⁶. Même si le texte nous paraît authentique dans le fond, il devait justement, pour une action non prévue dans l'édit, se concentrer sur la façon dont on écrirait la formule « *praescriptis uerbis* », ce qui n'aurait plus eu aucun sens à l'époque de la procédure cognitive.

En tous les cas, il est étonnant qu'une formulation aussi sommaire et qui a le mérite de la simplicité (*quae ex bona fide oritur*) n'ait jamais été employée auparavant, et notamment par Cicéron, elle qui correspondrait si bien à ses éloges de la *fides*.

¹¹¹⁶ Dig. 47.2.14.11 Ulpianus 29 ad sab. *Is qui precario servum rogaverat subrepto eo potest quaeri an habeat furti actionem. et cum non est contra eum civilis actio (quia simile donato precarium est) ideoque et interdictum necessarium visum est, non habebit furti actionem. plane post interdictum redditum puto eum etiam culpam praestare et ideo et furti agere posse.* Voir encore Paul à ce sujet Dig. 43.26.14 Paulus 13 ad sab. *Interdictum de precariis merito introductum est, quia nulla eo nomine iuris civilis actio esset: magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii condicio.*

Il nous paraît donc assez discutable de comprendre, dans la formule, la clause *ex fide bona* comme un complément soutenant l'*oportere*, et ce malgré l'expression appréciée de Justinien, disant que nos actions *ex fide bona descendunt*; mais à prendre trop à la lettre cette expression post-classique, et à en tirer toutes les conséquences, la *bona fides* serait véritablement une source du droit qui ne ferait que résumer une certaine forme de morale sociale capable alors à elle toute seule d'engendrer des obligations juridiques principales. Cela se vérifie-t-il? La *fides bona* est systématiquement exclue, à tous points de vue, des sources du droit.

1.1.2. La *fides bona* exclue systématiquement des fontes iuris (Section 2)

La doctrine n'a sans doute pas une vue uniforme lorsqu'elle dit que la *fides bona* est le fondement de l'obligation. Mais elle doit lui reconnaître, à un titre ou à un autre, soit au sens fort, le rang de source juridique, soit du moins de source matérielle d'inspiration. C'est ce point qui nous paraît discutable: la *fides bona* peut-elle, à un titre ou à un autre, représenter une source spontanée d'obligations?

La *fides bona* est exclue aussi bien des catalogues des sources du droit (Sous-section 1) qu'absente des éloges de la *fides* inspirant l'ordonnancement juridique romain (Sous-section 2).

Sous-section 1: L'exclusion de la *fides bona* des catalogues des sources du droit

Sous-section 2: L'absence de la *fides bona* dans les éloges de la *fides*

1.1.2.1. La fides bona absente des catalogues des sources du droit (Sous-section 1)

La jurisprudence semble ne jamais avoir conçu la *fides bona* comme une source du droit, à preuve son oubli systématique lorsqu'elle présente, de quelque manière que ce soit, les *fontes* ou les *partes iuris*

Cette exclusion s'observe aussi bien dans les catalogues des *fontes iuris* faits par les jurisconsultes (I) que dans les catalogues, plus anciens, des ouvrages de rhétorique(II).

1.1.2.1.1. L'absence des catalogues jurisprudentiels (I)

Ces catalogues ne mentionnent jamais, ni la *fides*, ni la *fides bona*, que l'on considère les catalogues canoniques qui répertorie les sources formelles(A), ou les catalogues originaux qui montrent une conception plus floue des sources du droit(B).

1.1.2.1.1.1. L'exclusion des catalogues canoniques (A.)

En premier lieu, les *Institutes* de Justinien¹¹¹⁷ ne font aucune référence à la *fides bona*, alors même que l'époque est à employer le terme d'*actio quae ex bona fide oritur*. On serait tenté de le mettre sous le *ius non scriptum*: mais la *consuetudo* et les *mores* ne sont pas la *fides bona*. D'ailleurs, à aucun moment, au titre 3 du livre I du Digeste, la *fides* n'est évoquée (1.3.30-1.3.41): à supposer que les *mores* soient une source du droit, ni Ulpien, ni Julien n'y évoquent la *fides*.

Le même constat s'impose pour le catalogue de Papinien lorsqu'il présente le droit civil et le droit prétorien¹¹¹⁸. Il en va de même pour Gaius, au début des *Institutes*¹¹¹⁹:

1.1.2.1.1.2. L'exclusion des catalogues plus originaux (B.)

On pourrait au moins s'attendre à ce que des catalogues plus originaux qui ne s'en tiennent pas simplement à la présentation générale des sources écrites, mentionnent la *bona fides*. Pourtant il n'en est rien.

Pomponius donne ainsi au début de son manuel une liste structurée de manière originale pourtant parce qu'elle procède son approche historique de la naissance du droit romain¹¹²⁰, où il n'y a pas trace de la *bona fides*:

Malgré toute la variété qui sous-tend les énumérations des sources, aucun jurisconsulte n'a eu l'idée de ranger la *fides bona* dans les sources du droit. On objectera sans doute que la *fides* n'est pas considérée comme une source formelle du droit, ce qui ne veut pas dire qu'elle ne soit pas une source matérielle du droit. Il serait alors à noter, significativement, que l'on ne possède ni au livre I du Digeste, ni au livre I des *Institutes*, une théorisation de l'opposition entre *ius strictum* et *bona fides*; cela pourrait certes s'expliquer si l'on considère que la *bona fides*, ce n'est pas vraiment du *ius* et que ces listes ne font que déclarer le *ius strictum*. Mais les sources énoncées par les jurisconsultes sont loin de toutes représenter du « *ius strictum* ».

¹¹¹⁷ IJ 1.1 *Scriptum ius est lex, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium....Ex non scripto ius venit quod usus comprobavit. nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur.*

¹¹¹⁸ Dig. 1.1.7 et 1.1.7.1 Papinianus 2 def. *Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit. Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.*

¹¹¹⁹ *Inst.*, I.2 *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium.*

¹¹²⁰ Dig. 1.2.2.12 Pomponius I.S. *Enchir. Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit, aut sunt legis actiones, quae formam agendi continent, aut plebi scitum, quod sine auctoritate patrum est constitutum, aut est magistratuum edictum, unde ius honorarium nascitur, aut senatus consultum, quod solum senatu constituite inducitur sine lege, aut est principalis constitutio, id est ut quod ipse princeps constituit pro lege servetur.*

Force est de reconnaître que les juriconsultes ont une conception large des sources du droit: ils énoncent, parfois sous un angle anthropologique assez fantaisiste, d'autres sources.

Ainsi en est-il du *ius naturale* dont Théophile a repris la définition aux Institutes d'Ulpian¹¹²¹:

De même en est-il pour le *ius gentium* chez Hermogénien¹¹²²: il n'est pas question ici d'une définition technique du *ius gentium*, mais bien d'une considération historico-anthropologique. Et pourtant, malgré la largeur de la notion, jamais la *fides* n'est alors évoquée en tant que telle: les contrats dits « de bonne foi » qui sont évoqués descendent du *ius gentium* et non de la *bona fides*.

La *fides* n'est donc pas évoquée une seule fois dans toute le titre Ier du livre Ier du Digeste, alors que l'expression ronflante d'« *actio quae ex bona fide descendit* » paraissait promettre une consécration.

On ne pourra objecter que la *fides bona* représente simplement une source de l'obligation reconnue par le droit, mais non une source du droit elle-même, dans la mesure, où, nous l'avons vu, dans la formule, c'est le « *ob eam rem* » qui exprime la source immédiate de l'obligation.

On objectera sans doute encore que son exclusion des sources du droit telles que les conçoivent les juriconsultes n'est pas une preuve de ce que l'expression *ex fide bona* n'ait pas de rapport fondementiel avec l'*oportere* à l'origine. En effet, ils paraissent concevoir avant tout sous l'angle diachronique le fondement du *ius*: même le *ius gentium* semble présenté comme une cause « historique » de certaines institutions; significative est alors la présentation de Pomponius dans l'*Enchiridion*, placée sous l'angle historique: ce qui compte est de placer dans le temps l'origine des *iura*. Or si la *fides* représente le fondement de l'obligation ou de l'action de façon synchronique et atemporelle, *sub specie aeternitatis*, il n'est pas si étonnant qu'elle soit exclue de ces sources du droit. Soit. En outre, on objectera que très précisément la jurisprudence classique a dénaturé le sens et la fonction de la clause, en la considérant comme un simple instrument de mesure.

Mais alors plus grave encore apparaît son absence dans les catalogues de rhétorique, dont la préoccupation est tout autre.

¹¹²¹ Dig. 1.1.1.3 Ulpianus 1 inst. *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censer.*

¹¹²² Dig. 1.1.5 Hermogenianus 1 iuris epit. *Ex hoc iure gentium introducta bella, discretiae gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutae: exceptis quibusdam quae iure civili introductae sunt.*

1.1.2.1.2. *L'absence des catalogues de sources dans les traités de rhétorique (II)*

Ces catalogues de rhétorique ont deux mérites: ils sont souvent plus proches de l'époque républicaine où l'on voit fleurir les *iudicia in quibus additur ex fide bona*, et ils témoignent d'une conception extrêmement souple et extensive du droit. Si la *fides* représentait une sorte de « *soft law* », de source souple du droit, elle aurait toutes les chances d'y apparaître. Considérons d'abord les catalogues d'époque républicaine (A), avant d'examiner les catalogues d'époque impériale (B).

1.1.2.1.2.1. *Les catalogues d'époque républicaine (A.)*

Les trois principales listes se trouvent dans la *Rhétorique à Herennius*¹¹²³, dans le *De Inventione* de Cicéron qui reprend la classification de la *Rhétorique à Herennius*, et dans les *Topiques*¹¹²⁴ du même Arpinate.

Aucune de ces listes ne présente la *fides bona* comme une *pars iuris*. Et l'on ne peut considérer qu'elle soit rangée sous une autre source du droit, comme les *mores* ou l'*aequum et bonum*: il suffit, pour cela, de regarder dans le détail les définitions de la *Rhétorique à Herennius*:¹¹²⁵ nulle part encore n'est évoquée la *fides bona*. Significativement, si la *fides bona* représentait les *mores*, il aurait été fort naturel de présenter un *iudicium ex fide bona* pour illustrer ce propos, pour montrer tout la force créatrice de cette notion: certes, on évoque le

¹¹²³ Her. 2.13.19: *Absoluta iuridiciali constitutione utemur, cum ipsam rem, quam nos fecisse confitemur, iure factum dicemus, sine ulla adsumptione extrariae defensionis. In ea convenit quaeri, iurene sit factum. De eo causa posita dicere poterimus, si, ex quibus partibus ius constet, cognoverimus. Constat igitur ex his partibus: natura, lege, consuetudine, iudicato, aequo et bono, pacto.*

¹¹²⁴ Top. §28 *Atque etiam definitiones aliae sunt partitionum aliae divisionum; partitionum, cum res ea quae proposita est quasi in membra discerpitur, ut si quis ius civile dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratum, more, aequitate consistat.*

¹¹²⁵ *Natura ius est, quod cognationis aut pietatis causa observatur, quo iure parentes a liberis, et a parentibus liberi coluntur. (...) Consuetudine ius est id, quod sine lege aequae, ac si legitimum sit, usitatum est quod genus id quod argentario tuleris expensum, ab socio eius recte petere possis. (...) Ex aequo et bono ius constat, quod ad veritatem <et utilitatem> communem videtur pertinere, quod genus ut maior annis LX et cui morbus causa est, cognitorem det. Ex eo vel novum ius constitui convenit ex tempore et ex hominis dignitate.*

cas d'un *socius*, mais non pas à propos d'une action de bonne foi, mais à propos de l'action d'un particulier qui a transmis par *expensilatio* de l'argent chez un banquier, et qui pourra le réclamer à son associé: la solidarité passive est alors fondée coutumièrement, mais non spécifiquement à partir de la clause *ex fide bona*. C'est bien au contraire une reconnaissance d'une coutume à travers l'interprétation de la *condictio certae creditae pecuniae*. A supposer, donc, que les règles entourant les institutions protégées par des *iudicia in quibus additur ex fide bona* puissent être considérées comme coutumières, cela ne leur est donc nullement spécifique, et ne peut donc être attribué à la présence d'une clause *ex fide bona*.

Cette absence générale est d'autant plus troublante que généralement, la question des *partes iuris* est évoquée dans les traités de rhétoriques à propos d'un problème précis d'argumentation, le *status iuridicialis*¹¹²⁶: il s'agit de confesser le fait tout en montrant qu'on a agi à bon droit, et dès lors il est important pour l'orateur de savoir ce que c'est que le « droit ». C'est souvent dans cette optique que les rhéteurs développent leur conception très extensive des « *partes iuris* ». Ainsi manifestent-ils l'importance d'un *ius naturae*, mais laissent aussi une place à l'*aequum bonum*, font des précédents une source du droit, ou bien y comptent aussi des actes privés. Or il est étrange que dans cette optique aucune liste ne présente la *fides*, un concept tout aussi plastique, dans la langue latine, que l'*aequum bonum*, et qui pourrait faire la joie des rhéteurs s'il représentait une sorte de fondement de l'*oportere* dans les actions de bonne foi; les avocats pourraient se régaler dans leur plaidoiries en évoquant la *fides bona*. Pourtant, il n'y a aucune trace de la *fides bona* dans ces catalogues de rhétorique, et il nous semble que cela est bien plus troublant encore que pour les catalogues de jurisconsultes: si l'*oportere* était fondé sur une sorte de morale sociale exprimée par la *fides*, les rhéteurs n'auraient sans doute pas manqué de la célébrer, sinon comme une *fons iuris*, du moins comme une *pars iuris*.

1.1.2.1.2.2. Les catalogues d'époque impériale (B.)

¹¹²⁶ *Confitentur in isto genere qui arguuntur se id fecisse ipsum in quo reprehenduntur, sed quoniam iure se fecisse dicunt, iuris est omnis ratio nobis explicanda.*

Absoluta iuridiciali constitutione utemur, cum ipsam rem, quam nos fecisse confitemur, iure factum dicemus, sine ulla adsumptione extrariae defensionis. In ea convenit quaeri, iurene sit factum. De eo causa posita dicere poterimus, si, ex quibus partibus ius constet, cognoverimus

Le seul catalogue de rhétorique à mentionner la *fides* au sein d'une énumération des sources du droit est celui de Quintilien¹¹²⁷. Il est à noter, néanmoins, que la *fides* est ici reportée au *naturae iustum*: or dans les autres catalogues rhétoriques plus anciens, le développement de la notion de *ius naturae* ne l'évoque jamais¹¹²⁸. En outre, il s'agit de *iustum* et non de *ius*. Quintilien oppose le *ius naturae* à la « *constitutio* », qui représente une notion du droit positif plus large que celle de *ius scriptum* (d'où la présence significative du *mos*). Cicéron, de même, a parfaitement conscience de ce que ce *ius naturae* n'a pas de valeur proprement juridique en lui-même, et ne sert qu'à amplifier un argument juridique¹¹²⁹. Il ne saurait en aucune manière être considéré comme le fondement juridique d'une obligation principale.

Enfin, rappelons qu'il n'est question, de manière vague, que de *fides*, et non de *bona fides/fides bona*, ce qui nous amène à considérer le rapport que la *fides bona* peut entretenir avec les éloges de la *fides* comme source d'inspiration du droit.

¹¹²⁷ Institution Oratoire, VII,4,6: *Iustum omne continetur natura vel constitutione. Natura, quod fit secundum cuiusque rei dignitatem. Hinc sunt pietas fides continentia et alia. Adiciunt et id quod sit par. Verum id non temere intuendum est: nam et vis contra vim et talio nihil habent adversum eum qui prior fecit iniusti, et non, quoniam res pares sunt, etiam id est iustum quod antecessit. Illa utrimque iusta: eadem lex, eadem condicio; ac forsitan ne sint quidem paria quae ulla parte sunt dissimilia. Constitutio est in lege more iudicato pacto.*

¹¹²⁸ Rhét. ad Her.: *Natura ius est, quod cognationis aut pietatis causa observatur, quo iure parentes a liberis, et a parentibus liberi coluntur.*

Cicéron: *Ac naturae quidem ius esse, quod nobis non opinio, sed quaedam innata vis adferat, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem.*

¹¹²⁹ *Ac naturae quidem iura minus ipsa quaeruntur ad hanc controversiam, quod neque in hoc civili iure versantur et a vulgari intelligentia remotiora sunt; ad similitudinem vero aliquam aut ad rem amplificandam saepe sunt inferenda.*

1.1.2.2. *La fides bona absente des éloges de la fides inspiratrice du droit (Sous-section 2)*

Il est évident que les sources, tant littéraires que juridique, mettent en rapport le droit et ce qu'on peut trivialement appeler la morale sociale. Cela se justifie ne serait-ce qu'en tant que lieu commun. Toutefois, ces mises en parallèle, ou en perspective, donnent à la fois trop et trop peu.

La *fides* semble louée comme une vertu qui a inspiré et qui a pénétré tout le droit positif romain: mais c'est justement cette généralité qui interdit d'y voir la source spécifique d'un droit propre aux actions de bonne foi (I.), d'autant qu'elle est mentionnée tout aussi souvent comme une notion radicalement opposée au droit positif romain (II.)

1.1.2.2.1. *La fides, une source d'inspiration générale pour tout le droit des obligations (I)*

Elle est une source trop générale pour exprimer le fondement spécifique des actions de bonne foi par rapport aux autres actions: c'est ce dont témoignent les sources littéraires, (A) que les sources juridiques(B).

1.1.2.2.1.1. *Les sources littéraires: la compénétration de la fides avec l'ensemble du droit (A)*

Les oeuvres non-juridiques manifestent un lien complexe entre *ius*, *natura* et *fides*, ce dont témoigne Cicéron (1°) et plus tard Aulu-Gelle (2°).

Significativement, la *fides* semble être, à voir certains textes littéraires, une vertu, une valeur morale qui inspire de façon très générale tout le droit positif romain: Cicéron, le premier, l'évoque dans le livre I du *De Officiis* (§23)¹¹³⁰: il est à noter, toutefois, que la *fides* est le

¹¹³⁰ [23] *Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas.*

fundamentum de la *iustitia* en général, et non spécifiquement du *ius*. En outre, c'est une certaine définition limitative de la *fides*, comme respect de la parole donnée, qui a trait à l'idée de promesse et aux valeurs de sincérité.

Pour Cicéron, la *fides*, comme sentiment moral contraignant inspirant le droit, la *fides* comme source d'obligations, ne paraît que très rarement associée aux *iudicia in quibus additur ex fide bona*, elle semble avant tout associée au *ius iurandum*, comme le montre un autre texte du *De Officiis*¹¹³¹ : il est étonnant de voir que pour Cicéron, les anciens aient avant tout sanctionné la *fides* du *iusiurandum* par la loi des Douze Tables, par les lois sacrées, les traités, les punitions censoriales, mais il ne tient nulle part un propos aussi solennel sur les actions de bonne foi. Force est de reconnaître, que, dans *le De Officiis*, c'est à propos du *iusiurandum* que se manifeste dans toute son intensité et le plus explicitement le pouvoir contraignant de la *fides*. En effet, quelques lignes plus haut, il citait Ennius, mais évoquait aussi la déesse *Fides* pour manifester sa puissance pour la protection du serment¹¹³².

L'expression par excellence de la *fides* se trouve pour Cicéron dans le *iusiurandum*, dans sa solennité : pourtant, là encore, il n'y a aucun rapport avec les *iudicia in quibus additur ex fide bona*. En réalité, si la *fides* est une source d'inspiration pour ces *iudicia* elle n'en constitue nullement la source spécifique par rapport à d'autres institutions : un auteur comme Cicéron voit de la *fides* partout, lorsqu'il entame une *laudatio legum* ou une *laudatio iuris*, et elle ne pourrait en aucun cas opposer les actions de bonne foi aux autres actions du point de vue de leur fondement.

A un seul endroit du *De Officiis*¹¹³³, Cicéron semble timidement et indirectement faire l'éloge de la *fides* en tant qu'elle participe au *ius naturae* qui inspire les actions de bonne foi. Après avoir parlé à plusieurs reprises de l'*actio empti*, il présente la protection juridique contre le dol de l'acheteur selon l'image du *ius civile ductum a natura* : le droit positif qui découle de la nature ou qui est conduit par la nature¹¹³⁴ semble avoir inspiré la protection de l'acheteur contre le dol du vendeur en matière de *praedia*, et la *fides* est assurément une de

¹¹³¹ *Nullum enim vinculum ad astringendam fidem iure iurando maiores artius esse voluerunt. Id indicant leges in duodecim tabulis, indicant sacrae, indicant foedera, quibus etiam cum hoste devincitur fides, indicant notiones animadversionesque censorum, qui nulla de re diligentius quam de iure iurando iudicabant.*

¹¹³² *Quid enim auditurum putas fuisse Ulixem, si in illa simulatione perseverasset? Qui cum maximas res gesserit in bello, tamen haec audiat ab Aiace: "Cuius ipse princeps iuris iurandi fuit/ Quod omnes scitis, solus neglexit fidem/ Furere adsimulare, ne coiret, institit./ Quod ni Palamedi perspicax prudentia/ Istius percepset malitiosam audae fidei sacrae ius perpetuo falleret." (...) Sed in iure iurando non qui metus, sed quae vis sit, debet intellegi. Est enim ius iurandum affirmatio religiosa; quod autem affirmate, quasi deo teste promiseris, id tenendum est. Iam enim non ad iram deorum, quae nulla est, sed ad iustitiam et ad fidem pertinet. Nam praecclare Ennius: "O Fides alma apta pinnis et ius iurandum Iovis." Qui ius igitur iurandum violat, is fidem violat, quam in Capitolio vicinam Iovis optimi maximi, ut in Catonis oratione est, maiores nostri esse voluerunt.*

¹¹³³ *Nec vero in praediis solum ius civile ductum a natura malitiam fraudemque vindicat, sed etiam in mancipiorum venditione venditoris fraus omnis excluditur. Qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis, praestat edicto aedilium.*

ces vertus naturelles à l'homme. Mais remarquons une chose: cette formulation ne vise pas uniquement l'*actio empti*: elle vise sans doute aussi la protection décenvirale de l'acheteur qu'avait évoquée Cicéron plus haut, et, plus encore, elle inspire aussi l'édit des édiles. En bref, elle vise trop et trop peu: elle semble viser uniquement le cas de la vente, ou du moins le respect de la parole donnée et la bonne foi *in contrahendo*, qui n'est pas le dénominateur commun des actions de bonne foi; et elle vise des remèdes judiciaires qui n'ont rien à voir avec les actions de bonne foi, telles que les stipulations de l'édit des édiles. En un sens, il ne s'agit rien de plus que d'une *laudatio iuris* que Cicéron utilise très largement pour démontrer son propos: il est naturel à l'homme de ne pas chercher à réaliser un gain en profitant de l'ignorance d'autrui: d'où un syllogisme qu'il récapitule plus loin¹¹³⁵: le droit, dans son inventivité depuis la loi des XII tables, sanctionne des comportements dolosifs où l'on profite de l'ignorance d'autrui, or ces règles sont inspirées de la nature, donc il est naturel à l'homme de ne pas s'enrichir en profitant de l'ignorance d'autrui.

2° Aulu-Gelle lui aussi manifeste très bien cette conception très large de la *fides* inspirant l'ensemble du droit romain: C'est ce que nous montre encore un fameux texte des *Nuits Attiques*, qui fait dialoguer le jurisconsulte Caecilius, sans doute Africanus, avec le philosophe Favorinus:

La *fides* semble particulièrement attachée à l'institution du *nexum*, cet *ingens uinculum fidei*, comme l'appelait Tite-Live, même si elle semble avoir pénétré toutes les institutions romaines¹¹³⁶.

Assez étonnamment, là où le personnage d'Aulu-Gelle voit le plus grand attachement à la *fides*, c'est dans les règles qui entourent l'*aes confessum* de la Loi des XII tables et la procédure de *manus iniectio* qui est prévue à cet effet: la *fides* inspire aussi ces dispositions. Il en évoque d'autres, comme la sacralité du patron frauduleux envers son client, la remise d'un consul qui avait promis de revenir à l'ennemi si le sénat n'acquiescait pas au traité. Mais nulle part nous ne voyons un éloge de la *fides* inspirant spécifiquement les *iudicia in quibus*

¹¹³⁴ Si la *natura* personnifiée aux yeux de Cicéron dans ce texte, il n'est pas étonnant qu'elle soit précédée de *ab* à titre de complément d'agent animé.

¹¹³⁵ *Ex quo intellegitur, quoniam iuris natura fons sit, hoc secundum naturam esse, neminem id agere, ut ex alterius praedetur inscitia.*

¹¹³⁶ *Noct. Att. (...) Omnibus quidem virtutum generibus exercendis colendisque populus Romanus e parva origine ad tantae amplitudinis instar emicuit, sed omnium maxime atque praecipue fidem coluit sanctamque habuit tam privatim quam publice. (...) sic clientem in fidem acceptum cariorem haberi quam propinquos tuendumque esse contra cognatos censuit, neque peius ullum facinus existimatum est, quam si qui probaretur clientem divisui habuisse. Hanc autem fidem maiores nostri non modo in officiorum vicibus, sed in negotiorum quoque contractibus sanxerunt maximeque in pecuniae mutuae usu atque commercio:*

additur ex fide bona, ce qui paraît étonnant si la clause *ex fide bona* était l'expression d'une source qui s'est répandue dans six institutions-clés du droit privé romain dès l'époque républicaine..

La *fides*, entendue comme source d'inspiration juridique, n'inspire donc pas que les *iudicia bonae fidei*, loin de là. Dans un registre plus juridique, c'est ce que vient nous confirmer Ulpien.

1.1.2.2.1.2. Les sources juridiques: le « droit strict » vu par Ulpien au prisme de la *fides* (B)

A bien dès reprises, Ulpien note avec insistance la *fides* comme inspiratrice de sources positives du droit, et pourtant ce n'est pas au sujet des acitons de bonne foi, mais au sujet de l'édit *de pactis*(1°) ainsi qu'au sujet du titre de l'édit *De Rebus Creditis* (2°)

1° Dans un texte qui ouvre le commentaire à l'édit *de pactis*¹¹³⁷, Ulpien fait effectivement de la *fides* la valeur fondamentale que vient protéger cet édit: pourtant force est de reconnaître que le sens que donne Ulpien à l'édit *de pactis* n'a par définition aucun rapport avec les *iudicia bonae fidei*, qui par définition font systématiquement l'économie d'une *exceptio pacti*. C'est simplement une illustration d'une topique qu'il a sans doute apprise jeune, et datant de Cicéron: la *fides* est expliquée par une étymologie fantaisiste comme un *fit quod dicitur*.

2° De même, assez paradoxalement, lorsqu'il commence à commenter le titre *de rebus creditis*¹¹³⁸, c'est encore sous le signe de la *fides* qu'il place les contrats sanctionnés par les formules qu'il s'apprête à commenter. Ce n'est pourtant pas le coeur, loin de là, des *iudicia bonae fidei*, essentiellement placés au titre XIX de l'édit: l'*actio certae creditae pecuniae*, le *mutuum*, représentent eux aussi à ses yeux une prise en compte juridique de la *fides*. Aussi Ulpien manifeste-t-il indirectement que la *fides* comme élément d'inspiration du droit romain, civil comme prétorien, ne peut être la source spécifique des *iudicia bonae fidei*. Elle est une

¹¹³⁷ Dig. 2.14.1pr. Ulpianus 4 ad ed. *Huius edicti aequitas naturalis est. quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare?*

¹¹³⁸ Dig. 12.1.1.1 Ulpianus 26 ad ed. *Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum praemisit: omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur: nam, ut libro primo quaestionum celsus ait, credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit. nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur. rei quoque verbum ut generale praetor elegit.*

source d'inspiration générale pour tout le droit, aux yeux des romains, à tout le moins pour l'ensemble des actions personnelles et des rapports de dette-créance.

Il ne dit pourtant là rien de bien original: la *fides* est étroitement associée aux *res creditae*, coeur du « droit strict », depuis l'époque républicaine, comme en témoignent déjà les traités rhétoriques de Cicéron¹¹³⁹

Tous ces textes manifestent à l'inverse que la *fides* a nécessairement besoin d'une véritable source juridique qui la sanctionne; à elle seule, elle ne peut créer du *ius*. A ce titre, elle paraît tout aussi souvent une notion extrajuridique, opposée au droit.

1.1.2.2.2. *La fides, une valeur en opposition avec le droit positif romain (I)*

La *fides* peut-elle être une source d'inspiration du droit positif? En un sens large, oui, mais la notion renvoie plutôt à ce qui sort du champ juridique: elle représente souvent la protection non-juridique des obligations, elle semble plutôt intervenir là où il n'y a absolument pas d'*oportere*. C'est ce que semblent nous montrer la vision moraliste de la *fides* chez Cicéron et Sénèque (A) que la vision mythologique et poétique de la *fides* d'après Ovide (B).

1.1.2.2.2.1. *La vision moraliste de la fides comme valeur extra- ou anti-juridique (A)*

Pour Sénèque, la *fides* est une qualité qui pour s'épanouir doit nécessairement se passer de tout formalisme juridique, qu'il soit *ad sollemnitatem* ou *ad probationem* (1°), tandis que pour Cicéron, la qualité d'un *bonus uir* manifeste sa *fides* en exigeant de lui-même bien plus que ce que ne réclame le droit (2°).

1°Sénèque adopte une perspective doublement pessimiste sur les liens contractuels et manifeste un regret dans le *De Beneficiis*¹¹⁴⁰: pourquoi un lien d'obligation doit-il être

¹¹³⁹ Part. Orat. §78 *In communione autem quae posita pars est, iustitia dicitur, eaque erga deos religio, erga parentes pietas, vulgo autem bonitas, creditis in rebus fides, in moderatione animadvertendi lenitas, amicitia in benevolentia nominatur.*

sanctionné par le droit? Pourquoi l'acheteur doit-il être tenu par une stipulation, et non simplement par la *fides* et l'*animus aequum colens*? Pourquoi encore se constituer des preuves en rédigeant les conventions? A dire vrai, si la *fides* était la source matérielle du *ius*, on ne comprendrait pas le propos de Sénèque au sujet de la vente: il sait bien qu'il existe une *actio uenditi* capable de sanctionner les obligations de l'acheteur indépendamment de toute stipulation, et qu'elle possède une clause *ex fide bona*. Il sait sans doute aussi que les *pacta conuenta* n'ont pas besoin d'*impressa signa* pour être sanctionnés par un *iudicium ex fide bona*. Aussi son exemple serait-il extrêmement mal choisi si la *fides bona* était ce qui inspire et fonde un *oportere*. En bref, un lien protégé par la *fides* c'est selon lui un lien qui n'est pas protégé par le droit.

2° Cette opposition, Cicéron en a encore parfaitement conscience lorsqu'il présente l'honnêteté de Quintus Mucius¹¹⁴¹.

Quintus Mucius s'applique une certaine règle morale, fait savoir au vendeur peu expérimenté que le prix qu'il a fixé est trop bas. Il est pourtant certain qu'à l'époque de Cicéron, aucun jurisconsulte n'a envisagé de sanctionner le silence dolosif de l'acheteur sur le prix réel de la chose vendue, et certainement pas Quintus Mucius: c'est au vendeur de connaître sa chose. C'est que Quintus Mucius en tant que *uir bonus* n'est pas le Quintus Mucius jurisconsulte: ces deux champs normatifs, le champ moral et le champ juridique, sont parfaitement distincts, tant chez Quintus Mucius que chez Cicéron, et il n'ont sans doute aucun désir de subordonner tout le droit à la morale.

En bref, il ne peut tenir ce discours que parce qu'il sait que le *ius* et la *fides* sont deux plans normatifs tout à fait distincts, et que l'*oportere* juridique ne peut tirer sa force d'un simple lien de *fides*. Il manifeste encore ce divorce à propos de la garantie des vices cachés de l'édit des Ediles¹¹⁴²:

¹¹⁴⁰ Ben. [3,15] *Utinam quidem persuadere possemus, ut pecunias creditas tantum a uolentibus acciperent! utinam nulla stipulatio emptorem uenditori obligaret! nec pacta conuentaque impressis signis custodirentur! fides potius illa seruetur, et aequum colens animus! Sed necessaria optimis praetulerunt, et cogere fidem, quam spectare, malunt.(...) Ita non honestius erat a quibusdam fidem falli, quam ab omnibus perfidiam timeri?*

¹¹⁴¹ De Off. III.62. *Quintus quidem Scaevola, Publi filius, cum postulasset, ut sibi fundus, cuius emptor erat, semel indicaretur idque venditor ita fecisset, dixit se pluris aestumare; addidit centum milia. Nemo est, qui hoc viri boni fuisse neget*

¹¹⁴² Op. cit., III, 89: *In mancipio vendendo dicendane vitia, non ea, quae nisi dixeris, redhibeatur mancipium iure civili, sed haec, mendacem esse, aleatorem, furacem, ebriosum. Alteri dicenda videntur, alteri non videntur.*

cet édit, pour Cicéron, est lui aussi sans doute inspiré par la *fides*: mais le devoir de loyauté imposé par la morale déborde largement le devoir de loyauté imposé par le droit positif. Ce constat est celui d'une césure, qu'on peut regretter ou louer, entre le droit positif et la morale.

La pensée de Cicéron, dans le livre III du *De Officiis*, montre une parfaite conscience d'une différence qu'on oublie trop souvent: l'homme vertueux ou le philosophe ne pourront se reconnaître dans la *fides bona* telle qu'elle apparaît à l'occasion de nos *iudicia*. C'est ce qu'il souligne, de façon un peu désabusée après avoir évoqué la sentence du père de Caton à propos d'une *actio empti* où il avait condamné le vendeur pour son silence dolosif¹¹⁴³: le droit ne copie pas la règle morale ou l'éthique des philosophes, il ne fait que la rencontrer imparfaitement. Logiquement, si Caton considère que c'est une question de *fides bona* de faire connaître à l'acheteur les vices de la chose vendue et si sa sentence est juste, alors, dit Cicéron, le marchand de blé qu'il a évoqué plus haut¹¹⁴⁴ devrait faire savoir aux acheteurs que d'autres bateaux vont venir les ravitailler, afin qu'ils n'achètent pas tout son blé au plus haut prix; de même le vendeur d'un édifice en réalité assez insalubre dans son intérieur¹¹⁴⁵ devrait aussi le faire savoir à l'acheteur. Pourtant, le droit positif n'appréhende pas ce type de silence dolosif, nous dit-il: *la fides bona* n'est pas un receptacle pour sanctionner toutes les conceptions morales du juge ou des parties.

Cette vision éthique de moraliste se retrouve transposé en poésie, par exemple chez Ovide.

1.1.2.2.2. La vision poétique et mythique de la *fides* comme valeur préjuridique: Ovide et l'Age d'or (B)

¹¹⁴³ *op.cit.* III 67-68 *Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor. Quod si recte iudicavit, non recte frumentarius ille, non recte aedium pestilentium venditor tacuit. Sed huiusmodi reticentiae iure civili comprehendere non possunt; (...)Sed aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias; leges, quatenus manu tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intellegentia.*

¹¹⁴⁴ De Off., III,§50: *Si exempli gratia vir bonus Alexandria Rhodum magnum frumenti numerum advexerit in Rhodiorum inopia et fame summaque annonae caritate, si idem sciat complures mercatores Alexandria solvisse navesque in cursu frumento onustas petentes Rhodum viderit, dicturusne sit id Rhodiis an silentio suum quam plurimo venditurus?*

¹¹⁴⁵ De Off.,III, §54: *Vendat aedes vir bonus, propter aliqua vitia, quae ipse norit, ceteri ignorent, pestilentes sint et habeantur salubres, ignoretur in omnibus cubiculis apparere serpentes, sint male materiatae et ruinosae, sed hoc praeter dominum nemo sciat;*

Le poète augustéen montre un parfait divorce entre *fides* et *leges* en parlant de l'âge d'or¹¹⁴⁶:

L'âge d'or cultivait la *fides* et la rectitude sans loi, c'est-à-dire sans droit¹¹⁴⁷: pas de loi écrite sur des tables de bronze, pas de crainte du juge, pas de *uindex*. En d'autres mots, Ovide semble par ces détails avoir romanisé de manière originale le mythe de l'âge d'or, la *fides* se serait idéalement épanouie avant l'époque prédécevirale!

Ce mythe fait très clairement apercevoir un trait fondamental de la civilisation romaine dans son rapport ambigu à la *fides*: la *fides* peut inspirer le droit mais elle n'est pas conçue initialement comme une valeur protégée par le droit, une *fides* fondatrice de *ius* n'est plus la *fides*; ce serait dégrader cette vertu morale, ce lien, que d'en faire une source directe d'obligations juridiques principales sanctionnées par le droit. Les Romains sont parfaitement conscients de la différence entre ces deux ordres normatifs. Et lorsque la *fides* en vient à être sanctionnée juridiquement, c'est tout l'ordre normatif, non uniquement les actions de bonne foi, qui s'inspire de cette valeur, en même temps que la *fides* s'abîme et se perd dans cette juridicisation.

Les romains peuvent donc à la fois identifier matériellement la *fides* au *ius*, comme opposer formellement la *fides* au *ius*, et cela vient d'une considération très simple: ils n'opposent pas la valeur morale à la règle de droit, ils ne la superposent pas non plus, ils considèrent simplement que ce sont deux plans normatifs tout à fait distincts.

Un symptôme manifeste de cette conception est donné dans l'histoire tourmentée du *fideicommissis*: la charge faite par le testateur de transmettre un bien à un tiers est remise à la *fides* de quelqu'un: elle ne se réclame que du lien de *fides* qui peut unir un testateur et un héritier ou un légataire. Or, justement, cette obligation, ô combien marquée par un rapport de *fides*, n'a jamais reçu de sanction juridique à l'époque républicaine: la *fides* ne pouvait pas engendrer d'*oportere* juridique, alors que la non-exécution du *fideicommissis* par le *fideicommissaire* représente l'une des infractions les plus manifestes à la *fides*. Qui plus est, non seulement on n'a pas jugé bon, pendant longtemps, de faire produire une quelconque conséquence juridique à ce lien, mais lorsqu'on l'a fait, il n'a pas été question de créer un *iudicium in quo additur ex fide bona*, qui devrait être, si l'*oportere* de ces *iudicia* trouvait sa

¹¹⁴⁶ Aurea prima sata est aetas, quae vindice nullo,
sponte sua, sine lege fidem rectumque colebat.
poena metusque aberant, nec verba minantia fixo
aere legebantur, nec supplex turba timebat
iudicis ora sui, sed erant sine vindice tuti.

¹¹⁴⁷ Mais le *fixo aere* semble bien faire référence au tables de la loi: serait-ce qu'Ovide transpose idéalement l'âge d'or à l'époque pré-décevirale?

raison d'être dans la *fides bona*, le moyen de protection juridique le plus adéquat et le plus attendu.

C'est sans doute parce que la clause *ex fide bona* n'est pas un simple hommage à la *fides*, une simple expression (au demeurant surabondante) de la source juridique de l'*oportere*, qui ne serait qu'un miroir de la morale à l'oeuvre dans le *ius*.

1.1.3. : La *fides bona*, une notion technique différente de la morale sociale (Section 3)

L'idée que la *fides bona* serait le fondement juridique de toute l'obligation est largement tributaire d'une hypothèse: la clause *ex fide bona* serait une expression de la morale sociale, simple et accessible à tous: elle représenterait ce champ normatif accessible à l'honnête homme, qui ferait fi de la technicité et du formalisme du droit civil.

Une dernière raison nous conduit donc à penser que la *fides bona* ne peut être perçue comme une source fondant à elle toute seule le lien d'obligation juridique: bien loin d'exprimer une valeur commune bien partagée, un sentiment populaire de la justice que le droit ne ferait que transposer passivement dans une formule, elle a une valeur proprement technique.

La « *fides bona* » représente certes une notion ouverte sur la morale sociale, mais la morale sociale ou l'éthique des philosophes n'en représente pas le substrat, l'essence.

A ce titre un premier constat est à noter: hormis l'expression « *dic bona fide* », l'expression *bona fides/ fides bona* est assez rare dans la langue littéraire classique, là où le terme de *fides* est quant à lui extrêmement fréquent et polyvalent. La *fides* qualifiée de *bona*, ou de *maxima*, ou d'*optima*, et donc susceptible d'évaluation, se réfère alors dans la plupart des cas à la crédibilité et au crédit social de quelqu'un lorsqu'il s'apprête à passer un acte juridique. Le terme est donc, semble-t-il, profondément replié sur l'univers juridique. La jurisprudence le considère-t-elle pour autant comme l'expression d'un sentiment de la justice bien partagé?

Les stratégies argumentatives fondées sur la *fides bona* n'ont pas pour rôle de créer un ordre juridique indépendant et libéré des contraintes de droit matériel du *ius ciuile*: ce qui corrige le *ius ciuile*, c'est avant tout, aux yeux des Romains, le *ius praetorium*.

Nous montrerons donc que les juriconsultes, en établissant un lien entre *fides bona* et l'*aequitas* (I), ne font pas de la *fides bona* une notion naturelle et extrajuridique destinée à

contrecarrer les règles du *ius civile* et opposée aux *apices iuris* (II), et ont conscience d'avoir un monopole sur la notion (III).

1.1.3.1. *Le lien subtil entre bona fides et aequitas (I)*

Il serait tentant de faire de la *fides* une notion en opposition avec le droit civil entendu au sens strict, et ce en tenant compte de son lien avec l'*aequitas*. Puisqu'on conçoit l'*aequitas* comme une notion opposée au *ius*, et puisque la *bona fides* se rangerait plutôt du côté de l'*aequitas*, on en déduirait rapidement que la *fides bona* représenterait le substrat éthique opposé au *ius* qui sous-tendrait la discipline des *iudicia bonae fidei*.

Certes, malgré la brillante étude de Pringsheim¹¹⁴⁸ qui montre la distinction notionnelle entre *bona fides* et *aequum bonum*, il est indubitable que les juriconsultes établissent un lien très fort entre *bona fides* et *aequitas*: on parle souvent d'« *aequitas huius iudicii* », de même une solution fondée à partir de la clause *ex fide bona* sera souvent qualifiée d'*aequissima*. D'ailleurs, Gaius va tellement loin qu'à propos des contrats consensuels protégés par une formule *ex fide bona*, il semble faire référence à l'*intentio ex fide bona* lorsqu'il dit de façon assez surprenante: ***quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet***¹¹⁴⁹.

Ex bono et aequo semble bien substitué à *ex fide bona*¹¹⁵⁰: ce lien est donc évident. Toute la question est de savoir si l'on peut en tirer la conclusion que la *fides*, identifiée à l'*aequum bonum*, serait une notion de justice immédiate, populaire, opposée à l'aspect technique, formaliste et abscond du *ius* entendu au sens strict. Et pour cela, il convient de se demander si l'*aequum bonum* et l'*aequitas* sont vraiment des notions de bon sens immédiat en opposition au *ius*. Car l'*aequum bonum* présente aussi une coloration technique (A.) et c'est la bilatéralité implicite des formules *ex fide bona* qui les rapproche de l'*aequitas* (B.).

1.1.3.1.1. *La coloration technique de l'aequum bonum' (A)*

¹¹⁴⁸ PRINGSHEIM, « *Bonum et aequum* », ZSS 52, 1932. notamment p.96 et sq.

¹¹⁴⁹ *Inst.* III.137. Le texte est au dessus de tout soupçon: il est repris tel quel, sauf bien sûr pour l'*expensilatio*, aux *Institutes* de Justinien III,22, et encore en Dig. 44.7.2.3.

¹¹⁵⁰ La même expression se rencontre chez Gaius, mais avec *ex fide bona* au lieu de *ex bono et aequo*, en Dig. 44.7.5.

L'*aequum et bonum*, ainsi que l'*aequitas*, ne sont pas à comprendre comme des notions qui se réfèrent à un ordonnancement extérieure au droit à strictement parler, ou extérieures mêmes à une partie du droit, mais bien comme immanentes à la science juridique elle-même. C'est ce que montrent tout aussi bien les juristes classiques de manière assez neutre (1°), que les orateurs d'époque républicaine de façon plus caricaturale (2°)

1°L'illustration la plus brillante de cette conception se trouve bien sûr dans la célèbre définition de Celse relatée par Ulpien: « *ius est ars boni et aequi* »(Dig. 1.1.1), et Ulpien fait des prudents des « *sacerdotes* » parce qu'il ont la « *notitia boni et aequi* » (Dig. 1.1.1.1): c'est dire que si l'*aequum bonum* est un objet dont la pleine connaissance est réservée à des « *sacerdotes* » que sont les juristes, c'est qu'elle n'est pas une sorte de sentiment de justice naturel et bien partagé.

En réalité, l'*aequitas* n'est pas une source molle du droit, elle représente un point de vue sur la règle de droit afin d'arriver à son interprétation optimale. Le droit ne s'oppose pas à l'équité pour les jurisconsultes romains classiques, et celle-ci représente une interprétation large face à une interprétation stricte. L'expression assez fréquente « *stricto iure* », opposée à l'*aequitas*, ne doit pas être mécomprise: il s'agit en fait d'une expression elliptique, d'une sorte d'hypallage: il n'y a pas un droit mou face à un droit strict; « *stricto iure* » vaut « *stricta iuris ratione*¹¹⁵¹ ». Il s'agit d'une interprétation stricte de la règle de droit, une « *stricta iuris ratio* », face à une « *aequitatis ratio* », une interprétation équitable de la règle de droit. Ce conflit est considéré comme intrajuridique, il n'est pas un conflit du droit avec l'équité, mais une tension dans l'interprétation d'une règle de droit par les prudents, polarisée par deux méthodes d'interprétation.

2°Cette vision classique se retrouve déjà, mais d'un point de vue d'orateur, chez Cicéron dans le *Pro Caecina*, où la *stricta ratio* est parodiée pour les besoins de la cause.

¹¹⁵¹ Expression qu'on rencontre justement chez Gaius: Gaius III,160: *plerisque placuit, si debitor meus manumisso dispensatori meo per ignorantiam soluerit, liberari eum, cum alioquin stricta iuris ratione non posset liberari eo, quod alii soluisset, quam cui soluere deberet.* A ce titre, « *stricti iuris ratio* », qu'on rencontre dans les textes post-classiques surtout, n'est qu'une hypallage pour *stricta iuris ratio*: mais cette *aequitatis ratio* peut se rencontrer, pour un classique, aussi bien dans le cadre des actions (si mal nommées!) « *stricti iuris* », puisque cet exemple est tiré d'une institution protégée par l'*actio certae creditae pecuniae*. Le III,160 est d'autant plus intéressant qu'il fait un parallèle entre deux interprétations équitables, celle susdite, dans le cadre d'une action dite « de droit strict », et celle, à propos du contrat de mandat, concernant l'exécution du mandat par un mandataire ignorant la mort du mandant.

L'expression « *stricta ratio* » se rencontre encore sous la plume de Papinien 11.7.43, à propos du droit d'utiliser l'*interdictum de mortuo inferendo*, accordé à des sujets de droit qui pourtant n'ont pas le droit suffisant pour établir un *locum religiosum*, par exemple le nu-propriétaire ou l'associé copropriétaire contre la volonté de son copropriétaire.

Tout d'abord, une grande partie du *Pro Caecina* est centrée sur ce conflit entre une interprétation trop littérale de la formule *unde ui* et une interprétation de l'esprit de cet interdit, que défend Cicéron; on y voit bien que l'*aequitas* est opposée souvent, plus qu'au *ius*, aux *uerba*, pris dans un sens trop littéral¹¹⁵². L'*aequitas* est une certaine manière d'interpréter, non pas librement et en suivant son sentiment de la justice, mais, pour pasticher Celse, dans la seule fin d'atteindre la « *uis ac potestas* » de la règle de droit, et non simplement les *uerba*.

Cette opposition, poussée à l'extrême dans le *Pro Caecina* pour les commodités de la cause, est interne au droit comme le montre par deux fois Crassus dans le *De Oratore*:

-d'abord dans la *causa Curiana*: il prend position pour l'interprétation équitable du testament, tandis que Scaevola aurait pris l'interprétation littérale¹¹⁵³.

-le propos de Crassus est encore assez significatif dans le *De Oratore*: il parle des *iudicia maximarum rerum in quibus saepe non de facto, sed de aequitate ac iure certetur*. Il ne faudrait pas penser que *de aequitate* fasse alors référence à des *iudicia* où la seule règle en jeu serait l'équité, tandis que *iure* renverrait aux procès de droit strict. Cette expression *de aequitate ac iure*, renvoie à notre avis à une tension (*certetur*, et non *agitur*) entre interprétation stricte et interprétation large et approfondie de la règle de droit dans un même procès: la solution du litige ne dépend que de l'interprétation d'une règle, ou d'une disposition. C'est ce que semble confirmer le procès entre Sergius Orata et Gratidianus, mentionné par

¹¹⁵² §37 *Iam bene agis; a verbis enim recedis et aequitate uteris.*

§55: *intellegitis enim in eo ipso, si in verbis ius constituamus, omnem utilitatem nos huius interdicti, dum versuti et callidi velimus esse, amissuros(.*) §58 (à propos du mot *familia*) *Qua re, si ad eum restituendum qui vi deiectus est eandem vim habet aequitatis ratio, ea intellecta certe nihil ad rem pertinet quae verborum vis sit ac nomen. Tam restitues si unus servolus, quam si familia fecerit universa; non quo idem sit servolus unus quod familia, verum quia non quibus verbis quidque dicatur quaeritur, sed quae res agatur.(.)Etiam, ut longius a verbo recedamus, ab aequitate ne tantulum quidem, si tuus servus nullus fuerit et omnes alieni ac mercennarii, tamen ei ipsi tuae familiae genere et nomine continebuntur.*

§59 (à propos de *coactis*) *quod etiam si verbo differre videbitur, re tamen erit unum et omnibus in causis idem valebit, in quibus perspicitur una atque eadem causa aequitatis*

§63(à propos de *armatis*)*Verum in his causis non verba veniunt in iudicium, sed ea res cuius causa verba haec in interdictum coniecta sunt(.)Quibus enim rebus plerumque vis fit eius modi, eae res appellantur in interdicto. Si per alias res eadem facta vis est, ea tametsi verbis interdicti non concluditur, sententia tamen iuris atque auctoritate retinetur.*

§66 *in ista defensione accusas eos qui consuluntur, quod aequitatis censeant rationem, non verbi haberi oportere?*

§77 *iuris* (*s-e si haec uox est*), *rem et sententiam et aequitatem plurimum valere oportere, libidinis, verbo ac littera ius omne intorqueri:*

§78 (à propos du grand jurisconsulte C.Aquilius Gallus): (...) *qui iuris ciuilis rationem ab aequitate numquam seiunxerit (...):* il ne faut pas comprendre qu'il y aurait une *aequitatis ratio* face à une *iuris ciuilis ratio*. Pour Aquilius Gaius, l'*aequitas* est une *ratio iuris ciuilis*, un mode d'appréhension du *ius ciuile*.

¹¹⁵³ §53 *Ornate et copiose L. Crassus, homo longe eloquentissimus, paulo ante quam nos in forum venimus, iudicio cvirali hanc sententiam defendit et facile, cum contra eum prudentissimus homo, Q. Mucius, diceret, probavit omnibus, M'. Curium, qui heres institutus esset ita: 'mortvo postvmo filio,' cum filius non modo non mortuus sed ne natus quidem esset, heredem esse oportere. Quid? verbis hoc satis erat cautum? Minime. Quae res igitur valuit? Voluntas, quae si tacitis nobis intellegi posset, verbis omnino non uteremur; quia non potest, verba reperta sunt, non quae impedirent sed quae indicarent voluntatem.*

§67 *Et hoc loco Scaevolam dixisti causam apud cviros non tenuisse; quem ego antea commemoravi, cum idem faceret quod tu nunc—tametsi ille in aliqua causa faciebat, tu in nulla facis—tamen probasse nemini quod defendebat, quia verbis oppugnare aequitatem videbatur.*

Crassus lui-même, plus loin au §178, mais surtout relaté plus amplement par Cicéron au § 62 du livre III du *De Officiis*¹¹⁵⁴, et fondé très vraisemblablement sur la formule de l'*actio empti*. De fait, c'est dans un même procès que Crassus d'un côté plaide pour une interprétation extrêmement stricte de la règle de droit et Antonius, de l'autre, pour une interprétation équitable de cette même règle¹¹⁵⁵. La règle de droit selon laquelle le vendeur doit dire tous les vices de la chose vendue dont il a connaissance, est interprétée strictement par Crassus: Antonius, lui, prétend que cette règle n'a pas de sens dans le cas où l'acheteur a parfaitement conscience des vices de la chose vendue: l'*aequitas* sur laquelle il prend appui représente dans ce cas une interprétation téléologique de la règle de droit: la règle a été posée pour éviter la fraude effective du vendeur.

L'*aequitas* renvoie ainsi d'avantage à une interprétation globale et synthétique de la règle, là où la *stricta iuris ratio* renverrait à son interprétation analytique. Sans doute les orateurs et notamment Cicéron opposent de façon un peu trop caricaturale et polarisée ces deux points de vue sur le *ius*¹¹⁵⁶. Mais l'*aequitas*, prise dans sa valeur axiologique chez les juristes classique, représente la finalité interne de leur science: les classiques ont encore une foi très grande dans le *ius*. Et l'*aequitas* se manifeste comme *summa*¹¹⁵⁷ lorsqu'on interprète les actions de bonne foi.

1.1.3.1.2. *L'aequitas comme comme bilatéralité implicite dans les formules ex fide bona (B)*

On comprendra ainsi que le lien entre *fides bona* et *aequitas* ou *bonum et aequum*, ne prouve pas que la *fides bona* serait une sorte d'ordonnancement normatif émanant de la morale sociale qui se substituerait au *ius*; la *fides bona* impose elle aussi un certain point de vue sur

¹¹⁵⁴ De Off., III, §67: *M. Marius Gratidianus, propinquus noster, C. Sergio Oratae vendiderat aedes eas, quas ab eodem ipse paucis ante annis emerat. Eae serviebant, sed hoc in mancipio Marius non dixerat; adducta res in iudicium est. Oratam Crassus, Gratidianum defendebat Antonius. Ius Crassus urgebat, "quod vitii venditor non dixisset sciens, id oportere praestari", aequitatem Antonius, "quoniam id vitium ignotum Sergio non fuisset, qui illas aedes vendidisset, nihil fuisse necesse dici nec eum esse deceptum, qui id, quod emerat, quo iure esset, teneret". Quorsus haec? Ut illud intellegas, non placuisse maioribus nostris astutos.*

¹¹⁵⁵ Laquelle règle est d'ailleurs elle-même, non pas une règle écrite explicitement, mais constituée et intégrée dans le *ius* par une interprétation constructive de la jurisprudence: Cicéron, De Off., III, §65: *Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poena subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quicquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere.*

¹¹⁵⁶ Mais non systématiquement; cf. Quintilien, Inst, 12,3,6: *Namque omne ius, quod est certum, aut scripto aut moribus constat, dubium aequitatis regula examinandum est.* De façon assez intéressante, Quintilien établit un lien entre *aequitas* et incertitude concernant une règle de droit: la règle d'équité sert à trancher une incertitude juridique, donc à interpréter de façon globale le sens du conflit entre différentes règles.

les règles de droit en jeu dans un procès (règles de droit posées par le préteur, par la loi, l'autorité impériale, la jurisprudence antérieure, peu importe) et sur le sens à donner à la formule.

Tout d'abord, il est à noter significativement que la référence à l'*aequitas* dans les *iudicia bonae fidei* est majoritairement liée à la compensation, une expression assez fréquente étant l'*aequitas compensationis*¹¹⁵⁸. L'opération consiste bien à analyser le rapport global qui lie deux sujets de droit: l'*aequitas* renvoie alors bien plutôt à cette interprétation globale du rapport en cause, et à une égalisation, un équilibrage judiciaire entre deux contrecréances. Ce n'est pas une opération faite en vertu d'un sentiment d'équité opposé au *ius* (d'ailleurs, c'est pour cela qu'elle ne se produit pas *ex dispari causa*, mais uniquement *ex eadem causa*), mais la compensation constitue elle-même une opération d'équilibrage, consistant à prendre un point de vue global sur le rapport juridique litigieux, et à toujours interpréter une règle avec ses contreparties. A ce titre, l'« *aequitas compensationis* » renvoie plutôt à cette opération d'égalisation globale. L'*aequitas* se réfère à ce point de vue global et synthétique¹¹⁵⁹, non à une source faisant concurrence au *ius*: significativement, l'expression « *ius compensationis* »¹¹⁶⁰ est employée tout comme « *aequitas compensationis* ». Sans doute, dans la célèbre phrase de Gaius (III,136) citée plus haut, il faut comprendre que *ex bono et aequo* insiste non seulement sur l'interdépendance et la réciprocité des obligations (déjà exprimée par « *alter alteri* »¹¹⁶¹), mais surtout sur leur capacité à se compenser ou à se mesurer l'une à l'autre, dans le cas de contrats synallagmatiques; à l'inverse, dans le cas des stipulations et des *expensilationes*, que Gaius mentionne ensuite, le rapport est purement unilatéral, et ne réclame donc pas tout autant l'« *aequitas* » entendue comme une approche synthétique des rapports juridiques qui se nouent entre les parties contractantes. Voilà ce sur quoi il insiste de façon explicite en substituant la tournure *ex bono et aequo* à *ex fide bona*: il n'a pas en vue un sentiment naturel de la justice libéré des contraintes du *ius civile*, mais le caractère d'interdépendance et d'équilibrage qui existe de fait entre les obligations générées de part et

¹¹⁵⁷ cf. Tryphoninus Dig. 16.3.31

¹¹⁵⁸ Par exemple CJ.4.31.5, .4.31.6, Dig. 16.2.18

¹¹⁵⁹ A ce titre, il convient de noter que l'*aequitas* en tant que méthode de lecture juridique globale peut s'appliquer tant aux faits, qu'aux rapports juridiques litigieux (d'où compensation *ex eadem causa* par exemple), qu'à la norme juridique elle-même, qui elle aussi doit être interprétée dans sa globalité, et l'on peut faire un parallèle avec la célèbre phrase de Celse: Dig. 1.3.24 Celsus 9 Dig. *Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere.*

¹¹⁶⁰ Par ex. Dig. 16.2.20

¹¹⁶¹ C'est ce qui permet corrélativement à Paul de parler d'*aequitas ipsius iudicii* à propos de la formule de l'*actio communi diuidundo*, qui possède dans sa dernière partie un *quidquid alterum altero* (voir EP³, §81).

d'autre dans les contrats synallagmatiques, par opposition aux obligations unilatérales qu'engendrent les contrats *uerbis et litteris*.

Quoiqu'il en soit, la *fides bona* référée à l'*aequitas* n'est pas un sentiment social spontané de la justice qui court-circuiterait le plan du *ius ciuile*. L'ordre normatif qui sert à corriger le *ius ciuile*, en droit romain, reste le *ius honorarium*, certainement pas la référence à la *fides bona*. La *fides bona* n'est donc pas un sentiment immédiat du juste face à la subtilité, aux *apices* du *ius*.

1.1.3.2. *Ulpian, Dig. 17.1.29.4: la fides bona opposée aux apices iuris? (II)*

Prise hors de son contexte, l'expression d'Ulpian (*de bona fide agitur cui non congruit de apicibus iuris disputare*) semblerait faire de la *fides bona* une notion extra-juridique, simple et accessible à tous, représentant la morale simple et bien partagée, à l'opposé des *apices iuris*, des subtilités du droit: bon sens populaire contre subtilité superflue du droit? Sans doute certains juristes post-classiques ont-ils apprécié dans ce passage, digne de devenir un adage¹¹⁶², cette apparente opposition entre la *fides* comme notion naturelle et simple et la subtilité inutile des règles positives. En réalité, à considérer le long passage des *Disputationes* d'Ulpian où cette phrase est insérée, la teneur de la *fides bona* apparaît tout autre et dévoile toute la technicité de son interprétation, sans qu'il soit besoin d'avoir recours à une hypothèse d'interpolation¹¹⁶³. Le contexte, à savoir, les conditions de l'action contraire de mandat réservée au *fideiussor* (A.), montrent une interprétation casuistique de la portée de l'inhérence de l'exception de dol (B.).

1.1.3.2.1. *Le contexte: les conditions de l'action contraire de mandat réservée au fideiussor (A.)*

Dans ce long extrait en 17.1.29, Ulpian traite d'une question complexe qui a trait au mandat de cautionnement et à l'action contraire du mandataire-*fideiussor* contre le mandant-débiteur

¹¹⁶² GERARD CORNU la cite notamment dans son *Vocabulaire Juridique*, Paris, 2002, p.115.

¹¹⁶³ Que « *apices iuris* » soit un hapax ne prouve rien, bien au contraire: les interpolations sont généralement systématiques (comme *fiducia*=>*pignus*), au moins au sein d'une commission. Le fait qu'il s'agisse d'un hapax prouverait plutôt son authenticité.

principal, dans le cas où le mandataire a été condamné à payer la dette du mandant et veut récupérer la somme payée.

Cette application du contrat de mandat est, à considérer le Digeste, une des plus fréquentes. Toute la difficulté réside en ce que, souvent, le *fideiussor* aurait pu éviter d'être condamné à payer la dette par le jeu d'une exception: à quelles conditions, alors, peut-on dire qu'il a tout de même rempli correctement son mandat et qu'il peut donc réclamer le remboursement de ce qu'il a payé sans se voir opposer son propre dol ou sa négligence? En réalité, dans tout ce passage, Ulpien aborde un des effets propres de la clause *ex fide bona* dans l'action contraire de mandat, à savoir l'inhérence de l'exception de dol: à quelles conditions le mandant sera absout parce qu'il pourra valablement opposer le dol de son adversaire?

Ulpien établit une première distinction, assez simple¹¹⁶⁴: dans le cas où le mandataire-*fideiussor* ignorait l'existence d'un moyen de défense propre à paralyser la demande du créancier, on ne peut lui reprocher de ne pas l'avoir soulevé. Mais s'il savait qu'il pouvait opposer une exception de nature à paralyser la demande, une exception de dol, une *exceptio non numeratae pecuniae*, ou une exception de pacte, alors sa négligence est tellement lourde qu'elle équivaut à un dol exclusif de toute bonne foi et qui paralysera sa demande de remboursement.

Cette règle, une fois posée, doit-elle s'appliquer dans toute sa généralité, à n'importe quel moyen de défense?

1.1.3.2.2. L'inhérence de l'exceptio doli et sa casuistique appliquée au mandataire-fideiussor (B.)

On en arrive au §4: pour le cas de certaines exceptions, par exemple l'*exceptio procuratoria*, on ne peut reprocher au *fideiussor* de ne pas l'avoir invoquée, même s'il en avait connaissance: *Quaedam tamen etsi sciens omittat fideiussor, caret fraude, ut puta si*

M.TALAMANCA, *Bona Fides*, p.251 ss, considère cette phrase avec un certain dédain, comme de la pure rhétorique tout au mieux. Nous ne souscrivons pas, personnellement, à son analyse.

¹¹⁶⁴ Dig. 17.1.29pr. Ulpianus 7 disp.: *Si fideiussor conventus, cum ignoraret non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fideiussionis, an mandati iudicio persequi possit id quod solverit, quaeritur. Et si quidem sciens praetermiserit exceptionem vel doli vel non numeratae pecuniae, videtur dolo versari (**dissoluta enim neglegentia prope dolum est**): ubi vero ignoravit, nihil est quod ei imputetur. Pari ratione et si aliqua exceptio debitori competebat, pacti forte conventi vel cuius alterius rei, et ignarus hanc exceptionem non exercebit, dici oportet mandati ei actionem competere: potuit enim atque debuit reus promittendi certiorare fideiussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum.*

exceptionem procuratoriam omisit sive sciens sive ignarus: de bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus iuris disputare, sed de hoc tantum, debitor fuerit necne.

En réalité, tout cet extrait porte sur l'exigence de bonne foi qui pèse sur le mandataire-*fideiussor* et qui conditionne le succès de son action contraire de mandat, et sur toutes les exigences impliquées par la bonne foi. *De bona enim fide agitur*: depuis le début de cet extrait, il s'agit de définir ce qu'est l'exigence de bonne foi qui s'impose au mandataire prétendant agir par l'action contraire: le mandant pourra invoquer *apud iudicem* le dol ou son équivalent afin de paralyser la demande de remboursement du mandataire. Ulpien fait ici une distinction plus subtile, qui vient doubler la première distinction: la bonne foi implique pour le mandataire-*fideiussor* l'invocation de moyens de défense qu'il connaissait et qui portent sur la possibilité de réclamer la dette, elle n'implique pas que le *fideiussor* invoque toutes les exceptions qui ne tiendraient qu'à la procédure. En effet, il s'est engagé à garantir la dette, à la payer éventuellement, ce qui implique encore tacitement qu'il refuse le paiement si la dette n'est en soi pas exigible; mais il ne s'est pas engagé à assurer indirectement une défense parfaite, complète et méticuleuse lors d'un procès entre lui et le créancier, ni donc à insérer lors de la phase *in iure* toutes les exceptions qui ne tiendraient qu'à la pure procédure: l'exécution de bonne foi de sa prestation n'implique pas la chicane avec le créancier. Aussi n'a-t-il pas l'obligation d'invoquer les *apices iuris*, toutes les subtilités du droit telles qu'une *exceptio procuratoria* ou *cognitoria*, qui ne portent que sur la capacité du demandeur à représenter ou à se faire représenter, et ce alors même que le mandant les lui aurait fait savoir.

Ce texte montre que la *bona fides* n'est pas un concept moral, la morale n'y joue qu'un rôle très faible: si le débiteur principal a fait savoir à son mandant qu'il pouvait bénéficier de l'*exceptio procuratoria*, la morale pourrait tout aussi bien trancher envers la solution inverse, à savoir que le *fideiussor* serait négligent en n'invoquant pas ce moyen de défense, car après tout, le mandant pourrait en tirer un grand bénéfice. La *fides bona* (ainsi que sa contraposée, le dol et tout ce qui y est assimilable) est ce qu'Ulpien cherche justement à délimiter casuistiquement à partir des fins et de l'esprit du mandat de cautionnement: s'il implique certes plus que la simple obligation de faire une stipulation et puis d'éventuellement payer la dette dès qu'elle sera exigée de sa part, s'il implique même un devoir de diligence au cours du procès intenté par le créancier principal contre la caution, si ce devoir de diligence dans la manière d'assurer la défense implique une diligence active durant la phase *in iure* comme l'insertion de certaines exceptions, ce devoir de diligence dans la défense est défini par un critère: il s'agit d'assurer une défense portant sur l'existence et l'exigibilité en soi de la dette

(*debitor fuerit necne*). Tels sont les contours qu'Ulpien donne à la *bona fides* d'un mandataire-*fideiussor* quand à sa défense contre le créancier, au terme d'un long parcours casuistique. Elle est de plus liée au standard d'appréciation dans le contrat de mandat, qui ne peut descendre en deçà de la *diligentia*. Alors, il est évident qu'on ne peut reprocher à un mandataire de ne pas assurer techniquement la défense la plus parfaite qui soit dans un procès avec le créancier. Il suffit que cette défense corresponde à des standards minimaux de diligence, qu'Ulpien cherche à définir concrètement en tenant compte de la clause *ex fide bona*. La notion de *bona fides* n'implique pas le devoir d'une chicane procédurière¹¹⁶⁵.

En bref, ce texte montre un traitement subtil d'un *casus* concernant l'action contraire de mandat. Eu égard au standard de responsabilité qui pèse sur le mandataire dans l'action directe de mandat, et qui est défini par une certaine interprétation de la clause *ex fide bona*, combinée à l'esprit de gratuité qui pèse fortement sur l'institution, à quel titre le mandataire-*fideiussor* peut-il se voir opposer sa propre négligence lorsqu'il intente l'action contraire du mandat?

En bref, ce texte n'a pas pour fonction de présenter la *fides bona* comme une notion de bon sens en parfaite opposition avec le droit strict. Il veut simplement dire que le mandataire n'est généralement pas tenu de ses fautes techniques, mais simplement d'une *culpa lata*, et que l'obligation de bonne foi dans ce cas ne lui impose pas une chicane procédurière: donc il ne se montre pas d'une particulière négligence s'il omet l'insertion d'une exception qui porte seulement sur la représentation du créancier au procès.

Au contraire, la clause *ex fide bona* réclame, pour être appliquée et comprise, tout l'art subtil des distinctions des jurisconsultes classiques: elle n'est pas un concept moral à la portée du premier homme honnête venu, et d'ailleurs, elle ne l'a jamais été, parce qu'elle s'avère être depuis l'époque républicaine, dans son essence, dans sa définition, dans ses conséquences, un monopole des jurisconsultes.

1.1.3.3. *La fides bona, monopole des jurisconsultes (III)*

¹¹⁶⁵ A notre avis, d'ailleurs, la distinction d'Ulpien, entre moyens de défense que le *fideiussor* doit invoquer s'il en a connaissance et moyens de défense qu'il n'a de toute façon pas l'obligation d'invoquer, même en connaissance de cause, est extrêmement nuancée, et même plus nuancée que la simple distinction entre invocation d'exceptions péremptoires et invocation d'exceptions dilatoires: ainsi l'exception de pacte *de non petendo infra certum tempus*, qui est pourtant une exception dilatoire aux dires de Gaius, devra sans doute être invoquée par le *fideiussor* s'il a pris connaissance d'un pareil pacte, au risque de se voir lui-même opposer, dans son procès avec le mandant, un moyen de défense dilatoire.

Nous l'avons vu, l'oeuvre de Cicéron n'hésite pas à célébrer la *fides*, comme un sentiment naturel bien partagé: en philosophe et moraliste, il montre une aisance et une familiarité avec ce concept. Pourtant, la position de Cicéron est tout autre lorsqu'il évoque la *fides bona* en rapport avec nos *iudicia* et l'on sera frappé du contraste: il semblerait que sa signification proprement juridique lui échappe et représente un monopole des jurisconsultes, comme en témoignent deux textes célèbres; d'ailleurs sa révérence envers la notion est bien marquée. Aussi lui-même se réfugie-t-il, pour la définir, derrière la pensée de Quintus Mucius, qui prône, pour ce type d'instance, le choix d'un *magnus iudex* (A.) et en s'adressant à Trébatius, il conseille aux avocats, qui auront affaire à un *iudicium ex fide bona*, de se faire aider de jurisconsultes (B.).

1.1.3.3.1. Les conseils de Quintus Mucius: le choix d'un « *magnus iudex* ». (A)

Dans ce texte que nous ne nous laissons pas de citer¹¹⁶⁶, Cicéron rapporte l'une des plus célèbres pensées au sujet de nos *iudicia*, celle de Quintus Mucius, le plus grand juriste de l'époque tardo-républicaine: même celui-ci n'est pas à même de produire une définition simple de la *fides bona*, mais en revanche, il en tire une conséquence pour le procès: il appartient à un grand juge de statuer dans un pareil *iudicium*. Qu'est-ce, pour lui, qu'un *magnus iudex*? Ce n'est pas, semble-t-il, un homme très moral, très vertueux: si la *fides* représentait le substrat de valeurs éthiques, ou sociales, il faudrait s'adresser avant tout à un homme honnête, vertueux, ou au philosophe, au moraliste; pourtant ce n'est pas ce qu'il a en vue: la clause n'aura pas nécessairement les mêmes effets selon l'action envisagée, d'où le *quid quemque cuique praestare oporteret*: la *fides bona* n'implique pas les mêmes standards de jugement entre l'*emptor* et le *uenditor* qu'entre le mandant et le mandataire, entre le pupille et son tuteur: cela tient aussi à la richesse et au caractère équivoque du terme de *fides bona* qui se répand très largement (*fidei bonae nomen manare latissime*), que Quintus Mucius lui-même semble ne pouvoir définir.

En bref, c'est d'un grand juriste que les parties auront besoin pour apprécier exactement les termes d'un litige exprimé dans une formule *ex fide bona*, et non d'un homme honnête. Cela

¹¹⁶⁶ Off., III.70. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis,

confirme la connotation technique de la notion, qui ne peut être véritablement saisie que par un *magnus iudex*, et non par l'homme vertueux. La connaissance de la morale n'aide pas à juger ce type de procès. D'ailleurs, dans les paragraphes précédents, Cicéron évoque l'*actio empti* intentée par Calpurnius Lanarius contre Quintus Claudius Centumalus¹¹⁶⁷, et qui a été jugée par Caton, le père de Caton d'Utique. Sans doute Cicéron n'invoque-t-il pas la figure de l'homme moral, à travers sa paternité avec Caton, mais a largement conscience que ce Caton vient d'une des plus grandes familles de jurisconsultes du II^{ème} siècle, et qu'il est donc fort probablement un jurisconsulte aguerri comme l'était son oncle.

Ce n'est donc pas pour sa moralité qu'on choisira un juge afin d'interpréter la formule *ex fide bona*. Sans doute exige-t-on des qualités morales de la part d'un juge, mais elles n'ont pas à être davantage développées dans un *iudicium ex fide bona*. On en trouve une confirmation *a contrario* à travers l'ironie de Cicéron dans une lettre à Trebatius¹¹⁶⁸. Cicéron moque amicalement son ami juriste au sujet de sa conversion à l'épicurisme, et du repli sur soi que cela implique, et qui nuirait à sa capacité à statuer: aussi enchaîne-t-il les jeu de mots sur le *iudex qui litem suam fecit*, sur la clause « *ut inter bonos bene agier oportet* », sur l'*actio communi diuidendo*. Mais ne nous y trompons pas, cette lettre est un trait d'esprit, et de surcroît montrerait que la vertu morale n'est pas le fait spécifique d'un *iudex* qui statuerait sur une formule *ex fide bona* ou sur celle qui s'en rapproche.

À l'époque où écrit l'Arpinate, la connaissance de ce qu'implique la clause relève à proprement parler de la science du droit, et c'est encore pour cette raison que Cicéron conseille, dans un ton plus sérieux, aux avocats de se faire aider d'un jurisconsulte dans les procès programmés par une formule *ex fide bona*.

1.1.3.3.2. Les conseils de Cicéron : l'aide d'un grand juriste pour les avocats (B)

venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.

¹¹⁶⁷ De Off, III, §66: *Itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscrispisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit QUICQUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater (ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus)is igitur iudex ita pronuntiavit, cum in vendendo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere.*

¹¹⁶⁸ Ad Fam., 7,12: Scr. Romae (ante m. Martium) a.u.c. 701. CICERO TREBATIO. *Mirabar, quid esset, quod tu mihi litteras mittere intermississes: indicavit mihi Pansa meus Epicureum te esse factum. (...) Sed quonam modo ius civile defendes, cum omnia tua causa facias, non civium? Ubi porro illa erit formula fiducia: VT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET? quis enim bonus est, qui facit nihil nisi sua causa? Quod ius statues COMMVNI DIVIDVNDO, cum commune nihil possit esse apud eos, qui omnia voluptate sua metiuntur?*

L'économie d'un célèbre passage de Cicéron extrait des *Topiques*, adressés à Trébatius, montre indirectement toute l'apparence technique et obscure de la clause *ex fide bona* aux yeux des jurisconsultes¹¹⁶⁹.

Les jurisconsultes aident grandement les avocats dans leurs plaidoiries dès lors qu'il s'agit de *iudicia priuata maximarum rerum*, des procès portant sur les plus grandes affaires, nous dit Cicéron, car selon lui les *iudicia*, du moins ceux concernant les très grandes causes (*maximarum quidem rerum*) résident dans leur science et expérience du droit (*prudentia*)¹¹⁷⁰. Il dit alors que c'est pour cette raison (*igitur*) que les avocats doivent avoir des jurisconsultes sous la main (*parati eis esse debent*: « les jurisconsultes doivent être pour eux sous la main ») dès lors qu'il s'agit de *iudicia in quibus ex fide bona est additum*. On en déduit aisément que les *iudicia in quibus additur ex fide bona* sont des *iudicia priuata maximarum rerum*.

Si l'on compare ces propos à ceux de Crassus en *De Or.* I (1°), on comprendra que dans l'extrait des *Topiques*, la *fides bona* est pour Cicéron une notion aux contours purement jurisprudentiels (2°).

1° Il est déjà assez étonnant de voir que pour illustrer son propos, à savoir l'utilité du jurisconsulte pour l'orateur, il ne choisisse pas une vieille question de *ius civile* dont les fondements seraient en eux mêmes chargés de technicité parce qu'ils découleraient du *ius civile* originaire monopolisé par les jurisconsultes du collège des Pontifes, comme l'*actio finium regundorum*, ou une *petitio hereditatis*. Ce dernier exemple pourrait d'autant plus facilement lui venir à l'esprit qu'il choisit, pour exprimer l'aide des jurisconsultes, une métonymie concernant les *hastae*, placées devant le tribunal des centumvirs, et symboles de la procédure du *sacramentum* seule utilisable pour aller devant cette formation de jugement: il avait d'ailleurs déjà prêté à Antonius la métaphore¹¹⁷¹.

A ce titre, il convient de se souvenir du dialogue entre Antonius et Crassus au livre I du *De oratore*, portant sur la question de savoir si le bon orateur devait avoir ou non une bonne

¹¹⁶⁹ *Topiques*, 65-66. *Privata enim iudicia maximarum quidem rerum in iuris consultorum mihi videntur esse prudentia. Nam et adsunt multum et adhibentur in consilia et patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugientibus hastas ministrant. In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum, ubi vero etiam ut inter bonos bene agere oportet, in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est quod eius aequius melius, parati eis esse debent. Illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset ei cuius ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset, eumve cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt.*

¹¹⁷⁰ Personnellement, nous pensons que Cicéron a en vue tant l'aide effective et concrète d'un jurisconsulte, que la lecture des oeuvres des jurisconsultes.

¹¹⁷¹ *De Oratore*, I, §241: *in eo autem iure, quod ambigitur inter peritissimos, non est difficile oratori eius partis, quamcumque defendet, auctorem aliquem invenire; a quo cum amentatas hastas acceperit, ipse eas oratoris lacertis viribusque torquebit.*

connaissance technique du *ius ciuile*: lorsque Crassus s'insurge contre les orateurs qui connaissent peu ou mal le *ius ciuile*, il fait lui aussi référence, avant de mentionner les causes centumvirales, aux *iudicia priuata magnarum rerum in quibus saepe non de facto, sed de aequitate ac iure certetur*,: cette désignation semble représenter les grandes causes privées à l'exclusion justement des causes centumvirales¹¹⁷², mais recouvre sans nul doute, elle aussi, vu la similitude d'expressions, les *iudicia in quibus additur ex fide bona*¹¹⁷³.

Pour ensuite développer et illustrer le propos, entre les § 173 et 184 du *De Oratore*, Cicéron prête de nombreux exemples à Crassus, essentiellement liées aux procès centumviraux, pour montrer que la connaissance du droit civil est nécessaire à l'orateur, là où Antonius pense qu'il lui suffit de s'aider d'un jurisconsulte: ce sont des points de droit extrêmement techniques qui ont partie liée à l'ancien *ius ciuile*¹¹⁷⁴. Ces points de droit, Cicéron connaît les difficultés qu'elles provoquent, il en a d'ailleurs déjà évoqué certaines tout au long des *Topiques*, avant d'arriver au texte qui nous intéresse.

Mais cette fois, dans notre extrait des *Topiques*, pour illustrer la technicité qui réclame l'aide d'un jurisconsulte, il préfère choisir les *iudicia in quibus additur ex fide bona*, comme s'il reprenait le propos de Crassus, mais en orientant autrement l'illustration de son propos, à savoir l'absolue nécessité pour un orateur de s'aider, dans certains cas, de jurisconsultes. Donc, choisir à titre d'illustration les *iudicia in quibus additur ex fide bona*, c'est dire implicitement que ces procès n'ont rien à envier, en termes de technicité, aux procès fondées sur l'ancien *ius legitimum*.

Et il est étonnant que la *copia* des orateurs ne se suffise pas à elle-même et doive reposer sur la science des jurisconsultes si la *fides bona* est une notion morale accessible à tous, un sentiment populaire de la norme sociale apte à être comprise de tous et par là même fondatrice d'une obligation. On comprend aisément pourquoi des points absconds comme le *ius postliminii*, les interprétations pontificales du droit gentilice ou les règles formalistes de l'exhérédation nécessitent une grande science du droit civil, ou du moins l'aide d'un prudent;

¹¹⁷² *De Oratore*, I, 173: *nam volitare in foro, haerere in iure ac praetorum tribunalibus, iudicia privata magnarum rerum obire, in quibus saepe non de facto, sed de aequitate ac iure certetur, iactare se in causis centumviralibus, in quibus usucapionum, tutelarum, gentilitatum, agnationum, adlutionum, circumlutionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum, testamentorum ruptorum aut ratorum, ceterarumque rerum innumerabilium iura versentur, cum omnino, quid suum, quid alienum, qua re denique civis aut peregrinus, servus aut liber quispiam sit, ignoret, insignis est impudentiae.*

¹¹⁷³ *De Oratore* I, §173.

¹¹⁷⁴ Ainsi Crassus évoque-t-il encore par des exemples concrets les règles concernant l'exhérédation des enfants au §175, les règles gentilices au §176, la succession testamentaire de l'individu exilé à Rome, client d'un romain et mort ab intestat au §177 l'interprétation des *leges mancipi* concernant les servitudes au §178, la substitution testamentaire dans la célèbre *causa curiana* au §180, le *ius postliminii* au §181, les procès en liberté, §183.

mais pourquoi, au même titre, avoir besoin d'un prudent pour comprendre le sens de la clause *ex fide bona* si elle représentait une sorte de morale naturelle?

2° On comprend que ce serait là un faux paradoxe, car Cicéron nous donne lui-même l'explication: *illi fidem bonam tradiderunt*. Non seulement la *fides bona* représente un monopole des juriconsultes, mais il semble qu'elle l'ait toujours été, et qu'ils s'en soient transmis entre eux la signification (*tradiderunt*). Elle a donc peu de chance d'être un sentiment de la justice bien partagé, accessible à l'homme moral et capable de fonder à lui tout seul une obligation. Non seulement Cicéron, pourtant ancien préteur, est frappé par sa technicité, ce qui montre qu'à son époque la fonction de la clause n'a rien à voir avec la morale sociale, mais il nous signifie qu'elle l'a toujours été.

C'est un concept foncièrement technicisé, ce qui explique son opacité originaire, ce qui explique le refus de Cicéron de se risquer lui-même à une définition, d'autant qu'il écrit à un juriconsulte réputé, Trébatius, qui ne pourrait prendre au sérieux une idée trop philosophique, ou trop éthique de la « *fides bona* », vu qu'il connaît ses conséquences techniques sur le procès.

D'ailleurs, elle est là encore connotée techniquement et associée aux différentes méthodes d'évaluation des rapports d'obligation, dans le mandat, dans la société, etc., et ce tant dans l'action directe que dans l'action contraire, semble-t-il, donc implicitement associée au problème de la demande reconventionnelle et de la compensation.

Le contraste entre *fides* et *fides bona* est alors saisissant. Pour la première, Cicéron donnait hardiment une définition dès le début du *De Officiis*, comme *dictorum conventorumque constantia et ueritas*¹¹⁷⁵. En revanche, il doit reconnaître que sa définition ne sert pas à grand chose pour comprendre le sens et la fonction de la clause *ex fide bona* et préfère renvoyer le soin de la définir aux prudents. Il n'a pu produire une définition claire et simple de la notion en se réfugiant dans la pensée de Mucius (« *fidei bonae nomen manare latissime* »), et il ne peut que renvoyer à ce qu'en disent les juriconsultes. Pourquoi un pareil mystère sur cette clause si elle représentait la source « morale » de l'*oportere*?

Elle apparaît plutôt comme le pivot sur lequel s'articule un mode de contrôle judiciaire original, comme un instrument d'interprétation des obligations entre les parties; plus qu'en termes de fondements, il faut la comprendre en mesurant ses effets dans le procès, et l'on comprend alors qu'elle représente, du point de vue de l'instance, un programme de contrôle

¹¹⁷⁵ *De Off.1.23: Fundamentum iustitiae iudes, id est dictorum conventorumque constantia ac ueritas.*

judiciaire original et approfondi. Pour la comprendre, il ne faut pas raisonner en termes de fondements de l'obligation ou de l'action, mais bien plutôt en termes de pouvoirs du *iudex*.

1.2. Chapitre Second. La clause *ex fide bona*, un standard de jugement diplomatique et euphémique

Pourquoi les formules de bonne foi possèdent-elle une clause *ex fide bona*?

Si ce n'est ni selon nous pour soutenir, à titre réel ou artificiel, l'emploi du verbe *oportere*, ni pour souligner qu'il n'avait pas la consistance d'un véritable *oportere* civil, ni pour justifier qu'il était civil en vertu non de la loi, mais de la morale, on ne voit pas quel intérêt les prêteurs ont eu à rédiger ainsi ces formules. A notre avis, la rédaction des formules à *demonstratio* à *intentio incerta* et avec clause *ex fide bona* procède d'une double préoccupation, d'ordre procédural et d'ordre socio-juridique.

C'est un standard de jugement qui sert à conférer une marge d'appréciation maximale au *iudex*, essentiellement pour tenir compte, dans son appréciation de la cause, des suites du litige au cours de l'instance: elle lui confère ainsi, à l'instar des clauses arbitraires, un *liberum arbitrium*, une *facultas*, un *liberum officium*. Et si telle est la forme qu'on prises ces formules, c'est parce qu'elles nécessitaient d'être rédigées de la manière la plus euphémique et diplomatique qui soit: les parties au procès sont bien souvent des proches liés par une *societas uitae*, et l'*honor*, la *reuerentia* tolère mal que des proches lient un contentieux par une formule aux paroles offensantes.

C'est pourquoi la clause *ex fide bona* représente un standard de jugement destiné à amplifier les pouvoirs du *iudex* (Section 1), mais choisi à des fins euphémiques (Section 2).

Section 1: un standard de jugement à l'adresse du *iudex*

Section 2: un standard de jugement choisi à des fins euphémiques

1.2.1. Un standard de jugement modifiant l'office du 'iudex' (Section 1)

Dire qu'un élément de la formule est à l'adresse du iudex apparaît comme une tautologie et une trivialité: tout élément de la formule est à l'adresse du iudex. Toutefois, nous l'avons vu, certains termes se réfèrent à la *ueritas* de l'obligation, d'autres davantage à l'*officium iudicis*; cette distinction se fonde en procédure formulaire sur la division simple entre *partes formularum*, *intentio iuris*, et *condemnatio*; mais elle en représente une formalisation plus subtile, en ce qu'un élément proche de l'*intentio* peut toutefois se référer de manière privilégiée à l'*officium iudicis*: ainsi, une clause restitutoire simplement coordonnée à l'*intentio*, ne fait pas partie de la *condemnatio* et se réfère pourtant à l'*officium iudicis*.

Cette distinction n'est donc pas triviale et l'on peut dire que certains termes se réfèrent particulièrement à l'office du juge et ne prennent tout leur sens que par rapport à ses pouvoirs durant l'instance *apud iudicem*, qui se finit par une condamnation ou une absolution. L'*officium iudicis* concerne particulièrement ses pouvoirs sur les événements survenus en cours d'instance, après la *litis contestatio*: plusieurs textes montrent que l'*officium* et l'*arbitrium iudicis* s'expriment alors dans toute leur intensité¹¹⁷⁶. Or la notion de *iudicium bonae fidei* appelle presque automatiquement chez les jurisconsultes la question de l'*officium iudicis*. Dans deux passages très célèbres, cet *officium* est défini par Gaius comme *liberum*¹¹⁷⁷.

En quoi alors la clause *ex fide bona* définit-elle un *liberum officium iudicis*?

-Il est assez simple de voir, dans un premier temps, en quoi la clause *ex fide bona*, prise intrinsèquement, le rend *liberum*: comme tout standard de jugement, sa

¹¹⁷⁶ Dig. 3.3.73 Paulus I.S. de off. adsess.(...) *sed hoc constat, ut ante litem contestatam praeses iubeat in aede sacra pecuniam deponi: hoc enim fit et in pupillaribus pecuniis. quod si lis contestata est, hoc omne officio iudicis dirimendum est.* Dig. 21.1.25.8 Ulpianus 1 ad ed. aedil. curul. (...) *ceterum post iudicium acceptum tota causa ad hominem restituendum in iudicio versatur, et tam fructus veniunt quam id quo deterior factus est ceteraque veniunt: iudici enim statim atque iudex factus est omnium rerum officium incumbit, quaecumque in iudicio versantur: ea autem quae ante iudicium contingunt non valde ad eum pertinent, nisi fuerint ei nominatim iniuncta.* Dig. 21.1.31.13 Ulpianus 1 ad ed. aedil. curul. *Sed hoc dicemus, si ante iudicium acceptum decessit: ceterum si post iudicium acceptum decessisse proponatur, tunc in arbitrium iudicis veniet, qualiter mortuus sit: ut enim et pedio videtur, ea, quaecumque post litem contestationem contingunt, arbitrium iudicis desiderant.* Quel était le sens de cette phrase pour Pegasus? Était-il un fauteur de la position sabinienne, à savoir que toute formule, même sans clause restitutoire, est absolutoire?

¹¹⁷⁷ *Inst.* IV.63 et 115.

référentialité est nécessairement variable, et offre au juge un pouvoir d'appréciation discrétionnaire de ce qui est qualifiable de *bona fides* ou de conformité à la *bona fides*. Elle est même assumée comme telle: « *fidei bonae nomen manare latissime* ».

-Mais elle infléchit et définit son *officium*: elle a une fonction éminemment processuelle en ce qu'elle lui impose, à titre de principe, de tenir compte le plus largement possible d'un élément supplémentaire, de la *bona fides*, tant quant au montant que quant au principe de la condamnation.

Ainsi, même s'il est *liberum* (sous-section 1) parce qu'il est défini par un standard de jugement non saturé, son *officium* (sous-section 2) est de tenir compte d'un paramètre supplémentaire dans le principe et le montant condamnation.

Sous-section 1: « *liberum* »: l'expression d'un standard de jugement non saturé

Sous-section 2: « *officium* »: un paramètre supplémentaire dans le principe et le montant de la condamnation

1.2.1.1. «*Liberum*»: un standard de jugement non saturé (Sous-section 1)

Si une simple analyse sémantique de la *fides* montre qu'elle reste concrètement une formule en blanc (A.), l'analyse intrinsèque de *ex* et de *bona* démontre avant tout son aspect paramétral et heuristique (B.)

1.2.1.1.1. Les termes de la clause, caractéristiques d'un standard de jugement (I)

La notion de standard de jugement est une notion récente, apparue dans la doctrine du Xxème siècle, et qu'il convient de manier avec prudence. Elle vise des termes juridiques qui sont caractérisés par leur indétermination et qui laissent un large pouvoir d'appréciation à l'autorité chargée d'appliquer une norme. Bien entendu, une norme manifeste toujours dans son expression une part d'indétermination et chacun de ses termes est soumis à une interprétation; dès lors, la notion de standard serait tautologique ou triviale, notamment en droit romain, où chaque terme est l'objet d'une interprétation. Toutefois, un standard de jugement manifeste quelques particularités notables: la principale est que son indétermination n'est pas perçue comme un moindre mal, mais comme un plus grand bien; voire, elle est une indétermination consciente et assumée, qui consiste à assouplir volontairement l'interprétation et l'exécution de la règle de droit selon le cas considéré, par la mention d'un signifiant qui déborde le champ juridique.

La clause *ex fide bona* représente selon toute vraisemblance un standard de jugement.

Les termes de la clause, caractéristiques d'un standard de jugement (I), assurent à la clause une double fonction, à la fois « normative » et « qualificative » (II).

1.2.1.1.1.1. L'analyse sémantique de la *fides*: une *Leerformel* (A.)

Si la *fides* renvoie originairement à une valeur bien précise de garantie-protection (1.), l'analyse sémantique manifeste ses limites pour comprendre la clause *ex fide bona*, où le terme est sans doute davantage employé dans une perspective axiologique (2.)

1. la signification originaire de la *fides* comme garantie-protection.

Conformément aux analyses de Fraenkel¹¹⁷⁸, de Heinze¹¹⁷⁹, nous considérons que « *fides* » a tout d'abord un sens objectif qui est associé au crédit, à la crédibilité sociale, à la fiabilité, et qu'il semble avoir pris, plus ou moins tôt, par un procédé métonymique, le sens subjectif de « confiance » représenté tout d'abord essentiellement par son dérivé « *fiducia* ». Originairement, la *fides* serait donc l'hypostase de tout ce qui crée le crédit d'une personne, et nous nous rangeons, à cet égard, à l'hypothèse de R. Fiori¹¹⁸⁰. Un texte significatif de Plaute l'illustre parfaitement, lorsqu' on demande à Euclion sa fille en mariage¹¹⁸¹.

1° Un examen sémantique adéquat de la *fides* peut en premier lieu être opéré à partir de ses emplois en coordination: cette façon de dédoubler le mot permet de circonscrire dans une certaine mesure les champs lexicaux auxquels il est susceptible d'appartenir, et donc par là même de délimiter son champ sémantique.

La *fides* semble être cet élément extrapatrimonial qui constitue le crédit dont jouit une personne, et qui peut lui servir de garantie. Elle représente une sorte de garantie extrapatrimoniale, qui lui sert à lui ou qu'il peut interposer pour d'autres personnes. Comprendons bien que la *fides* n'est pas une vertu abstraitement considérée, comme dans son dérivé « *fidelitas* »; elle est, comme l'âge, la naissance, une part personnelle et concrète de l'individu, en tant qu'il est nécessairement pris dans des rapports sociaux. Significativement, il s'agit d'un substantif qui, au moins au sein de la langue latine, apparaît comme primaire et non dérivé, mais dont dérivent, directement ou indirectement, de nombreux mots..

¹¹⁷⁸

¹¹⁷⁹ « *Fides* » Hermès, 1929

¹¹⁸⁰ RHD, 2010

¹¹⁸¹ Aul. 212-214: MEG. *Dic mihi, quali me arbitrare genere prognatum? EVCL. Bono. M. Quid fide? E. Bona. M. Quid factis? E. Neque malis neque impro*MEG. *Aetatem meam scis? EVCL. Scio esse grandem, item ut pecuniam*

A ce titre, cinq types d'associations assez fréquents sont à souligner:

-un rapport d'opposition avec *res*, ou avec *fortuna*: une personne possède comme garantie propre sa *res* et sa *fides*, qui sont à cet égard les deux constituants de sa crédibilité. L'opposition est particulièrement frappante chez Plaute¹¹⁸², mais se rencontre encore fréquemment ailleurs¹¹⁸³. Une association assez intéressante est celle avec l'*auspiciu*¹¹⁸⁴, comme élément fondamental du crédit d'un chef militaire.

-elle est associée au champ lexical des qualités de stabilité et solidité: *uirtus*¹¹⁸⁵, *constantia*¹¹⁸⁶, *continentia*¹¹⁸⁷, *grauitas*¹¹⁸⁸, *auctoritas*¹¹⁸⁹, *aequitas*¹¹⁹⁰, *integritas*¹¹⁹¹.

-Dans le même ordre d'idées, elle est facilement associée à l'idée de puissance: *fides ac potestas*, *fides ac imperium*. La solidité « sociale » d'une personne va de pair avec une certaine prestance qui lui confère de la puissance. On se souviendra de la célèbre remarque de Polybe¹¹⁹² concernant la *deditio in fidem* des Etoliens, où il souligne que ce peuple n'avait aucune idée du sens du mot *fides* pour les Romains, et que *uenire in fidem*, c'est s'en remettre à la tutelle du plus puissant.

-elle est associée très facilement au champ lexical de la réputation: *fama*, *gratia*, *dignitas*¹¹⁹³, *decus*¹¹⁹⁴

¹¹⁸² Plaute: Curc. 504 (à propos de celui qui traite avec un leno): *odio et malo et molestiae, bono usui estis meo, vobiscum quisquam in foro frugi consistere aequo constitit, culpant eum, conspicitur vituperatur, eum rem fidemque perdere, tam etsi nil fecit, aiunt*. Epid. 220: EP. *Cum illa quam tuos gnatus annos multos deamat, deperit tibi fidemque remque seque teque properat perdere*; Menaech. 576: *clientes sibi omnes volunt esse mulierum an mali sint, id haud quaeritant; res magis quaeritur quam clientum fidemque modi clueat*. Most 144: *continuo pro imbre amor aduenit usque in pectus permanavit, perma defecit cor meum. nunc simul res, fides, fama, virtus, de deseruerunt*: ego sum in usu factus nimio nequior. Truc 45: *si semel amoris poculum accepit intra pectus se penetravit potio, ex templo et ipse perit et res et fides*. Truc 58: *atque haec celamus nos clam magna industria quom rem fidemque nosque nosmet perdimus, qui parentes neu cognati sentiant*; Trin. 273: *boni sibi haec expetunt, rem, fidem, honorem gloriam et gratiam hoc probis pretiumst*. Aul. *Velim te arbitrari med haec verba, frater, mei fidei tuae rei causa facere, ut aequum est germanam sororem*.

¹¹⁸³ Ennius, Ann. 338 *Ille vir haud magna cum re, set plenus fidei*. Cicéron, Cat. 2.10: *Patrimonia sua profuderunt, fortunas suas obligaverunt; res eos iam pridem deseruit, fides nuper deficere coepit*. Pro Cael. 78: *hominem sine re, sine fide, sine spe, sine sede, sine fortunis, ore, lingua, manu, vita omni inquinatum*, Pro Rab. 4: *nec interea locupletare amicos umquam suos destitit, mittere in negotium, dare partis, augere re, fide sustentare*. Pro Rab. 43: *sed experientia patrimoni amplificandi labentem excepit, corruere non sivit, fulsit et sustinuit re, fortuna, hodieque sustinet nec amicum pendentem corruere patitur*; ad fam. 6.10.1: *hoc iis singulis saepe dixi, quacumque re possem, me tibi et liberis tuis satisfacere cupere, idque tu ad tuos velim scribas, haec quidem certe, quae in potestate mea sunt, ut operam consilium, rem fidem meam sibi ad omnes res paratam putent*. Ad fam. 13,69,1: *Itaque, si quid aut mihi aut meorum cuipiam in Asia opus est, ad hunc scribere consuevi, huius quom opera et fide, tum domo et re uti tamquam mea*. ad Att. 5,8,3: *statues ut ex fide, fama reque mea videbitur*. Salluste, Jug. 73,6: *Denique plebes sic accensa, uti opifices agrestesque omnes, quorum res fidesque in manibus sitae erant*; epis. Pomp. 9: *ego non rem familiarem modo, verum etiam fidem consumpsi*. Sénèque De Ben, 1, 2, 4: *Alium re, alium fide, alium gratia, alium consilio, alium praeceptis salubribus adiuvata*.

¹¹⁸⁴ S.C. de mense aug (Macrobe, saturn. 1,12,35)

¹¹⁸⁵ Terence, Ad.,442, Cicéron, Pro Sest. 68, Ad fam.11,2,2; Tacite 3.38.

¹¹⁸⁶ Cicéron Pro Quinct. 5, Parad. 16, Phil. 12,30, , ad Att. 4,19,1, Ad fam. 11,29,2; Tite-Live, 34,58,11.

¹¹⁸⁷ Cicéron, pro domo 23

¹¹⁸⁸ Cicéron Sull.82, Phil. 8,19, Phil 9,10, Ad fam 1,7,7

¹¹⁸⁹ Cicéron Flacc. 21; Sest 139; har resp. 14; mais surtout, une association aux auctores: Salluste jug 17,7; Sénèque, apol.5; nat. 4,3,1;

¹¹⁹⁰ Cicéron Deiot. 7, Cluent. 81, 159 off.2,27 lael 19, rep 1,55; de fin 2,76; 1.86.

¹¹⁹¹ Cicéron Pro Lig. 2, Liv 25,40,1

¹¹⁹²

¹¹⁹³ Cicéron, ad fam 13,32,2 ad Att. 9,7a,2 ; Tite-Live, 36,26,3; Tacite Ann.1,11

-Elle est ainsi coordonnée souvent à un substantif exprimant le lien: *fides et amicitia*¹¹⁹⁵, *fides et societas*¹¹⁹⁶, *fides et necessitudo*¹¹⁹⁷, *fides et clientela*, *fides et amor*. Elle représente une part personnelle et concrète de l'individu, mais est nécessairement fondée sur un rapport intersubjectif ou sur la possibilité d'un rapport intersubjectif. Ce trait est d'autant plus vraisemblable en vertu de sa racine, **bheidh*, qui paraît être une racine verbale exprimant le lien. On pourrait hypothétiquement se demander si « *fides* », en tant que formation avec un suffixe essif *-e-*, n'est pas une construction qui signifierait originellement « ce qui permet de se lier autrui et de se lier à autrui », ou du moins la part concrète de l'individu qui lie ou qui se lie.

La *fides* d'un individu représente dès lors une capacité de garantie, pour soi-même ou pour autrui. Pour autrui notamment, cela se manifeste notamment dans le domaine du cautionnement, ou la dette est « *fide mea* », où l'on ordonne que la dette soit *fide sua*; Cette expression se rencontre encore plus librement chez les comiques, ainsi, Plaute, *Capt.* 351 et 432, ou Pseud.316. Une opposition manifeste particulièrement l'idée de garantie: l'opposition entre *fides* et *pignus* comme deux éléments de garantie¹¹⁹⁸.

La possibilité de garantie pour autrui s'accorde parfaitement avec l'appartenance de la *fides* au champ lexical des vertus et des actes altruistes, qui colorent la *fides* d'une dimension protectrice:

fides et officium, *fides et diligentia*¹¹⁹⁹, *fides et industria*, *fides et religio*, *fides et pietas*, *fides et humanitas*, *fides et benevolentia*, *fides et mansuetudo*¹²⁰⁰, *fides et misericordia*, *fides et clementia*, *fides et fidelitas*. La dimension protectrice est elle encore renforcée dans un grand nombre de coordinations courantes: *fides et tutela*, *fides et clientela*, *fides et auxilium*, *fides et praesidium*.

Résumons jusqu'ici: la *fides* a une dimension de sûreté, de pouvoir, et de protection.

2° Considérons à présent certains de ses emplois comme complément de verbe. Cette dimension protectrice selon laquelle on s'en remet à la *fides* de quelqu'un et au souci

¹¹⁹⁴ Plaute, *Most.* 144

¹¹⁹⁵ Cicéron *Verr.*3,2; 6,83; 6,124; *epist.*13,16,2; César 6.4.2;

¹¹⁹⁶ Tite-Live 25,15,16; 21,19,11; 25,16,14. Ennius, *scaen.*405;

¹¹⁹⁷

¹¹⁹⁸ Ov, *met* 12,365.

¹¹⁹⁹ Cicéron *div in Caec* 67; *Verr.* 1,34 2.19.135, *ad fam* 3,9,4 12.23.4 *de or* 2,192 ; Quintilien, *inst. praef.* 3 *Plin* 2,5,3 8,6,10. C'est une des associations les plus fréquentes

qu'il a de préserver sa *fides*, se manifeste particulièrement dans certaines expressions: *rem fidei alicuius mandare, committere; fidei tuae credere*; plus encore, *se dedere/uenire in fidem alicuius, in fide alicuius esse*; on entre ou l'on confie quelque chose à la puissance et à la garantie protectrice de quelqu'un.

L'aspect protecteur de la *fides* est particulièrement net dans l'expression *fidem implorare, fidem inuocare, obsecrare*: on invoque la *fides* de quelqu'un (des dieux, des hommes, du peuple romain, de la plèbe etc.) pour qu'il nous aide (soit parce qu'on est déjà *in fide eius*, soit pour venir *in fidem eius*), ou pour qu'il nous protège, ou nous apporte son crédit dans ce qu'on dit (notamment *fidem obtestari*).

Bien entendu, elle oblige celui qui interpose sa *fides*. L'aspect de « crédit » et de garantie dont on jouit est aussi particulièrement visible dans certaines expressions très fréquentes: *fidem obligare; fidem liberare*, montre encore qu'on peut parler de sa *fides* comme d'une sûreté au même titre que d'un *pignus*. *Fidem soluere*; etc.; *fidem interponere, fidem liberare*.

L'expression *fidem interponere* montre bien comment la *fides* est à la fois un élément de garantie, et un élément plus large de protection: l'expression représente l'équivalent d'un cautionnement, mais tout autant l'idée d'un patronage ou d'une protection expresse qu'on accorde à quelqu'un.

En tant que garantie, en tant que quasi-sûreté, en tant que protection, elle représente un potentiel qui peut faire l'objet d'une prestation, d'une exécution : *fidem praestare, exsoluere*.

Cette aspect actualisable de la *fides* est ce qui métonymiquement la rend par contrecoup susceptible d'une évaluation: l'emploi des qualificatifs est assez significatif; pour l'évaluer négativement, les adjectifs qui la qualifient appartiennent au champ lexical de la labilité, de l'inconstance, de la versatilité, de la légèreté, de l'absence de poids. Les adjectifs souvent employés sont *fluxa, uana, fluitans, liquida*, on a créé un composé possessif *levifidus*. La *fides* s'associe dès lors naturellement à la stabilité, à la permanence d'une attitude, à la solidité d'une position.

Cela confirme que la *fides* est pensée comme un attribut concret de sécurité, de solidité, de stabilité, qui en fait une garantie protectrice. Naturellement, bon nombre d'expressions sont une manière flatteuse d'implorer l'aide de quelqu'un: se référer à la

fides de quelqu'un, c'est le convoquer en insistant sur le crédit dont il jouit, et le pousser à être magnanime¹²⁰¹.

Toutefois, la *fides* peut en venir à représenter la solidité du lien lui-même, en recevant des compléments du nom: par exemple pour l'*amicitia*¹²⁰²; pour la *societas*¹²⁰³ mais aussi pour le *foedus*, les *indutiae*, la *pax*¹²⁰⁴. C'est encore ce sens que paraît présupposer l'expression « *fidem frangere* ».

Il nous paraît donc vraisemblable que la « *fides* » désigne cet attribut concret d'un individu, d'un groupe (la plèbe, le peuple romain, les Dieux etc.), qui représente son crédit, et qui fait qu'autrui peut raisonnablement se fier à l'individu, soit en contractant également avec lui, soit en acceptant ou en demandant sa protection. Cet individu a du crédit, mais peut aussi garantir ou protéger par son crédit d'autres personnes, et ce parce qu'on peut s'attendre raisonnablement à certains comportements de sa part: le souci qu'un individu a de sa *fides* représente une certaine sécurité, une certaine prévisibilité et une certaine stabilité dans son comportement. Mais la *fides* n'est pas originairement une vertu morale abstraite, mais bien un élément concret de l'individu en tant qu'il s'insère dans des rapports sociaux ou du moins intersubjectifs.

C'est sans doute ce point qui est le plus important: *fides* ne résonne pas comme une pure abstraction; elle est la part la plus concrète de son être social. Toutefois, l'analyse sémantique du terme ne peut être véritablement poussée trop loin pour comprendre son sens dans la clause *ex fide bona*.

¹²⁰¹ L'association spéciale de la *fides deorum* au *iusiurandum* doit être comprise comme l'invocation de la garantie des dieux, en plus de sa propre garantie qu'est sa *fides* propre. On réclame d'eux qu'ils se portent garants pour nous, parce qu'ils ont le plus de *fides*.

¹²⁰² Tite-Live 1.1.8; 28,17,8, 28,35,1; Ov.3,128;

¹²⁰³ Tite-Live, 6.10.4

¹²⁰⁴ Varro, ling., 5,86; Ovide, met 3,128; 12,365; Tite-Live, 24,29,5; 30,24,11; 1,30,7; 8,37,2; 9,40,18; 30,25,2; 35,33,4; 42,5,12; 42,43,4;

2.les limites d'une analyse sémantique du mot *fides*: un emploi dans la clause avant tout axiologique.

L'extensité, la compréhension extensive d'un terme est inversement proportionnelle à son intensité et à sa précision sémantique. Or le terme *fides* a une trop grande extension pour recevoir une signification stable et suffisamment univoque.

Remarquons que c'est un terme extrêmement souvent employé en coordination: plus qu'un hendiadyn, ce besoin fréquent de lui assigner d'autres termes est peut-être nécessaire dans la langue romaine pour stabiliser son sens, en principe non saturé. Il reçoit une variété d'emplois, et une variété de connotations. Il est assurément associé à l'idée de crédit, de crédibilité, de puissance et d'autorité: *honor, gratia, dignitas, potestas*; il est associé à l'idée de diligence, d'altruisme, de protection: *benevolentia, aequitas, misericordia, auxilium, tutela*.

Mais force est de constater qu'il peut aussi bien représenter une composante de la personne associée dans le lien, que le lien lui-même. Si l'on considère à présent son sens « converse », celui d'« *actio confidendi* », il semble l'avoir reçu assez tôt, ce qui se manifeste dans les catalogues de rhétorique¹²⁰⁵. Il ne s'agit pas, d'ailleurs, de deux sens radicalement et consciemment séparés: nous avons vu que parfois le discours sur la clause *ex fide bona* s'apparentait à la problématique d'une ignorance légitime de la situation juridique réelle dans laquelle se trouve une personne, un bien; rien ne permet donc de considérer que le terme reçoit intrinsèquement un sens bien délimité et clair.

Le radical indo-européen ne nous apprend rien sur le sens latin du terme: son étymologie reste obscure; si certes on parvient à identifier une racine **bheidh-*, sa formation en *-es-* reste mystérieuse. Au mieux peut-on dire que le choix de ce terme est justifié dans les actions de bonne foi parce qu'il n'a de pertinence qu'au regard des rapports sociaux et intersubjectifs, et convient particulièrement bien au domaine des actions personnelles.

Mais il nous semble que le mot est davantage employé pour sa valeur axiologique, comme tout ce qui fait la crédibilité.

Enfin, il nous paraît en partie limité de partir d'une analyse de la *fides*, pour remonter au sens de la clause « *ex fide bona* »: c'est plutôt de l'expression comme

¹²⁰⁵ Voir HEINZE, et TLL, art. *Fides*.

un tout qu'il faut partir pour comprendre ce qu'est la *fides bona*, car elle semble être une locution quasi-indécomposable: la *fides bona* tire son sens global de l'interprétation juridique de la clause *ex fide bona*, et non l'inverse; en effet, « *iurisconsulti fidem bonam tradiderunt* ». La plasticité même du terme, son aspect trop général et trop fuyant, justifiait que son sens précis aux côtés des *intentiones* des formules soit uniquement défini par les juriconsultes.

A ce titre, il faut être conscient de cette donnée: la *fides bona* est bien, comme le considère Mario Talamanca, une « *Leerformel* »¹²⁰⁶. Elle est un terme saturé axiologiquement, mais très ouvert sémantiquement et propice à former un standard de jugement, une simple orientation. Mais il convient toutefois d'expliquer en quoi elle est une *Leerformel*. Ce n'est pas un mot dépourvu de sens, même si son sens est équivoque. C'est un terme dont la référentialité est très variable, entre individus qui l'emploient, selon les situations, selon les époques, mais son sémantisme est suffisamment fort pour évoquer des modèles concrets¹²⁰⁷, pour appeler systématiquement à lui d'autres termes mélioratifs, souvent des qualités. En bref, il possède l'adaptabilité de tout standard de jugement.

Plus généralement, la construction d'un standard de jugement qui s'appliquerait uniquement aux actions personnelles répersécutoire nécessitait un support substantival: quoi de mieux que de prendre alors *fides*, qui est de toute manière déjà si caractéristique des rapports de *credere*?

En un sens, les éléments qui entourent « *fides* » dans la clause sont peut-être plus significatifs.

1.2.1.1.1.2. *L'analyse sémantique de ex et de bona: une valeur paramétrale (B.)*

L'analyse intrinsèque de la clause nous permet, semble-t-il, d'arriver à une conclusion; plus qu'à se référer à un ensemble normatif stable, la clause vise un paramètre à apprécier dans la détermination d'un *quale-quantum*; elle semble davantage dotée d'une valeur heuristique que d'une valeur fondamentale. Si l'analyse

¹²⁰⁶ M.TALAMANCA, *Bona fides*, in *op.cit.*p.

¹²⁰⁷ UN juge de la Cour Suprême des Etats-Unis disait qu'il ne saurait définir la « pornographie », mais qu'il était capable de l'identifier lorsqu'il en voyait. Sans doute pourrait-on dire la même chose de la « *fides* ».

sémantique du mot *fides* a montré ses limites, c'est en revanche la valeur de la préposition *ex* (1) ainsi que la place de l'adjectif « *bona* » (2.) qui nous renseignent le mieux sur la valeur de la clause comme standard de jugement.

1. La pluralité sémantique de la préposition « *ex* »

Comme toute préposition, son analyse se heurte à un obstacle, puisqu'elle devient souvent la construction naturelle d'autres éléments de la phrase, et à ce titre ne représente qu'un outil grammatical. Lui attribuer un sémantisme défini est donc une gageure. En tous les cas, il convient de ne pas lui en imposer un spatialisant, selon l'idée fort contestable que toutes les prépositions auraient originairement un sens spatial ou temporel. D'ailleurs, à supposer qu'elles l'aient eu dans un temps plus reculé, rien ne permet de penser une pareille chose en synchronie, et ce même dans le latin archaïque. Comme nous l'avons dit, la notion d'« origine », de « source » qu'on lui attribue est bien plus souvent une coloration sémantique qu'il reçoit d'un verbe avec lequel il se construit, et qui possède un sens spatialisant: « *ex arbore descendere* ». « *ex aede exire* ».

On peut noter toutefois quelques emplois fréquents de ce syntagme.

-Il peut exprimer la conformité à un modèle stable; et de fait c'est ce qu'il paraît avoir assez souvent comme sens. « *ex lege* » « *e republica* ». Très facilement, il peut recevoir en contexte le sens de « dans l'intérêt de... ». Plus qu'un rapport de causalité efficiente, il impliquerait ainsi souvent un rapport téléologique.

-Mais il exprime souvent, en contexte, la prise en compte d'un paramètre ou d'une variable (*ex dignitate*), etc...; tout comme « *pro* », ou *prout* lorsque la variable est exprimée sous forme de proposition, il permet alors de construire des tournures distributives-singulatives. Cette signification est bien entendu le produit du contexte, de l'indétermination du terme qui suit *ex*, ou du mode indéterminé de la proposition dans laquelle se trouve le syntagme prépositionnel. Mais alors, sa traduction la plus adéquate sera « selon, en fonction de... ».

Plusieurs raisons nous pousseraient à voir dans l'expression *ex fide bona* une expression distributive singulative dans le contexte de la formule:

-tout d'abord, il n'y a pas un modèle de *fides*, la *fides* réclamée du tuteur n'est pas celle du vendeur, aussi *ex fide bona* est-il plus une variable indéterminée et non

saturée que le juge devra justement déterminer à partir du cas à lui soumis. Cette *bona fides*, significativement, doit être « *aestimata* », « *explorata* » par le *iudex*, comme dirait Papinien. Cet aspect non saturé de l'expression expliquerait d'autant mieux la pensée de Quintus Mucius « *quid quemque cuique praestare oporteret* », où les pronoms distributifs singulatifs manifestent sans doute qu'il n'y a pas UN modèle de *fides bona* (d'où le *fidei bonae nomen manare latissime*), mais qu'elle exprime une variable à actualiser dans le procès.

-dans la mesure où l'expression formulaire se rencontre uniquement dans des *intentiones incertae*, qui sont des relatives indéfinies, il s'agit justement de circonscrire à partir d'un paramètre un *incertum* qui représente l'objet de la condamnation. La dimension d'indétermination du contexte et son aspect interrogatif s'accordent parfaitement avec l'idée que la question ouverte fait dépendre la réponse d'un paramètre à fixer dans le cas concret, exprimé sous la forme « *ex fide bona* ».

Enfin, la dernière raison qui milite en faveur de cette interprétation est un texte d'Ulpien, qui emploie l'expression « *ex bona fide* » dans un tout autre contexte que celui des actions de bonne foi¹²⁰⁸ à propos de l'*actio funeraria*. Pour déterminer ce terme lui aussi non défini qu'est l'*aequum*, l'auteur du texte, quel qu'il soit, donne une énumération de paramètres (« en fonction de... »); l'*aequum* s'apprécie d'après la dignité de la personne enterrée, d'après la cause, d'après les circonstances, et d'après la *bona fides*. Celle-ci est associée à une *iusta ratio*: ce qu'est l'*aequum bonum* ne peut être tranché au cas par cas qu'en déterminant d'abord une série de variables et de paramètres. On peut penser, donc, là encore, que, si de façon assez incongrue, la *bona fides* lui vient à l'esprit alors qu'il parle d'une formule *in aequum et bonum concepta*, c'est qu'il considère aussi la *bona fides* comme une variable, un paramètre d'appréciation; si la glose reproduit une idée déjà présente au sujet des actions de

¹²⁰⁸ Dig. 11.7.14.6 Ulpianus 25 ad ed. *Haec actio quae funeraria dicitur ex bono et aequo oritur: continet autem funeris causa tantum impensam, non etiam ceterorum sumptuum. aequum autem accipitur ex dignitate eius qui funeratus est, ex causa, ex tempore et ex bona fide, ut neque plus imputetur sumptus nomine quam factum est neque tantum quantum factum est, si immodice factum est: deberet enim haberi ratio facultatum eius, in quem factum est, et ipsius rei, quae ultra modum sine causa consumitur. quid ergo si ex voluntate testatoris impensum est? sciendum est nec voluntatem sequendam, si res egrediatur iustam sumptus rationem, pro modo autem facultatum sumptum fieri.* On a soupçonné ce texte d'être interpolé, en partant du présupposé qu'Ulpien n'emploierait pas ce terme « *ex bona fide* » pour parler d'une action *in aequum bonum concepta*. Sans doute le début est-il légèrement modifié à cause de la disparition de la procédure formulaire: *haec <formula> quae funeraria dicitur, <in bonum et aequum concepta est>?* Sans doute encore le « *et* » qui relie *ex bona fide* est-il assez étrange, puisqu'en latin classique, soit on juxtapose tous les termes d'une énumération,, soit on intercale entre tous les membres coordonnés des « *et* », soit on emploie l'enclitique -que sur le dernier terme: mais cette règle n'est pas toujours appliquée dans la langue des jurisconsultes. Mais à supposer qu'il témoigne d'une facture post-classique, les compilateurs n'avaient aucun intérêt à introduire la notion de *bona fides* dans une action qu'ils ne rangent pas dans les « *actiones bonae fidei* ». Si une main postclassique est venue rajouter cette expression, c'est que sans doute elle voyait une analogie entre cette action et l'action contraire de gestion d'affaires, par exemple: aussi la signification qu'elle donne à *ex bona fide* est tout aussi intéressante et pertinente.

bonne foi, alors on peut penser qu'elle reproduit aussi une interprétation paramétrale de la clause. Et il nous semble que c'est le cas: il suffit de se souvenir de certains textes concernant les dépenses du tuteur pour son pupille, à ceux de Paul¹²⁰⁹ comme à ceux de Gaius¹²¹⁰.

Cette interprétation de la clause et de *ex* n'est pas la seule qu'on puisse donner, mais il nous semble qu'il faut, pour définir le sens en contexte de *ex*, tenir compte de l'aspect fuyant et indéterminé du terme qui le suit, ainsi que du contexte indéfini dans lequel est placée la clause. Il nous paraît en tous les cas peu probable qu'elle ait dès lors le sens d'une source. La *fides bona* ne renvoie pas à un contenu actuel, mais un contenu à actualiser.

2. Une analyse par voie détournée: la place et l'intérêt de l'adjectif *bonus*.

Certes, le terme *bonus* a un sémantisme beaucoup plus concret, plus parlant, que ses dérivés dans les langues romanes actuelles: selon les études récentes, sa forme ancienne, *duenos*, représenterait un ancien adjectif verbal *dowenos* issu de la racine *-do-* (**deh3*), ou bien de la racine *dewh1* (idée de puissance et d'aptitude; cf. *dunamai*): *bonus* signifierait originellement « bien doté, bien garni en quelque chose ».

Pourtant, le terme « *bonus* » est un terme quasi-subduit en latin lorsqu'il s'applique à des inanimés, son sens est là encore aussi fuyant qu'il est large. Sa valeur purement axiologique est sans doute son principal intérêt. Mais alors, si la « *fides* » est un terme naturellement connoté méliorativement (ce qui conduit d'ailleurs à parler de *fides* tout court en référence à la *bona fides* de la formule), on peut se demander tout d'abord quel est l'intérêt de cette redondance. On a déjà souvent insisté sur son intérêt « typicisant »: il vise l'essence de la « *fides* »¹²¹¹, ce qui peut être retenu d'elle comme pertinent juridiquement, et plus qu'une redondance, il permet de faire différencier la

¹²⁰⁹ Paul, 38 ad ed. Dig 26.7.12.2, et 26.7.12.3 surtout, qui paraît vraiment explicitement développer l'obligation de bonne foi du tuteur dans les choix de dépenses pour qu'ils puissent être: *Cum tutor non rebus dumtaxat, sed etiam moribus pupilli praeponatur, imprimis mercedes praeceptoribus, non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituet, alimenta servis libertisque, nonnumquam etiam exteris, si hoc pupillo expediet, praestabit, sollemnia munera parentibus cognatisque mittet. sed non dabit dotem sorori alio patre natae, etiamsi aliter ea nubere non potuit: nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quae servanda arbitrio pupilli est.*

¹²¹⁰ Gaius, 12 ad ed. Dig.26,7,13: *Tutor secundum dignitatem facultatesque pupilli modum servorum aestimare debet, qui circa eum futuri sunt.*

fides de cette clause d'un simple substrat social, en imposant une limite à la conception personnelle que pourrait avoir le juge de la *fides*. Il s'agirait de viser un type de *fides*, une conception idéale mais plus étroite que la simple « *fides* » comme valeur sociale et morale romaine. Ou tout simplement, la *fides* comme crédit social est susceptible d'évaluation: elle peut être *bona* ou *mala*¹²¹²

C'est pourquoi cet adjectif s'emploie très souvent dans l'expression de standards de jugement, tels que « *boni mores* », « *bonus paterfamilias* », « *bonus uir* », *bona copia*, qui représentent la stabilité d'un modèle, et non une source juridique. On pourrait à ce titre faire un parallèle entre la *fides* et les *mores*. Il est concevable que le *mos* ou les *mores* soient des sources du droit, mais non les « *boni mores* » qui ne sont qu'un standard de jugement. De même, la *fides* pourrait être une source du droit, mais non la *fides bona*. Le fait qu'elle soit qualifiable suppose que la *fides* concrètement manifestée par l'une des parties soit susceptible d'évaluation.

Mais ce n'est pas assez de dire que *bona fides* est une *fides* juridicisée. Il y a un point auquel on s'attache rarement, c'est la place de cet adjectif dans la clause. Pourquoi dit-on très généralement *bona fides* alors que la clause se présente sous la forme « *ex fide bona* »?

Il nous semble que plusieurs explications, qui ne sont pas nécessairement contradictoires, peuvent être données du phénomène.

1°L'expression la plus courante pourrait être *bona fides*, mais la prépositionnalisation peut avoir eu pour conséquence de renverser l'ordre des mots. En effet, on remarque, dans certaines expressions figées, que le latin préclassique semble avoir connu dans certains cas une répugnance à enclaver des éléments épithètes entre la préposition et le nom, et donc à les rejeter avant comme après. Ainsi, dans des expressions courantes comme *paucos post annos*, « *summa ex arbore* » plus que « *e summa arbore* ». De la même façon, les relatifs sont déplacés quasi-systématiquement: « *quorum ad iudicium* », *quem ad modum*, *qua de re*, *qua ex parte*.. On remarque encore que les constructions « préposition+subst+adj. verbal »

¹²¹¹ L.LOMBARDI, *Dalla Fides*, p.181

¹²¹² B.BISCOTTI, *Dal pacere*, p.306, donne une explication assez ingénieuse: si la Fides divine est nécessairement positive (aussi dresse-t-on un temple à la *fides*, non à la *bona fides*), la *fides*, une fois humanisée, est susceptible d'être *bona* ou *mala*. C'est toutefois valable dans le cadre d'une explication générale qui ramènerait la *fides bona* tout comme la *fides* à

sont plus fréquentes que les constructions « prépositions+adjectif verbal+subst ». De façon générale, lorsqu'un adjectif exprime une grandeur, une valeur, ou représente un quasi-déterminant indéfini, il peut très facilement s'antéposer¹²¹³. C'est notamment un effet de sens qui accompagne très souvent une mise en relief d'un terme intensif: *magna cum laude, magna cum cura, pauca in uerba, maximo cum clamore*. On remarque ainsi un ordre « perturbé », en présence d'une préposition, pour les termes tels que *summus, omnis, extremus, totum*, etc.: le locuteur a plus tendance à ne pas les noyer dans le syntagme prépositionnel.

A l'inverse, donc, un adjectif comme *bonus* pourrait prendre une place qui le mettrait en valeur, mais en le rejetant à la fin du syntagme prépositionnel : *ex fide bona*, équivalant à un « *bona ex fide* ». De surcroît, cet ordre a le mérite de faire chuter la relative indéterminée qui représente l'*intentio* sur l'élément axiologique le plus marqué: cela accroîtrait sans doute sa dimension euphémique.

Cette explication aurait le mérite encore de nous faire comprendre incidemment pourquoi la clause comporte l'ordre *ex fide bona* alors qu'on rencontre beaucoup plus souvent l'ordre « *bona fide* » que « *fide bona* », par exemple dans l'expression courante « *dicere bona fide* », « dire en toute sincérité », où l'ablatif est sans préposition; et plus généralement, les juristes emploient davantage l'ordre *bona fides* dans leur discours que *fides bona*. Elle met en valeur *bonus*.

2° Une autre explication serait à chercher dans une transposition automatique et terme pour terme de l'antithèse, le *dolus malus*. Pourquoi cet ordre et, là encore, une sorte de redondance? Le *dolus malus* est justement une catégorie juridique, le dol pris dans son sens juridique, à distinguer de n'importe quelle « *astutia* » plus ou moins condamnable. Cette explication est sans doute exacte et permet d'expliquer la constitution proprement juridique du terme « *fides bona* »: il est né par contrapposition d'un autre modèle juridique, le *dolus malus*.

On se souviendra de la différence entre un « *dux Romanus* » et un « *Romanus dux* »: d'un côté, un général romain, de l'autre, un général qui a les qualités d'un romain. L'ordre *dolus malus, fides bona*, renvoie originellement à une catégorisation et

la *fides* simplement promissoire, pour employer le lexique de L.LOMBARDI, ou à la *fides* « *fit quod dicitur* », pour parler comme Cicéron, et nous ne faisons pas personnellement cette restriction.

¹²¹³ exemples: Rh. ad Her., 2,27,43: *ne de alia re dicetur, cum alia de re controuersia est*.

cherche à créer un quasi-composé, plus qu'une qualification qui serait susceptible de degrés: on accentue ainsi la fermeture du concept sur son aspect juridique, en le distinguant du *dolus* ou de la *fides* du langage courant. L'intérêt serait avant tout négatif: de même que la référence au *dolus malus* sert principalement à prévenir qu'il ne faut pas prendre en compte toute forme de *dolus* et qu'il faut le distinguer le concept pertinent juridiquement de celui utilisé de manière courante, de même la qualification de *bona* servirait à prévenir que toute manifestation de la *fides* n'est pas pertinente juridiquement.

En tous les cas, il est possible que l'expression *fides bona* ne soit qu'une imitation mot pour mot de *dolus malus*. C'est une explication usuelle largement reconnue¹²¹⁴, à laquelle il convient d'apporter quelques précisions. Si la *fides bona* est l'envers du *dolus malus*, cela ne veut pas dire que la clause vise uniquement à prendre en compte le *dolus malus*. En effet, « *ex* » comme « *bona* » imposent une estimation rigoureuse de la *fides* de chaque partie: et, de façon quasi mathématique, à la plus ou moins grande rigueur de l'appréciation de la *fides*, correspond une conception plus ou moins extensive du manquement à la *fides*, qui dépasse le simple *dolus malus*.

Quoi qu'il en soit, la clause pourrait être dotée ainsi d'une valeur euphémique, et chercherait à occulter sa contraposée, le *dolus malus*, en plaçant le procès, par souci de correction, sous le signe de la valeur positive qui s'oppose au *dolus malus*.

2° Indépendamment de la préposition, la mise en valeur de ce terme peut être due à une sorte d'ellipse, d'hypallage, ou de métonymie. L'adjectif *bonus* serait en réalité affecté secondairement à la *fides*, mais trouverait son point d'incidence sémantique ailleurs.

C'est dans ce sens que L. Lombardi¹²¹⁵ a essayé d'expliquer la place de l'adjectif, en considérant que ce n'était pas la *fides* qui était « *bona* », mais qu'elle se référait essentiellement à la *fides* du « *bonus uir* » ou plutôt à la *fides* des *boni*, car, conçue en soi, la *fides* est nécessairement quelque chose de *bonum*.

On sait que les adjectifs exprimant l'appartenance, la nationalité, sont souvent placés après le substantif: la *fides Punica*, c'est la *fides* telle que la conçoivent les Carthaginois, la *fides Romana*, c'est la *fides* du peuple romain. La *fides bona* sera

¹²¹⁴ Voir par ex. P. FREZZA, « *Fide Bona* », in *Scritti*, 2000, p. 197

¹²¹⁵ *Dalla Fides*, p.181

donc la *fides* telle qu'elle est comprise par les *boni*, ces mêmes *boni* qui apparaissent dans la formule de la fiducie, « *ut inter bonos...* ».

Lorsque Cicéron veut illustrer ce qu'on attend d'un *bonus uir* et se réfère à une ancienne expression imagée: « digne qu'on combatte avec lui dans les ténèbres », il dit que par cette qualification on loue la *fides et bonitas*¹²¹⁶. L'on sait que la *fides* est souvent associée dans des hendiadys à d'autres mots qui circonscrivent son sens: si *fides et bonitas* sont deux qualités d'un individu, alors « *bona* » se réfère implicitement par hypallage au *bonus* qui a de la *fides*.

Inversement, si *fides* désigne cette part concrète de l'individu, et si elle est qualifiée comme le serait l'individu, on peut comprendre *fides bona* comme une synecdoque ou une métonymie, au même titre qu'un « cœur vaillant » désigne un homme à cœur vaillant. « *ex fide bona* » renverrait au modèle d'un *bonus uir*, comme au point de vue d'un *bonus uir*.

Elle dépasserait ainsi la conception subjective que chacun peut se faire de la *fides* dans l'exécution de ses obligations, pour renvoyer à un modèle de jugement, à un test: comment le *bonus uir* comprendrait, en toute franchise, cette obligation et les suites à lui donner¹²¹⁷? Comment l'exécuterait-il en ayant souci de sa *fides*? Qu'exigerait-il? Cette interprétation peut être exacte à seule condition qu'on précise exactement ce que signifie la stabilité du modèle: le modèle pose une bonne foi « objective » en ce sens qu'elle dépassera la conception subjective de chaque partie, mais elle ne peut renvoyer aux mêmes règles d'appréciation selon l'institution protégée: la *fides* d'un *bonus uir* ne renvoie pas matériellement à des prescription identiques dans le cas d'un tuteur et dans le cas d'un vendeur. Le but de cette clause n'est pas de faire référence à un ensemble préconçu de normes objectives, même non-écrites, autrement il aurait été plus simple de viser la coutume, comme plan normatif idéalement stable quoiqu'effectivement indéfini: elle viserait plutôt un autre point de vue sur la règle de droit et sur son application qu'une norme extrajuridique.

Dans une formule qui n'énonce pas une incertitude ouverte mais une proposition fermée « *si paret negotium non ita gestum esse ut inter bonos bene agier oportet* »¹²¹⁸, il est normal de définir concrètement le standard de comparaison par une autre proposition: (*ut*) *inter bonos bene agier oportet*. On mesure la conformité

¹²¹⁶ Off., III.77C: (...)Cum enim fidem alicuius bonitatemque laudant, dignum esse dicunt, quicum in tenebris mices.(...)

¹²¹⁷ Voir encore L.LOMBARDI, *op.cit.*p.181.

d'un fait à une norme. En revanche, lorsque ce qui doit être mesuré est un devoir-être (*oportet*) indéterminé (*quidquid*), il ne sera pas mesuré par rapport à une autre proposition, mais par rapport à un syntagme nominal¹²¹⁹.

ut =ex; « *inter bonos* »=*bona*; *bene agier* correspondant à *fides*, la *fides* étant le terme le plus aéquat pour servir de base substantival à un standard qui doit s'appliquer à des actions personnelles réipersécutoires, vu le lien entre la *fides* et *credere*¹²²⁰.

Dans une proposition indéfinie, indéterminée, et qui de surcroît est modalisée (*oportet*), il est plus naturel d'employer une expression paramétrale en *pro* ou en *ex* comme « *ex fide bona* », pour chercher à circonscrire l'obligation incertaine. La norme sera définie par comparaison à un standard.

La structure exacte de ce syntagme prépositionnel reste donc difficile à analyser, considérée en elle-même. Toutefois, la *fides bona* semble davantage liée à un modèle, le *bonus uir* qui a un souci de sa *fides*, qu'à une valeur morale ou un plan normatif ou un ensemble de prescriptions. En tous les cas, la clause nous semble avoir une double valeur référentielle: une valeur normative et une valeur qualificative.

1.2.1.1.2. *Le référent de la clause: un modèle cognitif (II)*

La *bona fides* est une *fides* idéale, caractérisée, stylisée juridiquement. Loin d'exprimer un fondement, elle définit ce que Lombardi¹²²¹ appelait un « *modello conoscitivo* ». C'est à ce titre, au mieux, qu'elle peut interférer avec le contenu stylisé de l'obligation, du *dare facere*.

Toutefois, dans la formule, reste le problème de sa référentialité.

« *fides bona* » est une qualification juridique dotée d'un sens, et des faits seront à qualifier grâce à elle. Mais quel est son référent? est-ce le modèle idéal qui sert à qualifier, ou bien son référent est-il le fait à qualifier et à évaluer? Nous verrons que les deux solutions sont possibles, et ne sont pas contradictoires: la *fides bona* de la

¹²¹⁸ EP³ p.

¹²¹⁹ C'est à ce titre que les reconstructions de la formule de la fiducie en formule *in ius* où l'on cherche à faire suivre un *quidquid* d'un *ut oportet* (comme E.CARCATERRA, *Intorno ai iudicia bonae fidei*, p. 27, ou N.BELLOCCI, *La tutela della fiduzia*, p.) nous paraissent intrinsèquement invraisemblables.

¹²²⁰ Selon l'intéressante théorie de MEILLET, *Dictionnaire Etymologique de la langue latine*, la *fides* fonctionne dans la langue comme le nom d'action correspondant au verbe *credere*. Cette théorie est à notre connaissance abandonnée par la majorité des linguistes, même si on peut lui trouver un intérêt explicatif dans un cadre restreint. Voir R.FIORI, *Fides et bona fides*, RHD 2010, p.

¹²²¹ L.LOMBARDI, *Dalla Fides*, p.189.

formule peut être un modèle juridique, tout comme elle peut désigner un fait juridique, qui correspond à l'objet d'une prestation ou à un comportement concret.

Si l'on se place du point de vue de l'acte de qualification juridique, elle a, comme tout standard de jugement, une valeur normative ou de conformité: elle se réfère à un modèle idéal de comportement. Si l'on se place du point de vue du fait à qualifier, la *fides bona* désigne la manifestation passée, présente ou éventuelle de la *fides* du défendeur: la *fides bona* se réfère à un type de comportement à prendre en compte et à évaluer.

1.2.1.1.2.1. La valeur éminemment normative induite par l'adjectif "bona". (A)

Ex bona fide esse...; praestare aliquid ex fide bona. Ces expressions montrent que la *fides bona* se réfère à un modèle abstrait. Son emploi chez les juristes montre sa normativité¹²²² en tant qu'elle sert à marquer la conformité à un modèle. Elle peut donc nécessairement viser un modèle abstrait, idéal et invariable, qui sert d'étalon. Et le contenu de ce modèle peut être explicitement développé: *bona fides exigit, bona fides non patitur* etc., *e bona fide esse...*Ce qui lui donne cette normativité intrinsèque, c'est la qualification de « *bona* », caractéristique des standards de jugement.

La normativité de la *fides bona* vient de ce que la *fides* peut être qualifiée de *bona* si elle est conforme au modèle général du *bonus uir* (1) ou du *bonus paterfamilias* (2).

1) la *bona fides* et l'image abstraite du *bonus uir*

La référence à un modèle abstrait est avant tout celle du *bonus uir*. C'est un modèle que connaît d'ailleurs l'édit du préteur: beaucoup de stipulations prétoriennes incluent une référence au *boni uiri arbitratus*, expression encore mise en rapport avec les

¹²²² L.LOMBARDI explique brillamment cette normativité, *Dalla Fides*, p.192-193.

actions de bonne foi lorsqu'il convient de circonscrire le pouvoir discrétionnaire offert par le contrat à une partie ou à un tiers¹²²³.

Le livre III du *De Officiis*, qui est sans doute l'une de nos sources les plus riches par l'évocation qu'il fait des *iudicia ex fide bona*, fourmille d'emplois de cette expression fort lexicalisée¹²²⁴. La question de savoir ce qu'est le bien est abordée de manière oblique, mais plus concrète: qu'est-ce que le *bonus uir*?

Significativement, Cicéron, qui emploie très souvent dans le livre cette expression, intensifie son emploi juste après les deux évocations célèbres qu'il fait des *iudicia in quibus additur ex fide bona*, et l'a particulièrement en vue dès qu'il parle de *dolus in contrahendo*, lequel avait nécessairement convoqué dans son esprit la clause *ex fide bona*. C'est dire à soi tout seul que la clause *ex fide bona* convoque en lui l'idée du *bonus uir*, dont il cherche l'impossible définition. D'ailleurs, il sait que la clause est un standard impossible à circonscrire et nous rappelle que nous ne connaissons pas l'idée de la vraie justice, et ne pouvons nous servir que d'ombres et de figurines, en bref, de modèles, mais que malheureusement, même ces modèles nous échappent¹²²⁵: c'est alors que lui vient à l'esprit le fameux problème de la définition des *boni* dans l'expression célèbre « *ut inter bonos* » présente dans la formule de la fiducie, puis la sentence tout aussi célèbre de Quintus Mucius à propos de la *summa uis* de la clause *ex fide bona*. *Qui sint boni, quid sit bene agi*. Le problème est le même, qu'il s'agisse de la clause *ex fide bona* ou de la clause *ut inter bonos bene agier*.

Un autre parallèle peut montrer indirectement que la *fides bona* se réfère pour Cicéron au *bonus uir*, dans ses propos au *De Officiis*¹²²⁶ qui poursuivent le problème du *dolus in contrahendo* en lien avec les actions de bonne foi.

Il montre ici la difficulté des modèles de ce qu'est l'*honestum* : le premier est négatif et concerne le *dolus malus*: si l'on prend le *dolus malus* dans sa définition large de *simulatio et dissimulatio*, il y a peu d'affaires où il n'y ait de *dolus malus* ; si l'on se réfère positivement à la définition du *uir bonus* comme de celui qui ne nuit à personne, et qui est utile à ceux à qui il peut être utile, alors on pourra rarement qualifier quelqu'un de *uir bonus*. Il nous semble que les deux considérations de

¹²²³ Voir notamment Dig. 50.17.22. (Ulp. 28 ad sab.)

¹²²⁴ Ainsi: §17 (2fois); § 18; §29; §31; §38; §43; §50 (2 fois); § 54; §57; §61 (2fois); §62 (2 fois); §64 (deux fois); §70; §73; §75 (3 fois); §76 (2 fois); §77C (3 fois); §80; §81 (3 fois); §82 (2 fois); §89; §91; §92.

¹²²⁵ *Off.*, III, 69. (...) *Sed nos veri iuris germanaeque iustitiae solidam et expressam effigiem nullam tenemus, umbra et imaginibus utimur. Eas ipsas utinam sequeremur! feruntur enim ex optimis naturae et veritatis exemplis.*

¹²²⁶ *Off.*. III.64 *Sed sive et simulatio et dissimulatio dolus malus est, perpaucae res sunt, in quibus non dolus malus iste versetur, sive vir bonus est is, qui prodest quibus potest, nocet nemini, certe istum virum bonum non facile reperimus.*

Cicéron sont des allusions à des objets juridiques. Le premier est la définition qu'a donnée Aquilius Gallus du *dolus malus*, définition rappelée un peu plus haut par Cicéron¹²²⁷. Il fait donc allusion aux *formulae de dolo*, déjà évoquées plus haut. La difficulté à trouver un *uir bonus* comme standard fait allusion, *a contrario*, à l'autre moyen très efficace de sanction du *dolus malus*, à savoir les *iudicia in quibus additur ex fide bona*, et la formule de l'action de fiducie « *ut inter bonos* », qui eux aussi furent évoqués juste après la définition aquilienne du dol, et juste avant sa réévocation¹²²⁸. Le standard de la *fides bona* implique celui du *uir bonus* pour être défini, tout comme celui du *dolus malus* nécessite une définition de la *simulatio*. C'est dire que Cicéron voit lui aussi dans cette clause avant tout un modèle cognitif, non une source du droit.

Ce terme, *uir bonus*, n'est pas un terme neutre, ce n'est pas un homme bon, ou un honnête homme¹²²⁹. Un texte célèbre d'Aulu-Gelle relatant très vraisemblablement un extrait de plaidoyer de Caton à propos de la *sponsio 'ni uir bonus esset'*¹²³⁰ montre encore sa signification comme véritable catégorie sociale à l'époque de Caton¹²³¹, tout comme la langue de Plaute¹²³². Il est chargé, comme le montre Cicéron lui-même, d'une efficacité très forte dans la conscience d'un romain, même si sa définition est difficile aux yeux de Cicéron lui-même: c'est ainsi qu'il relate l'histoire cocasse d'un juge qui refusait de juger de la *sponsio 'ni uir bonus'*, au motif que les conséquences sur la réputation de celui qui la ferait serait trop grandes s'il lui niait cette qualité, et qu' *a contrario* ils ne pouvait la lui attribuer à la légère vu tout ce que ce terme renfermait¹²³³. Or si Cicéron fait ce lien d'implication entre la *fides bona* et le *bonus uir* comme deux modèles cognitifs, c'est qu'il tient sans doute ce modèle de celui dont

¹²²⁷ III§60: (...) *in quibus ipsis, cum ex eo quaereretur, quid esset dolus malus, respondebat, cum esset aliud simulatum, aliud actum*(...)§61: *Quod si Aquiliana definitio vera est, ex omni vita simulatio dissimulatioque tollenda est...* §61: *Dolus autem malus in simulatione, ut ait Aquilius, continetur.* (...)

¹²²⁸ III§61

¹²²⁹ G.BROGGINI, *Iudex arbiterve*. p.114.

¹²³⁰ *Noct. Att.*, 14.2.26: *Verba ex oratione M. Catonis, cuius commemorat Favorinus, haec sunt: 'Atque ego a maioribus memoria sic accepi: si quis quid alter ab altero peterent, si ambo pares essent, sive boni sive mali essent, quod duo res gessissent, uti testes non interessent, illi, unde petitur, ei potius credendum esse. Nunc si sponsonem fecisset Gellius cum Turio, ni vir melior esset Gellius quam Turius, nemo, opinor, tam insanus esset, qui iudicaret meliorem esse Gellium quam Turium: si non melior Gellius est Turio, potius oportet credi, unde petitur'.*

¹²³¹ Voir sur ce texte B.ALBANESE, « *La sponsio processuale sulla qualifica di 'uir bonus'* », SDHI 60, 1994, p.135.

¹²³² Voir pour une bibliographie et un recensement plus complet dans la littérature, encore B.ALBANESE *op.cit.* p.142-149

¹²³³ III§77C: *Fimbriam consularem audiebam de patre nostro puer iudicem M. Lutatio Pinthiae fuisse, equiti Romano sane honesto, cum is sponsonem fecisset ni vir bonvs esset. Itaque ei dixisse Fimbriam se illam rem numquam iudicaturum, ne aut spoliaret fama probatum hominem, si contra iudicavisset, aut statuisset videretur virum bonum esse aliquem, cum ea res innumerabilibus officiis et laudibus contineretur.* Sur ce texte et sur sa variante chez Valère-Maxime (7.2.4), voir B.ALBANESE, « *La sponsio processuale sulla qualifica di 'uir bonus'* », SDHI 60, 1994, p.153-155, qui étudie le rapport de cette mystérieuse *sponsio* avec la *sponsio in probum facta* de la *lex Iritana*. Nous ne pouvons néanmoins suivre l'auteur sur

il fut l'auditeur, à savoir Quintus Mucius, celui-là même qui définissait la *culpa* selon le modèle du *uir diligens*. Il est donc fort à parier que le lien entre *fides bona* et *uir bonus*, et la compréhension de la clause comme modèle cognitif soient partagées par Quintus Mucius.

Mais la jurisprudence classique se sert souvent d'une autre expression lexicalisée.

2. la *bona fides* et l'image abstraite du *bonus paterfamilias*

Dans un langage plus spécialisé, plus technicisé, les juriconsultes ont inventé le standard du *bonus/diligens paterfamilias*. Il semble n'être pas encore très employé à époque républicaine: on sait, par exemple qu'Alfenus ou Servius parlaient, à propos du modèle de diligence exigé d'un *venditor* concernant la garde, des *homines frugi et diligentes*¹²³⁴. Toutefois, il existe, comme semble l'attester Cicéron lui-même en établissant à la fois un léger contraste avec l'expression *bonus uir*, et un parallèle avec les *iura societatis*, montrant ainsi son aspect plus technique¹²³⁵.

Le standard du *bonus paterfamilias* a connu une fortune malheureuse en ce qu'on lui prête souvent, aujourd'hui, une connotation d'ordre moral. Le Code civil des français aurait exalté les « bons pères de famille », des bourgeois bien rangés, avec femmes et enfants, peu propices à la révolte: il aurait avant l'heure évoqué ces êtres caricaturaux qui fourmillent dans les romans de Flaubert pour nous les donner, ainsi qu'aux juges, comme modèles!!

Bien au contraire, le terme, en droit romain, n'est qu'une technicisation du standard du *bonus uir*¹²³⁶. Apprécier le comportement de quelqu'un dans l'exécution des obligations par rapport au *bonus paterfamilias* avait une signification négative (2°), et une signification positive (1°).

sa théorie (*op.cit.* p. que la *fides bona* relèverait du *ius gentium* tandis que le modèle du *bonus uir* du *ius civile*: la *fides bona* est précisément la *fides* des *boni uiri*, (L.LOMBARDI, *op.cit.* p.).

¹²³⁴ Dig. 18.6.12 Alfenus 2 Dig.

¹²³⁵ *Pro Quinct.* §3 (...) *P. Quinctius*(...) *una in re paulo minus consideratus, qui societatem cum Sex. Naevio fecerit, viro bono, verum tamen non ita instituto ut iura societatis et officia certi patris familias nosse posset* (...). Nous nous risquons à une (sur)interprétation: les *iura societatis* correspondent à l'*oportere*, les *officia* à la clause *ex fide bona*.

¹²³⁶ Voir, en ce sens si nous comprenons bien, B.ALBANESE, *op.cit.*,p.145.

1° Par rapport à quoi apprécier l'administration des intérêts d'autrui? Par rapport à un autre modèle d'administration, qui ne peut donc être que l'administration des affaires propres. Mais des affaires propres de qui? Par rapport à un modèle abstrait de bonne administration de ses propres affaires. Le *bonus uir* n'est pas assez précis, même s'il existe comme standard dans l'édit du préteur, dans certaines stipulations prétoriennes. L'administration des intérêts d'autrui ne peut valablement et précisément s'apprécier qu'au regard de la gestion de celui qui dispose librement de son patrimoine (ce qui exclut les *alieni iuris*) et n'est donc pas frappé d'une incapacité de jouissance, et qui en outre n'est pas frappé d'une incapacité structurelle d'exercice (ce qui exclut la femme sous *auctoritas*). *Paterfamilias* au lieu de *uir* n'a donc aucune connotation moralisante, il représente uniquement l'idée abstraite d'un individu qui a un pouvoir, dans son principe comme dans son exercice, d'administration de son patrimoine. C'était, grosso modo, préciser le standard de la *bona fides* à partir d'un concept juridique issu du droit des personnes, à savoir les individus *sui iuris* qui ne sont pas frappés d'une incapacité d'exercice¹²³⁷ et qui sont donc à même de gérer leur patrimoine. Le standard s'imposait d'autant plus facilement que certaines actions concernent parfois une gestion globale de patrimoines ou du moins d'universalités (tutelle, mais encore *procuratio omnium bonorum*, *societas omnium bonorum*, etc.).

2° Positivement, le *paterfamilias* effectif est un individu qui dispose d'autres individus sous sa puissance ou sous sa protection. Il administre nécessairement les affaires d'autrui comme si c'étaient les siennes. Et pour cause, ce sont les siennes. Par ailleurs, le *paterfamilias* a typiquement un réseau d'amis, de clients: il est toujours nécessairement pris dans un réseau socio-juridique complexe, où il administre des affaires propres tout comme les intérêts d'autrui. Le bon père de famille n'est pas le bourgeois napoléonien apeuré par les révolutions, c'est plutôt un individu qui a nécessairement des responsabilités, sociales ou juridiques, envers les autres, et qui a souvent à donner des ordres, des instructions ou des conseils aux autres. L'idée du *bonus paterfamilias* est donc particulièrement opérationnelle dès qu'il est question de *diligentia in eligendo*, lorsque ce *paterfamilias* délègue à un membre de sa *familia* (un esclave, un fils) ou à un membre de son réseau, l'administration des intérêts

¹²³⁷ Même si, reconnaissons-le, une fois la notion hyperjuridicisée, un impubère ou un *adulescens* sont des *patresfamilias* eux aussi; le fou, ou le prodigue sont eux aussi des *patresfamilias*. Toutefois, lorsqu'Ulpien le précise, il

d'autrui. Le modèle cognitif du *paterfamilias* est alors beaucoup plus en adéquation avec les problèmes de responsabilité contractuelle qui se posent aux juristes.

La *fides bona* représente à ce titre un modèle, d'où sa valeur normative, mais ça n'est parfois qu'une qualification, si l'on part du fait à interpréter et à qualifier.

1.2.1.1.2.2. Une valeur simplement qualificative (B)

La *fides bona*, en tant que standard de jugement, peut avoir comme référent le fait même à qualifier, tout comme *dolus malus*: c'est lui aussi un standard de jugement (un *dolus* qui est caractérisé comme *malus*), mais il se réfère au fait juridique à qualifier de *dolus malus*.

La *fides bona* est même assez souvent employée ainsi. « *fidem bonam praestare* » montre qu'elle peut faire l'objet d'une prestation au même titre que *culpa, custodia, mora, dolus*. C'est de sa *fides* qu'il va faire montre.

Elle peut à ce point désigner le fait juridique à qualifier qu'elle se réfère alors à ce qui l'objet de l'estimation: d'où un *bonam fidem explorare*, un *bonam fidem aestimare*, tout comme on dit *dolum malum aestimare*. C'est d'ailleurs ce qui explique que l'exigence de bonne foi ne soit pas toujours et nécessairement à apprécier *in abstracto*: la *diligentia quam suis* ne remonte pas nécessairement à la jurisprudence classique. La *fides bona* propre du défendeur n'aura pour standard qu'elle-même, restera seulement à savoir si elle est effectivement *praestita*.

La *fides bona* a aussi, comme référent, la *fides bona* potentielle ou actuelle ou passée qu'a manifestée le défendeur: elle se réfère aussi au fait qualifiable de manifestation de la *fides bona*.

La conséquence en est que la présence de la clause est un facteur de complication dans l'office du *iudex*: s'il a nécessairement une liberté pour apprécier ce qui est conforme ou non à l'idéal d'un *bonus uir*, il doit en principe tenir compte d'un fait juridique évoqué par addition dans la formule: la *bona fides*.

montre *a contrario* que le terme évoque avant tout, de manière immédiate, la personne qui n'est frappée d'aucune *kapitis deminutio*, ni d'aucune incapacité d'exercice.

Dès lors, la clause *ex fide bona* exprimerait à elle toute seule l'opération de qualification de la *fides* comme *bona*; en se référant à son degré positif (*bona*), il imposerait au *iudex* une *aestimatio (bonae) fidei praestatae/praestandae*. Que l'on considère la *fides bona* sous l'angle du référent-fait à qualifier, ou sous l'angle du référent-critère de qualification, la signification serait toujours la même. Il s'agit d'estimer la *fides* de quelqu'un à l'aune de la *fides* du *bonus uir*. Mais il s'agit avant tout d'un paramètre supplémentaire dans la formule dont le *iudex* doit tenir compte dans son office.

1.2.1.1.2.3.

1.2.1.2. « Officium »: un paramètre supplémentaire du condemnari oportere (Sous-section 2)

Il y a un principe d'économie linguistique à appliquer à la clause *ex fide bona*. Si elle est présente dans la formule, alors que des formules incertaines de droit strict n'ont pas cette clause, il faut lui donner un sens et une fonction juridique¹²³⁸: cette fonction n'étant pas de fonder l'*oportere*, qu'apporte-t-elle à l'*intentio*? Par simple effet de différenciation avec une formule de droit strict, elle doit nécessairement se voir attribuer une portée spécifique. Il se trouve que cette portée spécifique nous est donnée: même si sa référence n'est pas claire, en ce qu'elle ajoute un élément nouveau, elle restreint les sens possibles de la formule comme acte de langage à destination du *iudex*. En cela, "*addita est*".

Comment la clause *ex fide bona* interagit-elle avec le reste de la formule pour spécifier l'*officium* du *iudex*?

La clause *ex fide bona* impose au juge de déterminer la condamnation, dans son principe comme dans son montant, en tenant compte du paramètre de la bonne foi (I), et mérite à ce titre d'être comparée à d'autres standards et paramètres de la condamnation (II) présents dans d'autres formules.

1.2.1.2.1. Le principe et le montant de la condamnation déterminés par le paramètre de la bona fides (I)

Sa fonction étant une détermination indirecte de l'office de condamner (A), la clause *ex fide bona* est destinée à avoir une fonction principalement processuelle (B).

¹²³⁸ A ce titre, nous proposerions de nuancer la vue, certes fondée dans son principe, de M.TALAMANCA, *Bona fides*, cit. p.8 et *passim*, lorsqu'il déduit de sa qualité de *Leerformel*, qu'elle n'apporte rien de tangible au raisonnement juridique des jurisconsultes. Elle n'est certes pas une détermination très contraignante et univoque. Mais par simple contraste avec l'*actio ex stipulatu*, elle doit par principe faire sens aux yeux du juriste qui la lit. Par ailleurs, nous nous distançons aussi largement de la vue de L.LOMBARDI, *Dalla fides*, cit., p.198-203 qui n'attribue pas les spécificités processuelles des *iudicia bonae fidei* à leur formule mais bien à la nature des institutions protégées. Il nous semble que c'est en partie inverser le problème, et en partie en contradiction avec ses propres propos. D'une part, les institutions protégées ont en partie acquis la nature qu'elles ont à époque classique parce qu'elles sont précisément protégées par de telles formules. D'autre part, l'auteur considère lui-même que la *fides bona* est une invention d'ordre processuel (*op.cit.* p.179 et *passim*)

1.2.1.2.1.1. Une détermination indirecte du *condemnare* (A.)

La clause *ex fide bona* ne prend sens dans l'*intentio* que lorsque celle-ci est considérée dans sa fonction purement estimatoire comme objet du *condemnare* (1) et ce parce qu'elle n'est qu'un syntagme adverbial modalisant l'énoncé de l'*intentio* (2).

1. La clause *ex fide bona* et la fonction estimatoire de l'*intentio incerta*.

Nous nous proposons de montrer qu'elle est uniquement une détermination de l'*officium iudicis*, qui est de *plus uel minus condemnare*.

1° La clause est certes présente dans l'*intentio*. Mais l'*intentio* des formules incertaines a une double fonction:

-d'une part, elle est l'expression extinctive de l'obligation, tout comme dans les formules certaines, où elle représente une condition de la condamnation: le juge doit vérifier s'il y avait bien obligation au moment de la *litis contestatio*. Cela se rapporte à la vérité de l'*oportere*, pour parler comme Paul.

-mais elle a surtout une fonction estimatoire: elle représente l'objet de la condamnation: *quidquid...eius Numerium Ndum Aulo Augerio condemna*. L'*intentio* a comme antécédent un complément d'objet du verbe *condemnare* (*eius*), et n'est pas simplement une condition (*si paret...oportere/ si paret, quam ob rem..oportet*).

Or que les romains n'aient jamais songé, comme l'a justement fait remarquer Lombardi¹²³⁹, à une formule de type *si paret...oportere ex fide bona*; qu'ils ne disent jamais « *oportere ex fide bona rem tradi* », pour définir les obligations caractéristiques d'un type contractuel; qu'elle soit spécifiquement réservée aux *intentiones incertae*; c'est qu'elle a son incidence principale sur l'*intentio* considérée dans sa fonction estimatoire, et sur son caractère incertain.

2° L'"*officium iudicis*" est une notion très souvent convoquée à propos des *iudicia bonae fidei* dans la jurisprudence classique, non seulement chez Gaius, mais encore dans tout le Digeste, et dès l'époque républicaine, significativement, l'opinion de

¹²³⁹ Dalla fides, p.

Quintus Mucius sur la clause *ex fide bona* se finit par un rappel de l'*officium iudicis: magni iudicis esse statuere...* L'*officium iudicis* se rapporte à "*plus uel minus condemnare*": donc, il est fort probable que la clause *ex fide bona* se rapporte à la fonction estimatoire de l'*intentio*. Elle ne fonde pas l'*intentio* ou l'*oportere*, elle sert d'instrument d'évaluation de l'objet du *condemnare*.

3° c'est ce qui explique *a contrario* que, lorsqu'on considère l'*intentio* comme l'expression extinctive d'une obligation substantielle, ou bien l'expression neutre d'une obligation à éteindre, on ne cite pas l'*intentio* avec sa clause *ex fide bona*:

-les deux cas où Gaius cite l'*intentio* d'un *iudicium bonae fidei* en omettant la clause *ex fide bona*, sont significatifs. A propos de l'*actio empti*, c'est en matière de consommation *ipso iure* de toute l'obligation par la délivrance de la formule que Gaius rappelle l'*intentio* sans *ex fide bona*, pour expliquer l'utilité des *praescriptiones*¹²⁴⁰. Dans l'autre cas¹²⁴¹, en matière de *pluris petitio* dans la *demonstratio*, il rappelle la position contestable à ses yeux de certains auteurs selon lesquels la règle « *falsa demonstratione rem non perimi* » doit être écartée lorsqu'il s'agit d'actions infamantes: alors, la *pluris demonstratio* n'aurait pas pour effet d'empêcher la *deductio in iudicium*, mais bien au contraire laisserait à l'*intentio in ius* produire son effet extinctif sur toute l'*obligatio incerta*. Dans ces deux contextes, il n'y a pas à apprécier l'étendue des obligations, ni à estimer un montant de la condamnation, il est juste question d'apprécier l'effet de la *litis contestatio* sur le sort de l'obligation en tant qu'obligation.

-Paul cite quant à lui l'obligation *ex locato*, lorsque quelqu'un en fait remise par un legs, en omettant la clause *ex fide bona*¹²⁴². C'est parce qu'il est justement question d'éteindre dans son principe l'*obligatio ex locato*, et non de l'évaluer par voie judiciaire, que la clause *ex fide bona* peut être omise¹²⁴³. De même, le contenu de l'obligation *ex tutela* garanti par la *cautio rem saluam pupilli fore* est exprimé par Nératius¹²⁴⁴ par un simple *quod ex tutela dari fieri oportet*.

¹²⁴⁰ *Inst.*, IV.131a

¹²⁴¹ *Inst.*, IV.60

¹²⁴² Dig. 34.3.16 Paulus 9 ad plaut.

¹²⁴³ Dans le même ordre d'idées, mais plus tardivement, à propos de l'obligation typique du *negotiorum gestor*, voir Dig. 34.3.19 Modestinus 9 reg. *Cum ita testemur: "heres meus damnas esto liberare illum, quod is negotia mea gessit, et si quid eum mihi dare facere oportet, ab eo non exigere"*, *damnatur heres nec creditas ab eo quoque pecunias exigit*. Le *si quid* est en latin très souvent un homonyme de *quidquid*.

¹²⁴⁴ Dig. 46.6.11 Nerva 4 membr. *Cum rem saluam fore pupillo cavetur, committitur stipulatio, si, quod ex tutela dari fieri oportet, non praestetur: nam et si salva ei res sit, ob id non est, quia, quod ex tutela dari fieri oportet, non solvitur*.

-Or à l'inverse, Gaius¹²⁴⁵, citant intégralement la formule de l'*actio depositi*, en tant qu'elle est un programme définissant l'*officium* du juge, ne peut omettre cette clause; de même, l'exercice de ce *liberum officium iudicis* est rappelé par Quintus Mucius parce qu'il a en vue cette clause.

4°c'est ce qui explique que Paul puisse parler d'un «*quantum condemnari ex fide bona oportebit*»¹²⁴⁶, par opposition à l'*obligatio*, au simple «*dare facere oportere*» substantiel. Elle représente donc assurément un paramètre de la condamnation. Elle n'a de sens dans l'*intentio incerta* que quant à sa fonction estimatoire, comme objet du *condemnare*. Elle représente une détermination indirecte du *condemnare/absolui*, en même temps, comme nous le verrons, qu'un facteur de complication dans la détermination du *condemnare*. Elle est très précisément un instrument de mesure de la *condemnatio*.

5°Significativement, l'expression de très loin la plus fréquente par laquelle on a désigné cet ensemble de formules est «*arbitrium/iudicium bonae fidei*», et non *actio bonae fidei*. Elle ne renvoie pas à l'aspect substantiel de la formule (expression d'un droit de sanctionner une obligation), mais à son aspect de programme judiciaire (jugement/évaluation portant sur la bonne foi).

La clause *ex fide bona* détermine donc indirectement l'*officium iudicis*, qui est de *condemnare*. Comment comprendre alors qu'elle soit placée dans l'*intentio*, et non dans la *condemnatio*? C'est son rapport syntaxique délicat à l'*intentio* qu'il convient donc d'analyser.

2.l'analyse pragmatique: un syntagme adverbial modalisant tout l'énoncé de l'*intentio*.

L'*intentio* des *iudicia in quibus additur ex fide bona* s'ouvre par un très large *quidquid*...indéfini. La *fides bona* qui la clôt a à ce titre un rôle de détermination, de limitation de la proposition qui définit très largement le champ de la condamnation.

¹²⁴⁵ *Inst.*, IV.47

Nous pensons personnellement qu'elle modalise tout l'énoncé en tant qu'il se rapporte au *condemnare* dont il est le complément d'objet, et qu'il n'est donc pas question de savoir si elle se construit avec "*dare facere*", ou avec "*oportere*". De tout ce que nous avons constaté plus haut, nous pouvons induire la chose suivante: considérée dans son unité, la clause a toutes les chances d'être un adverbe d'énoncé.

En effet, un adverbe ou un syntagme adverbial peut avoir son incidence sur un terme de la phrase (un homme incroyablement stupide, attendre patiemment). Mais il peut tout à fait porter sur l'énoncé dans son ensemble: « malheureusement, il n'est pas venu »; il peut même porter sur l'énonciation: « franchement, tu dois le faire » « vraiment, tu n'es pas juste ». Le champ de prédilection des adverbes d'énoncé se trouve souvent dans les questions: « que doit-il faire, en résumé ? » « à bien y réfléchir, que doit-il faire? ». « *stricto sensu*, que doit-il faire? » « plus globalement, que doit-il faire? » . L'adverbe modalise l'acte de langage lui-même en lui donnant une certaine inflexion. Le latin connaît ce type de tournures adverbiales d'énoncé, « *sententia mea* », « *stricta iuris ratione* », etc.

Nous nous proposons de comprendre la clause *ex fide bona* dans l'*intentio* comme un syntagme adverbial modalisant ainsi l'énoncé et définissant un point de vue sur lui : c'est en quelque sorte un commentaire phrastique. La seule inflexion qu'il donne par rapport à une *intentio incerta* sans *ex fide bona* porte sur l'énoncé dans son ensemble, et sur son énonciation en tant qu'elle est une instruction pour le *iudex*: cette *intentio* est l'objet second du *condemnato* (*quidquid...eius*). Elle impose un certain point de vue pour mesurer l'indéfinition de la proposition , qui est l'objet de la *condemnatio*. Dans la mesure où l'*intentio incerta* appelle à une évaluation, la clause *ex fide bona* infléchit le mode d'évaluation:

- (tout ce que X a l'obligation de donner-faire envers Y) ^{à l'estimer *ex fide bona*}
- (tout ce que X a l'obligation de donner-faire envers Y) ^{à moduler au regard de la bonne foi}
- (tout ce que X a l'obligation donner-faire envers Y) ^{à l'estimer/ à le moduler/ selon le paramètre de la *bona fides*}

Cela permet d'expliquer notamment pourquoi la clause est tournée vers l'*intentio* en tant que détermination de l'*officium iudicis*, et pourquoi la notion de *iudicium bonae fidei* est aussi souvent mise en rapport avec celle d'*officium iudicis*.

En un sens, c'est peu, mais c'est beaucoup. Elle ajoute quelque chose à la valeur estimatoire de cette *intentio*: elle impose de la manière la plus large possible un « *modello conoscitivo* » au *iudex* dans son *officium*. Il devra estimer le montant de la condamnation en tenant compte de ce paramètre supplémentaire qu'est la *fides bona*, ce paramètre pouvant être compris comme le modèle du *bonus uir*/ le comportement conforme à celui d'un *bonus uir*. Ainsi, la clause *ex fide bona* doit être comprise à l'aune de tout l'acte de langage que constitue la formule:

« qu'Aquilius Gallus condamne Numerius envers Agerius à tout ce que (pour la cause que N a géré la tutelle de A) N a l'obligation de donner ou de faire envers A, (seulement après l'avoir modulé et actualisé selon le paramètre de la *bona fides*/ en tenant compte de la *bona fides*/ en l'appréciant dans les limites de la *bona fides*/ en tenant compte de tout ce qu'on peut exiger entre *boni*.)¹²⁴⁷.

La clause porte sur l'activité d'estimation. La conséquence principale en est que, si *ex fide bona* est un adverbe d'énoncé, il ne fait pas partie du contenu de l'énoncé en tant que tel: il ne se réfère pas à la *ueritas* de l'*oportere*, pour parler comme Paul, et la clause *ex fide bona* ne fait pas essentiellement partie de l'*intentio*. Elle est le paramètre pertinent pour l'activité d'estimation, qui est l'*officium iudicis*. Elle impose simplement de « tenir compte de la *fides bona* » dans l'activité d'estimation du montant de la condamnation, qui est l'objet du *condemnare* (*quidquid...eius condemna*). Ce qui suppose que le juge prenne le point de vue du *bonus uir* dans l'activité concrète d'estimation de ce qui est déduit dans la formule, non dans l'activité abstraite de détermination des obligations substantielles caractéristiques du type contractuel visé, définies par la jurisprudence et représentant des normes banales de *ius civile*: Ce n'est pas la *fides bona* qui fait que l'acheteur doit payer le prix, ou que le locataire doit payer le loyer, que le vendeur doit livrer la chose: c'est le *ius*, qui est indirectement reflété par l'*oportere*, fondé sur le « *ob eam rem* » anaphorique de la *demonstratio*.

¹²⁴⁷ Dans sa structure, le fait que (*ex fide bona*) porte sur l'*intentio*, (*quidquid...eius*) objet de la condamnation, alors qu'il se rapporte au travail d'interprétation du *iudex*, qui vise un acte d'interprétation du contenu de la condamnation, peut se comparer, *mutatis mutandis*, à la structure « *urbem captam deleuit* »: il a pris la ville et l'a détruite. Ainsi *quidquid...oportet (ex fide bona) condemna*: évalue/module/actualise selon le critère de la bonne foi ce que X a l'obligation civile de donner ou de faire à Y, et condamne-le à cela.

L'autre conséquence majeure en est que l'estimation de la *fides bona* dépasse le champ de l'obligation entendue *stricto sensu*. Certes, c'est essentiellement l'exécution de l'obligation qui s'appréciera *ex fide bona*. Mais la *fides bona* peut être appréciée en amont du rapport contractuel fondé (*bona fides in contrahendo*), lorsque l'obligation n'existe pas; elle pourra être appréciée en marge du rapport contractuel (comportement dolosifs qui entretiennent un lien de connexité suffisant mais parfois tenu avec le *negotium*); elle pourra être appréciée même lorsque l'obligation a déjà été éteinte par voie de *litis contestatio* (comportement des parties durant l'instance).

La mention de la bonne foi aux côtés de l'*intentio* à valeur estimatoire modifie ainsi le schéma procédural classique des formules d'actions civiles personnelles.

1.2.1.2.1.2. La fonction essentiellement processuelle de la clause dans le programme judiciaire (B.)

Nous avons vu précédemment que cette clause peut avoir comme référents, pour les juristes, à la fois un fait à estimer (valeur qualificative) et l'étalon à l'aune duquel on apprécie un comportement (valeur normative). C'est dire que la clause désigne en réalité, non pas une norme, non pas un fait, mais l'opération complexe de qualification juridique qui sera déterminante dans la solution que doit apporter le *iudex* au litige, mais dans laquelle celui-ci dispose de larges pouvoirs¹²⁴⁸. On peut la gloser grossièrement de la manière suivante: « à évaluer et à moduler en fonction de ce qui s'exige entre *boni uiri* ».

Le rôle majeur de la clause est, nous semble-t-il, de modifier le schéma procédural classique en ce qu'il impose une exigence d'appréciation de la bonne foi qui modifie le sens du « *condemnari oportere post litis contestationem* »¹²⁴⁹(1). C'est ce qui permet de comprendre que le *liberum officium iudicis* désigne un rôle du juge différent dans l'instance (2), et d'expliquer la véritable teneur processuelle de la distinction *actio stricti iuris/ iudicium bonae fidei* (3).

¹²⁴⁸ Comparer à L.LOMBARDI, *Dalla Fides*, p.187 et *passim*.

¹²⁴⁹ Sur cet aspect essentiellement processuel, voir l'article important de B.SCHMIDLIN, « Der verfahrensrechtliche Sinn des *ex fide bona* im Formularprozeß », in *De iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow*, Berlin, 1980, p.359. L'auteur s'y concentre essentiellement sur les entorses à l'unilatéralité de la formule (compensation, inhérence des exceptions), laissant trop de côté les entorses à l'effet fixateur de la *litiscontestatio*.

1. Le rôle de la clause dans le schéma procédural classique: l'exigence d'une appréciation de la bonne foi processuelle.

Le droit commun des actions civiles personnelles fut résumé par un célèbre adage des *ueteres* qui nous est rapporté par Gaius: « *ante litis contestationem dari oportere, post litis contestationem condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere* »¹²⁵⁰. La *litis contestatio* déduit *in iudicium* l'obligation substantielle, exprimée métonymiquement par un *dari oportere*, et par là même l'éteint. C'est à ce niveau que commence un « *condemnari oportere* », sur lequel l'*officium* du *iudex*, qui est de *condemnare*, peut acquérir de l'importance¹²⁵¹.

Le schéma des actions de bonne foi peut selon nous se traduire ainsi:

dare facere oportere =>condemnari (ex fide bona) oportere=>iudicatum facere oportere.

La clause *ex fide bona* modifie en profondeur l'appréciation du *condemnari oportere*. Le « *quidquid...oportet* » éteint en l'exprimant l'obligation substantielle de *dare facere oportere*, et la formule présente le *debitum* dans un nouveau moule, le *condemnari oportere*¹²⁵². Mais ce *condemnari* est conditionné indirectement par un paramètre additionnel: *ex fide bona*, puisque l'appréciation du *condemnari oportere* ne peut se faire qu'en tenant compte de la *bona fides*.

Le *condemnari* dépend du paramètre de la *bona fides*, qui devient un facteur de complication dans l'estimation du litige, parce qu'il tempère l'équivalence de principe entre le *dare facere oportere* et le *condemnari oportere*, à trois titres au moins: elle impose une certaine manière d'apprécier l'exécution, voire la formation de l'obligation (1°). Mais l'appréciation des comportements conformes à la *bona fides* ne se fait pas uniquement pour l'exécution de l'obligation: les juristes ne comprennent pas *ex fide*

¹²⁵⁰ *Inst.*, III.180.

¹²⁵¹ Sur cette spécificité processuelle, voir notamment C.A.CANNATA, « *Bona fides e strutture processuali* », in *Il ruolo della buona fede oggettiva(...)*. Studi in onore di Alberto Burdese, dir. L.Garofalo, vol.I, CEDAM, 2004, p.257.

¹²⁵² Peut importe que cette extinction s'opère *iure ciuili*, ou qu'elle s'opère indirectement par voie prétorienne, *exceptionis ope*.

bona comme une simple détermination de *dare facere*, un modèle à l'aune duquel on mesure l'exécution de l'obligation avant que ne commence le litige. Cette appréciation à l'aune de la *fides bona* s'applique même aux comportements et aux événements postérieurs à la *litis contestatio* (2°), lorsque l'obligation est éteinte, et même le demandeur doit s'y conformer (3°).

1°il impose une évaluation selon le paramètre de la bonne foi du contenu de la prestation: il n'y a là rien d'étonnant, à ceci près que la *ratio decidendi*, quant au principe et quant au montant de la condamnation, devient très souvent la *bona fides*. Le *quidquid...oportet*, qui exprime l'obligation éteinte et qui a nové le *debitum* dans un *condemnari oportere*, ne peut être simplement apprécié sans tenir compte de la *bona fides*. Ce *quidquid* est limité à ce qu'on peut attendre d'un *bonus uir*. Cela peut tout à fait avoir une signification aggravante pour le défendeur, en ce qu'elle impose davantage, et le juge pourra examiner des comportements qui sont en marge du *negotium* proprement considéré. Mais la clause peut avoir une fonction atténuante (il suffit qu'il y ait eu *bona fides*): on ne pourra exiger davantage que ce qu'on exigerait d'un *bonus uir*, ou ce qu'un *bonus uir* exigerait. Elle permet d'apprécier l'exécution de l'obligation selon un schéma autre que le rapport simple exécution/inexécution.

La *bona fides* peut encore être appréciée dans la formation du contrat. Il est d'ailleurs à noter que, les actions de bonne foi n'étant pas des actions en nullité, cette prise en compte n'a pas pour but, avant l'époque médio-classique, de définir la validité du contrat, mais bien d'influer sur le principe et le montant de la condamnation.

2°surtout, ce critère impose une évaluation de la bonne foi indépendamment de l'extinction de l'obligation civile: la bonne foi s'apprécie même après la *litis contestatio*, lorsque l'obligation est éteinte par voie de *deductio in iudicium*.

C'est en ce domaine que l'on comprend le mieux la particularité du schéma processuel des *iudicia bonae fidei*, et du *condemnari ex fide bona oportere*. L'appréciation des comportements qui sont ou non *ex fide bona* et l'appréciation de ce qui est exigible entre *boni uiri* n'est pas limitée par l'effet fixateur de la *litis*

*contestatio*¹²⁵³. La bonne foi et la conformité aux attentes qu'on peut avoir d'un *bonus uir* s'apprécie au jour d'aujourd'hui, et la notion même de *fides bona* s'opposerait à ce que cette exigence disparaisse par l'effet extinctif de la *litis contestatio*. Ce sont même les comportements des parties durant l'instance que le critère de la *fides bona* sert sans doute le plus à évaluer. Cette évaluation peut d'ailleurs avoir des conséquences néfastes pour le défendeur (appréciation de son dol durant l'instance, restitution des fruits perçus durant l'instance), comme des conséquences bénéfiques pour le défendeur (absolution en cas d'offre de *satisfactio* pendant l'instance, dol de la partie adverse, possibilité de rétention).

C'est, nous semble-t-il, cette appréciation générale de ce qui est conforme ou non à la *bona fides*, indépendamment de l'effet fixateur de la *litis contestatio* et de la *deductio in iudicium*, qui fonde un principe, sinon spécifique aux *iudicia bonae fidei*, du moins qui prend une portée très large à leur propos: l'appréciation du litige selon le *tempus rei iudicatae*. La manifestation de la *bona fides* est évaluée, non au moment de la *litis contestatio*, mais jusqu'au moment du jugement: estimation des comportements dolosifs, prérequis subjectifs mais aussi souvent objectifs pour la condamnation, causes d'exonération. Cette particularité est d'autant plus étonnante que rien, dans la formule, ne permet de viser le *tempus rei iudicatae*, puisque le futur n'y est à aucun endroit employé. Mais, puisque le *condemnari oportere* est modulé selon un paramètre supplémentaire, celui de la *fides bona*, on n'apprécie pas le comportement uniquement avant la *litis contestatio*. La manifestation la plus spectaculaire de ce principe fut originellement, comme nous le verrons, la possibilité d'absolution en cas de *satisfactio inter moras litis*.

3° Enfin, autant la *litis contestatio* déduit *in iudicium* seulement l'obligation du défendeur (*quidquid Numerium...Agerio dare facere oportet*), autant l'appréciation de la bonne foi n'est pas limitée par ce principe: une exigence de bonne foi, surtout processuelle, pèse sur le demandeur, et est à l'origine des règles les plus spectaculaires attachés à la notion de *iudicium bonae fidei*.

La clause *ex fide bona* impose ainsi, et avant tout, une exigence de bonne foi processuelle, et ce sera au juge de l'apprécier et d'en tirer toutes les conséquences.

¹²⁵³ Voir en ce sens, C.A.CANNATA, *loc. cit.*, p.260.

2. Le *liberum officium*: un rôle du juge différent dans l'instance.

En quoi l'*officium* du juge est-il vraiment *liberum*? Sans doute Gaius parle-t-il d'une liberté particulière, car en soi toute indétermination crée une liberté: significativement, dans l'*actio ad exhibendum*, *iudex potest pluris uel minoris condemnare*, comme dirait Paul. Son pouvoir de condamner est donc là aussi *liberum*, en ce qu'il y aurait un « *quanti ea res erit* ». Dans l'*actio de eo quod certo loco*, il est même spécifié au juge de *pluris minorisue condemnare*. Mais la liberté du *iudex* dans l'office de condamner est particulière dans les actions de bonne foi. Cet *officium* nous paraît *liberum* au moins à trois, voire à quatre titres:

1° Le *liberum officium* dans les *iudicia bonae fidei* signifie que le juge a un rôle différent dans l'instance du fait d'une appréciation particulière du *condemnari oportere*. Pour qu'il y ait *condemnari oportere*, il faut, bien entendu, qu'il y ait un *dari (fieri) oportere*, et le juge se doit de vérifier ce *dari (fieri) oportere* pour condamner. Mais justement, dans un *iudicium bonae fidei*, il peut ne pas condamner là même où le schéma *dari (fieri) oportere* => *condemnari oportere* imposerait la condamnation, parce qu'il peut tenir compte d'un autre critère, exprimé par la clause *ex fide bona*, et qui est indifférent à ce moment-charnière du procès formulaire qu'est la *litis contestatio*. Le juge a donc une liberté sur le principe même de la condamnation, parce qu'elle ne dépend pas exclusivement de l'existence d'une obligation antérieure éteinte et « novée » par la *litis contestatio* en un *condemnari oportere*.

Ainsi, il déterminera le principe et le montant de la condamnation en tenant compte du paramètre de la bonne foi, et notamment de la manifestation de la bonne foi, même après la *litis contestatio*; il pourra diminuer ou augmenter ce qu'il obtiendrait en évaluant simplement « *quidquid dari fieri oportet* »¹²⁵⁴. La *bona fides* n'est pas non

¹²⁵⁴ Les Sabininiens, comme nous le verrons, considéraient, à la suite de Sabinus et de Cassius, que « *omnia iudicia absolutoria esse* ». Cette phrase est à comprendre comme un énoncé polémique face au « *condemnari oportere post litis contestationem* »: un *iudicium*, c'est à dire une formule, éteint purement et simplement une obligation en constituant un *condemnari oportere*, mais permet toujours encore selon Sabinus une absolution en cas de *solutio post litis contestationem*. En revanche, pour les *ueteres*, le *debitum* moulé dans une obligation de *dare (facere) oportere* est simplement et purement transvasé dans un *condemnari oportere*. Pour les *proculiens*, qui défendaient sur ce point un état du droit plus ancien, seuls certains *iudicia* parmi les actions civiles personnelles dérogeaient à cette règle et pouvaient être dits *absolutoria*: c'étaient les *iudicia bonae fidei*, notamment les *iudicia in quibus additur ex fide bona*, qui imposent un critère supplémentaire, insensible

plus un paramètre qui est soumis aux règles générales de la *deductio in iudicium: iure ciuili*, une seule obligation est déduite en justice, celle du défendeur, et c'est elle qu'il doit apprécier « *iure ciuili* »; mais lorsqu'il se place du point de vue de ce paramètre particulier qu'est la *bona fides*, il peut tout à fait « *aestimare bonam fidem* » entre les parties au procès, et notamment tenir compte des attitudes dolosives du demandeur; il peut tenir compte, à certaines conditions, de certaines dettes qu'a le demandeur.

2° dans la mesure où il peut condamner ou absoudre selon des critères qui ne dépendent pas uniquement de la vérification du *dari oportere* substantiel, il peut justement définir plus largement les conditions de l'absolution ou de la condamnation et prendre une part active à l'instance, en imposant certains actes aux parties, et aussi bien au demandeur qu'au défendeur. Nous le verrons, là encore, son office est *liberum* en ce qu'il est fort élargi (imposition de *cautiones*, de cessions d'actions, cession du bénéfice tiré de l'exercice d'une action, possibilité de déférer le *iusiurandum in litem* etc.). Le juge peut déterminer comment les parties peuvent se conformer, en cours d'instance, aux comportements exigibles d'un *bonus uir* pour pouvoir être absous (défendeur) ou pour pouvoir obtenir la condamnation (demandeur).

3° son *officium est liberum* en ce qu'il n'est pas fondé sur une instruction précise du préteur. Sa liberté, pour ainsi dire, est encore dans l'interprétation de la formule à lui soumise. Beaucoup de choses ne sont pas « *aperte uerbis expressae* » pour prendre l'expression célèbre de Gaius à propos de la compensation dans les actions de bonne foi: le fait de tenir compte des contrecréances du défendeur, de certains pactes, de certaines attitudes dolosives du demandeur, ne sont expressément indiquées dans la formule. Mais il est de son office de ne pas se sentir gêné par l'absence de commandement exprès du préteur.

4° enfin, et c'est fort important, son *officium est liberum* en ce qu'il est lui-même libre par rapport à la plupart des règles rapportables à son *officium*, qui constituent ce fameux « régime » caractéristique des *iudicia bonae fidei* et qui ne sont pas des règles qu'il a à appliquer mécaniquement mais dans la mise en oeuvre desquelles il dispose d'une grande liberté de choix. L'exemple canonique en est la compensation: si le *liberum officium* est posé comme un principe, au contraire la compensation est posée comme un possible, et non comme une règle qui s'imposerait

à l'effet novatoire et fixateur de la *deductio in iudicium*, pour déterminer non seulement le montant, mais même le principe

automatiquement au juge: il lui est « *liberum* » de ne pas tenir compte de la compensation. Le statut des règles qui sont fondées sur son *officium* est justement qu'il les exerce avec une marge discrétionnaire très forte. Ainsi, même les règles dégagées de la discipline des *iudicia bonae fidei* peuvent être écartées en vertu de son *officium*, si elles sont inopportunes, et pour cause, ce ne sont pas des règles de droit substantiel qui font partie du régime civil de l'obligation au point de s'y appliquer automatiquement: elles ne se réclament souvent que de l'*officium iudicis*. Dès que leur application, dégagées pourtant par l'interprétation de la clause *ex fide bona*, conduirait à des effets contraires à la bonne foi, il peut les écarter. L'on peut ainsi comprendre le sens de la distinction *strictum ius/bona fides*.

3. Le sens processuel de la distinction *iudicium bonae fidei/iudicium stricti iuris*.

L'opposition, célèbre quoique fort rarement mentionnée¹²⁵⁵, entre *actiones stricti iuris* et *actiones bonae fidei* ne joue pas en réalité sur le fondement de l'action et de l'obligation déduite en justice (1°), mais sur la raison déterminante de la condamnation (2°).

1° Il convient tout d'abord de comprendre "*stricti iuris*": ce n'est pas le « droit civil pur »: cette expression n'est en rien une désignation du droit légitime archaïque, du *ius civile*, et plusieurs faits nous le démontrent fort bien.

Une action prétorienne peut tout à fait être *stricti iuris*: l'expression *stricti iuris actio* est relativement rare chez les classiques, mais l'une de ses rares occurrences chez Ulpien¹²⁵⁶ montre qu'une action prétorienne peut être *stricti iuris*. Ce texte d'Ulpien fait très vraisemblablement partie du commentaire à la formule *in factum* de l'action de commodat¹²⁵⁷. Etendant à cette formule *in factum* la possibilité d'un *iusiurandum in litem*, par analogie avec la formule *in ius ex fide bona* du commodat, il considère

de la condamnation.

¹²⁵⁵ Elle est principalement le fait de Théophile dans IJ.IV.6.28.

¹²⁵⁶ Dig. 13.6.3.2 Ulpianus 28 ad ed. *In hac actione sicut in [ceteris] bonae fidei iudiciis similiter in litem iurabitur: et rei iudicandae tempus, quanti res sit, observatur, quamvis in stricti <.iuris iudicio> litis contestatae tempus spectetur.* IL est à noter que la corruption du texte pourrait être restituée plus simplement: *quamvis in stricti<s>* (s-e. *iudiciis*, terme mentionné dans la phrase précédente).

que le travaille du *iudex* sera, là aussi, de se placer du point de vue du *tempus rei iudicatae* pour évaluer le litige « bien que l'on considère (généralement) le *tempus litis contestatae* dans un *iudicium stricti iuris* ». Il commente sans doute le futur employé dans la *condemnatio* de la formule *in factum*, « *quanti ea res erit* »; sa concessive n'aurait aucun sens si justement on ne pouvait qualifier une formule *in factum* de *iudicium stricti iuris*. Donc, une formule *in factum* peut tout à fait être « *stricti iuris* ». C'est dire une première chose: l'expression *actio stricti iuris* ne se réfère absolument pas au fondement civil ou légitime de l'action¹²⁵⁸ par opposition aux fondements prétoriens.

A l'inverse, très vraisemblablement, il existe une formule *in factum* de la fiducia, exprimant donc une action prétorienne, qualifiée de *iudicium bonae fidei*. C'est dire une seconde chose: l'opposition *bonae fidei/stricti iuris* n'est pas une distinction qui classe les actions selon le fondement de la prétention.

Il existe d'ailleurs une autre expression, plus courante dans le Digeste, où l'on ne trouve pas *actio stricti iuris*, pas plus qu'on n'y trouve plus de deux fois l'expression d'*actio bonae fidei*. Cette expression est « *iudicium strictum* ». Elle est le pendant exact de l'expression courante *iudicium bonae fidei*. C'est dire encore une troisième chose: que la distinction fondamentale ne concerne pas l'action, mais plutôt l'instance et les pouvoirs de celui qui la conduit.

2° La distinction prend sens à l'aune de ce que nous avons dit en 1. et 2.. Dans un *iudicium bonae fidei*, la condamnation effective ne dépend pas seulement du droit strict, mais de l'évaluation du comportement à l'aune de la bonne foi: bref, de sa "*bona fides*". Cela ne veut pas dire que le fondement de l'obligation (*dari fieri oportere*) déduite serait moral; cela veut dire que la *ratio decidendi* pour le *iudex* (*condemnari oportere*) sera, en dernière instance, l'évaluation de la *bona fides*, et cela fait partie de son *officium*. C'est dire qu'il pourra en définitive absoudre ou condamner, condamner à tant ou à tant, en tenant compte aussi du paramètre de la *bona fides* avec tout ce que cela implique: il pourra notamment pour l'apprécier se

¹²⁵⁷ *Paling*, II, p.580, n.4. O.LENEL rattache à juste titre ce texte au commentaire du *quanti ea res erit* de la *condemnatio*.

¹²⁵⁸ Il nous paraît donc assez équivoque de parler d'un « *oportere* » de droit strict: on semble généralement sous-entendre par là que cette *oportere* serait fondé sur le droit strict, là où l'*oportere* des *iudicia bonae fidei* serait fondé sur la

placer du point de vue du *tempus rei iudicatae*, et ce parce que l'exigence de bonne foi inscrite dans la formule ne suit pas le sort de l'obligation civile, à savoir son extinction par la *deductio in iudicium*.

Cela ne signifie pas que la condamnation ne dépend pas du *ius*. Le juge doit identifier, à partir du type défini dans la *demonstratio*, les obligations civiles (le *dare facere praestare oportere*) caractéristiques de ce type, et voir si elles étaient déjà formées. Cela ne signifie d'ailleurs pas non plus que le *ius* au sens strict soit absent des *iudicia bonae fidei*, ce *strictum ius* désignant essentiellement le régime de droit commun de la *deductio in iudicium*, et les effets caractéristiques de la *litis contestatio* qui s'appliquent dans toute leur ampleur dans une action dite « de droit strict ». « *Stricto iure* », l'obligation est éteinte par la *litis contestatio*, et cette propriété se vérifie aussi dans les *iudicia in quibus additur ex fide bona; stricta iuris ratione*, la seule obligation déduite dans un *iudicium bonae fidei*, c'est celle à laquelle était astreint le défendeur, parce qu'une action personnelle sanctionnant un *dare facere* ne déduit pas les obligations du demandeur, et donc le *iudex* n'a pas automatiquement à prendre en compte les contrecreances du défendeur. Simplement, le *iudex* peut, voire doit, prendre en compte un autre paramètre comme *ratio decidendi*, pour établir dans son principe et dans son montant la condamnation: ce paramètre est la *bona fides*, qu'il sera libre d'évaluer en cours d'instance, et selon la façon dont elle se manifeste en cours d'instance, parce que justement la *bona fides* n'est pas un paramètre soumis au *ius strictum*.

Cela n'exclut nullement, bien au contraire, qu'il vérifie les prérequis civils, l'existence d'une obligation et son inexécution, pour condamner, mais la *ratio decidendi* reste avant tout le paramètre de la *bona fides*. A ce titre, l'expression *iudicium bonae fidei* est significative en elle-même: les juristes ont l'impression qu'en définitive, la solution que le *iudex* va donner au litige, en condamnant à tant ou à tant, ou en absolvant, dépend avant tout d'une appréciation de la *fides*. C'est pourquoi il appelle cette catégorie des jugements portant sur la bonne foi, au point qu'on peut dire que le *iudex* doit *aestimare bonam fidem*. Ulpien est même capable d'employer l'expression *iudex bonae fidei*: celui qui juge de la bonne foi, c'est-à-dire de la conformité d'un comportement aux canons du *bonus uir*.

fides bona. Cette opposition n'a selon nous de sens que si l'on parle d'une opposition entre deux types de *condemnari*

L'opposition *strictum ius / bona fides* se rencontre encore dans un autre de leurs emplois à titre de compléments de nom: *bonae fidei ratio*¹²⁵⁹/*stricta iuris ratio*. La *ratio* désigne l'égard, le point de vue. Et c'est bien un point de vue sur le litige et le *condemnari oportere*.

Ainsi, la distinction *bona fides/strictum ius* donne le schéma suivant, qui montre que la *stricta iuris ratio* désigne, quant au principe et quant au montant, l'équivalence intangible et uniforme entre le *dari oportere* et le *condemnari oportere* (qui impose donc concrètement au juge de vérifier simplement le *dari oportere* en se plaçant au jour de la *litis contestatio*), la *bonae fidei ratio*, les tempéraments qui doivent être apportés par le juge à cette équivalence, sans que la *bona fides* exclut le *ius*. Cette distinction joue tant quant au principe que quant au montant du *condemnari oportere*:

-Quant au principe de la condamnation: *stricta iuris ratione*, quand il y a *dari oportere*, il y a *condemnari oportere*; quand il n'y a pas de *dari oportere*, il n'y a pas de *condemnari oportere*. C'est ce schéma qui fait dire à Cicéron, de la formule de l'*actio certae creditae pecuniae*, « *iudicium durum, asperum, simplex* »¹²⁶⁰: il a montré pour défendre Roscius qu'il n'y a pas de *dari oportere*, et donc, *stricta iuris ratione*, il n'y a pas de *condemnari oportere*. Dans les *iudicia bonae fidei*, la corrélation est modifiée: dans la mesure où il y a *dari fieri oportere*, en principe il y a *condemnari oportere* « *stricta iuris ratione* », mais *bonae fidei ratione*, le juge pourra absoudre; en revanche, lorsqu'il n'y a pas de *dari fieri oportere*, il ne peut y avoir de *condemnari oportere*, *bonae fidei ratione* ou *stricta iuris ratione*, car la *bona fides* ne se substitue pas *ius*¹²⁶¹. Si l'on considère que la formulation caractéristique de la *stricta iuris ratio* est, non pas l'*oportere*, mais plutôt le « *paret* » de l'*intentio* qui exprime la vue stricte sur le litige, les actions de bonne foi expriment explicitement cette absolution en cas de défaut des prérequis du droit strict: *si non paret absolutio*. L'absolution, dans un *iudicium bonae fidei*, peut donc se faire soit par manque de

oportere, non de deux *dare facere oportere*.

¹²⁵⁹ Dig.18.4.21. Paulus 16 quaest.

¹²⁶⁰ *Rosc. Com.* §11.

¹²⁶¹ Il est vrai que la situation peut se produire où, *stricta iuris ratione*, il ne peut y avoir de *condemnari oportere* parce qu'il n'y a pas de *dari fieri oportere*, mais que *utilitatis causa*, il y aura un *condemnari oportere*; c'est le cas du mandataire qui a exécuté le mandat après la mort du mandant, mort qu'il ignorait et qui avait dissout le mandat: il pourra tout de même agir par l'action de mandat contre l'héritier. Mais il est à noter que selon Gaius (III.160), ce n'est pas propre à la nature de bonne foi de l'action de mandat, puisqu'il compare cette solution à celle du caractère libératoire du paiement fait à un esclave affranchi dont on ignorait l'affranchissement. Mais le parallèle prouve plutôt que dans l'action de mandat, on peut aussi envisager la question du *dari fieri oportere* « *stricta iuris ratione* », pour éventuellement l'écarter « *utilitatis causa* », lorsque le mandataire ignorait la mort du mandant, donc, était « de bonne foi »: c'est alors au vers « *subjectif* » de la bonne foi qu'on fait appel.

prérequis considérés du point de vue du droit strict, *stricta iuris ratione* (*si non paret absoluto*), soit *officio iudicis, bonae fidei ratione* (*ex fide bona*). Mais la condamnation suppose toujours un *dare facere oportere* préexistant, quoi qu'il puisse être interprété très largement¹²⁶².

-quant au montant de la condamnation: là où il y a *dari fieri oportere* évaluable à tant, le *condemnari oportere* équivaudra à ce même montant « *stricta iuris ratione* », mais pourra être modulé « *bonae fidei ratione* », à la hausse comme à la baisse. Ainsi, en matière de compensation: *stricta iuris ratione*, si le tuteur, qui a dépensé 30 de son propre patrimoine, détient 100 du patrimoine du pupille, il y a un *condemnari oportere* à 100; mais *bonae fidei ratione*, il est POSSIBLE (mais non nécessaire) que le juge détermine un *condemnari oportere* à $100-30=70$. De même, celui qui a acheté un bien pour un prix fixé à 100, doit, *stricta iuris ratione*, 100, et il y a *stricta iuris ratione, condemnari oportere* à cent, mais *bonae fidei ratione*, il devra en plus des intérêts pour le retard qu'il a mis dans l'exécution de son obligation. Significativement, comme nous le verrons, ce genre de modulation est dit s'opérer, du point de vue positif, « *officio iudicis* », et du point de vue négatif, « *non ex obligatione* ».

Il est encore à noter que cette distinction *stricti iuris ratio/bonae fidei ratio* ne recouvre pas celle entre obligations certaines et obligations incertaines. L'*actio ex stipulatu* sanctionne une obligation incertaine, mais elle est « de droit strict »: l'obligation est certes encore non évaluée au moment de la *litis contestatio*, mais le juge doit s'en tenir à la *stricta iuris ratio*, et donc considérer les termes du litige tels qu'ils furent figés « *iudicii accipiendi tempore* ». Et cela ne tient pas au fondement civil de l'action, mais à la nature du *iudicium*, qui est là encore, *asperum, durum, simplex*, même s'il l'est moins en ce sens que le litige n'est pas fixé explicitement à une certaine somme dans la formule. Mais l'indétermination de la valeur pécuniaire de la *lis* n'est pas un critère pertinent pour dire qu'une action n'est pas de droit strict, puisque par exemple l'*actio certae creditae rei*, suppose une évaluation pécuniaire de la chose à donner.

¹²⁶² L'une des meilleures preuves que l'*oportere* n'est pas fondé sur la *fides bona*, mais que l'examen de la *fides bona* ne prend sens qu'une fois établi un *oportere*, est la difficulté qu'il y a eu à sanctionner par l'*actio ex uendito* la restitution des fruits en cas de vente résolue par pacte commissaire, même lorsqu'on a reconnu que ces ventes étaient des ventes parfaites sous conditions résolutoire. Lorsque ces ventes étaient considérées comme conditionnelles, il manquait un prérequis pour vérifier la *demonstratio*, et c'était peut-être encore ce que pensait Ariston, à la suite de Sabinus (voir P.ZILLOTTO, *op.cit.* p.). Mais même lorsque ces ventes furent considérées comme des ventes parfaites, la résolution de la vente semblait empêcher, pour certains, qu'il y ait un *oportere*, parce qu'elle avait anéanti le contrat d'où découlait un *dare facere oportere*.

Quoi qu'il en soit, un standard processuel tel que la clause *ex fide bona*, qui fait dépendre le *condemnari oportere* d'un critère supplémentaire, n'est pas isolé dans la procédure formulaire.

1.2.1.2.2. *La clause ex fide bona comparée à d'autres standards processuels en procédure formulaire (II)*

Une telle définition des pouvoirs du juge dans l'instance à partir d'un élément considéré comme « *additum* » dans la formule mérite d'être comparée à d'autres clauses typiques de la procédure formulaire et qui définissent des standards.

S'il partage certains traits communs avec le standard de l'*aequum bonum*, avec lequel il a une ressemblance apparente (A), il est davantage à rapprocher sémantiquement de l'*arbitratus boni uiri*, avec lequel il entretient une proximité relative (B), mais sa fonction processuelle spécifique conduit davantage à le comparer au standard de la clause restitatoire des formules arbitraires, avec laquelle sa proximité est bien réelle (C).

1.2.1.2.2.1. *Une proximité apparente avec le standard de l'aequum bonum (A)*

Le standard de l'*aequum bonum* se rencontre dans différentes formules, appelées « *in aequum bonum conceptae* »: les différentes formules de l'*actio iniuriarum*, l'*actio funeraria*, l'*actio de sepulchro uiolato*, et enfin l'*actio* de l'édit de *feris*, et enfin, mais à un titre un peu particulier, la formule de l'*actio rei uxoriae*. Il est assez ancien, puisqu'il semble avoir été employé dès le milieu du II^{ème} siècle dans des « formules » réglementant des arbitrages internationaux où les parties à la controverse s'étaient tournées vers Rome pour régler leurs litiges. Le standard apparaît généralement à la fin de la formule, dans la définition du montant de la *condemnatio*: *quantum iudici (/recuperatoribus) aequum bonum uidebitur eum condemnari*.

La clause *ex fide bona* manifeste sans doute quelques très fortes similitudes avec le standard de l'*aequum bonum* en ce qu'elle cherche à circonscrire un *incertum* qui n'est

pas juste la valeur de la *res*(1), mais elle s'en écarte radicalement en ce que sa fonction estimatoire n'est pas du tout la même (2).

1. Une similitude: la circonscription d'un *incertum*

Il existe de très fortes similitudes entre ces deux standards qui définissent l'office du juge dans son pouvoir de condamner. Et cela est démontré par les prudents eux-mêmes.

Lorsque Gaius évoque les quatre contrats consensuels, il glose l'*intentio* des formules qui seront à la disposition de chaque partie au contrat par un « *quod alterum alteri ex aequo et bono dare facere oportet* », encore qu'il nous semble que l'*aequitas* visée dans cet extrait insiste davantage sur le rapport de réciprocité qui lie les parties, en contraste avec l'unilatéralité qui caractérise les *obligationes uerbis, re et litteris*. Plus probante est en revanche la définition des pouvoirs du *iudex* donnée par les *Institutes* de Justinien à propos des *iudicia bonae fidei*¹²⁶³, et où il reprend, selon toute vraisemblance un passage malheureusement mutilé des *Institutes* de Gaius: le juge peut estimer *ex bono et aequo* ce que l'on doit restituer à l'acteur. Cette expression est d'ailleurs employée encore par Ulpien, à propos de l'action contraire de mandat et du remboursement des intérêts au mandataire¹²⁶⁴. L'*aequum bonum* est une notion qui est souvent convoquée à propos des *iudicia bonae fidei*. Parfois, même, la tournure impersonnelle *e fide bona esse* est mise en parallèle avec la tournure *aequum esse*. Bien entendu, cet *aequum bonum* se réfère essentiellement, là encore, à la réciprocité et à la bilatéralité qui caractérise l'institution protégée par le *iudicium*. Il n'en reste pas moins que la définition des pouvoirs du juge dans un *iudicium bonae fidei* se réfère à l'*aequum bonum*.

Inversement, l'*aequum bonum* convoque parfois la *fides bona*: ainsi, dans le passage déjà étudié concernant l'*actio funeraria*, Ulpien nous dit que l'*aequum bonum* s'apprécie « *ex dignitate, et ex bona fide* ». La *bona fides* devient un critère de détermination de ce qui est *aequum bonum*. Cela est sans doute dû au fait que la discipline de l'*actio funeraria* est largement parallèle à celle de l'action contraire de

¹²⁶³ In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi quantum actori restitui debeat.

¹²⁶⁴ Dig. 17.1.12.9 Ulpianus 31 ad ed. (...) et (ut est constitutum) totum hoc ex aequo et bono iudex arbitrabitur.

gestion d'affaires, parce qu'elle vise à un remboursement de dépenses: le succès de l'action dépend ici aussi de la bonne foi du demandeur, qui ne saurait faire des dépenses excessives en sachant pertinemment qu'il dilapide ainsi le patrimoine de l'héritier..

Enfin, à ce même titre l'*aequum bonum* peut à ce point impliquer la *bona fides* qu'une des formules *in bonum aequum conceptae*, à savoir celle de l'*actio rei uxoriae*, est à partir de l'époque classique définie comme un *iudicium bonae fidei*. Elle ne possède pas un *quantum tibi aequum bonum uidebitur Numerium Negidium condemnari*, mais, très vraisemblablement, un simple *quod aequius melius erit*. C'est dire que l'interprétation de l'*aequum bonum* peut avoir des conséquences similaires à celles de la clause *ex fide bona*. On ne rencontre pas ces similitudes que dans l'*actio rei uxoriae*: ainsi les prudents décident de rattacher, dans l'*actio iniuriarum*, à l'*aequum bonum*, l'extinction *ipso iure*, et non *exceptionis ope*, de l'action d'injures par un pacte, encore que cela apparaisse davantage comme une justification a posteriori d'une règle en réalité posée par la loi des XII tables, à savoir l'extinction de l'action par voie de pacte légitime.

Les deux standards ont donc quelque chose de flou et par là même ne sont pas imperméables l'un à l'autre: ils modalisent dans les deux cas, par un lexique mélioratif, l'appréciation d'un *incertum*, car chacune entre en jeu dans une relative indéfinie (*quidquid/ quantum*) qui exprime le complément d'objet second du verbe « *condemna/condemnate* » (*quidquid..eius condemna/ quantum...tantum condemna*). Chacune modalise à sa manière un énoncé qui fait l'objet de la *condemnatio*: l'une modalise l'énoncé en tant que tournure impersonnelle introduisant une infinitive « *quantum aequum bonum erit +eum condemnari*; l'autre modalise l'énoncé en tant qu'adverbe d'énoncé: *condemna eius(quidquid...oportet)*^{*ex fide bona*}.

Mais les similitudes, aussi fortes soient-elles, s'arrêtent là.

2. Une différence fondamentale dans la fonction estimatoire.

Il y a des différences radicales entre ces deux standards.

1° L'*aequum bonum* est une expression abstraite et impersonnelle. La *fides bona* est un standard construit à partir d'un lexème qui fait référence à la part concrète de l'individu romain: sa *fides*. Nous avons vu que « *bona* » représentait une sorte d'hypallage: elle renvoie au modèle idéal, mais concret et personnel, du *bonus uir*. Une *fides bona* est une *fides* de *bonus*, une *fides* qui est conforme à celle du *bonus*; significativement, l'*aequum bonum* est à tel point un modèle cognitif abstrait qu'il est référé à la subjectivité de celui qui juge: *quantum tibi uidebitur aequum bonum* ». Or un pareil appel à la subjectivité du *iudex* n'est pas explicitement mentionné dans les *iudicia* à clause *ex fide bona*. Et ce parce que la *bona fides* peut se référer par elle-même à un fait comportemental qui idéalement, ne dépend pas de la subjectivité du *iudex*.

Plus généralement, quant aux notions même d'*aequitas* et de *bona fides*, on peut significativement, dans la langue romaine, dire qu'on interprète des lois selon l'équité, non *ex bona fide*: c'est seulement l'époque moderne qui parle d'interprétation « de bonne foi »¹²⁶⁵: même dans les actions de bonne foi, on parle d'*aequitas* dès qu'il s'agit d'interprétation des règles juridiques: *aequitas compensationis*, *aequitas iudicii*, on ne parle pas de *bona fides compensationis*. A l'inverse, la *bona fides* peut être en soi un étalon de comportements, non l'*aequum bonum*. Et la *bona fides* peut être elle-même l'objet de l'évaluation (*bonam fidem aestimari*), comme un objet de prestation (*bonam fidem praestare*). C'est montrer que, du point de vue sémantique, ces deux standards sont déjà fort différents.

2° La fonction estimatoire de l'*aequum bonum* est fort différente de celle de la *fides bona*:

-l'*aequum bonum* semble convoqué dans les formules *in aequum bonum conceptae* pour mesurer ce qui relève de l'extrapatrimonial, ou du moins ce qui ne relève jamais entièrement du patrimonial. Son champ de prédilection, ce sont les formules des actions d'injures: quel prix donner à un oeil, à un bras cassé, une fois que le préteur s'est écarté de la conception tarifaire des injures prévue par la loi des XII tables? quelle est la différence pécuniaire entre insulter en public un magistrat et un homme

de rien? Quel est la valeur de la violation d'une sépulture, si ce qu'on poursuit n'est pas un dommage matériel, mais une offense à nos ancêtres? Dans l'*actio de feris*, quelle valeur a la douleur infligée par la morsure d'un animal à une personne libre? Sans doute l'*actio funeraria* et l'*actio rei uxoriae* n'ont-elle pas pour but d'évaluer le dommage extrapatrimonial, et ce sont significativement celles qui sont rapprochées le plus du groupe des actions de bonne foi. Mais elles impliquent, pour l'évaluation de ce qui doit être restitué ou remboursé, d'apprécier des éléments purement extrapatrimoniaux. Dans l'*actio rei uxoriae*, quel est le prix de l'honneur bafoué du mari par sa femme adultère, quelle est la valeur pécuniaire des *mores* de la femme, qui ouvre droit à une *retentio*? De même, dans l'action funéraire, comment apprécier la dignité de la personne enterrée, et ce qu'il convenait de dépenser pour elle? En revanche, la fonction de la clause *ex fide bona* n'est pas, loin de là, de mesurer l'immesurable. On poursuit toujours des dommages patrimoniaux, *lucrum cessans* comme *damnum emergens*, même si on en fait un calcul élargi par le paramètre de la *bona fides* qui détermine la condamnation. Sans doute existe-t-il quelques opinions de juristes qui montrent que les actions de bonne foi finirent par toucher l'extrapatrimonial. Seul un texte de Julien concernant l'*actio* de tutelle, et le tuteur qui aurait omis de donner des *alimenta* à la soeur ou à la mère de son pupille, semble envisager un dommage extrapatrimonial: mais selon Ulpien, il semblerait que ce soit une position propre à Julien. L'on songe encore à un célèbre texte de Papinien¹²⁶⁶ sur l'action d'un mandant qui avait demandé au mandataire de racheter son frère et de l'affranchir: celui-ci refuse de le libérer. Mais la question de l'*affectus ratio* n'est pas posée comme une prise en compte du préjudice moral dans l'estimation que fera le juge. Elle a servi, dans des cas-limites, à trouver un *id quod interest*, qui est alors envisagé condition de recevabilité de l'action de mandat: pas d'*actio mandati* sans *id quod interest*. Une fois le demandeur recevable à agir, puisque le mandataire a une attitude résolument dolosive, le juge saura le contraindre à s'exécuter en déferant au demandeur le *iusiurandum in litem*. On en vient sur ce à la différence fondamentale entre ces deux standards.

¹²⁶⁵ L'expression *interpretatio bonae fidei*, qui ne se trouve qu'une seule fois dans le digeste, a de fortes chances de vouloir dire « l'interprétation de la clause *ex fide bona* ».

¹²⁶⁶ Dig. 17.1.54pr. Papinianus 27 quaest. *Cum servus extero se mandat emendum, nullum mandat est. sed si in hoc mandat intercessit ut servus manumitteretur nec manumiserit, et pretium consequetur dominus ut venditor et affectus*

3° L'*aequum bonum* sert à quantifier le montant d'une condamnation. Significativement, il permet l'appréciation d'un *quantum*¹²⁶⁷; La *fides bona* sert à apprécier un *quidquid*: certes, elle sert à apprécier et à transformer en condamnation pécuniaire ce qui est déduit en justice et exprimé dans l'*intentio*: mais elle sert aussi à apprécier ce que le défendeur peut encore faire pour mériter l'absolution; et elle sert d'étalon, de critère, pour distinguer l'exécution et l'inexécution de l'obligation. La clause *ex fide bona* impose, en plus d'une détermination du contenu de l'obligation civile caractéristique de l'institution visée par la *demonstratio*, une prise en compte de la *bona fides*, et une attention à tout ce qui s'y conforme comme à tout ce qui ne s'y conforme pas, que cela soit en marge ou au coeur du *negotium*, dans la formation ou dans l'exécution de l'obligation, que cela concerne la période avant ou après la *litis contestatio*: la formule met en avant la *fides bona* comme le paramètre qui sera la *ratio decidendi* de la sentence du *iudex*. C'est donc un standard tout à fait différent de l'*aequum bonum*, qui sert directement à quantifier ce qui est a priori inquantifiable, mais qui ne sert pas, en principe, à moduler la solution qui serait obtenue *stricta iuris ratione*. La *fides bona* sert indirectement à quantifier ce qui est tout à fait quantifiable, en ce sens qu'elle modifie la quantification qui serait faite *stricta iuris ratione*: la condamnation effective variera, dans son principe comme dans son montant, en fonction d'une appréciation très élargie des comportements qui ont quelque connexité avec le *negotium*.

C'est pourquoi elle mérite d'être comparée à deux autres standards, à l'*arbitratus boni uiri* et à la clause restitutoire.

1.2.1.2.2.2. Une proximité relative avec le standard de l'*arbitratus boni uiri*. (B)

ratione mandati agetur: finge filium naturalem vel fratrem esse (placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam).

¹²⁶⁷ Nous verrons que le cas de l'*actio rei uxoriae* est à part; son *aequus melius* à une fonction plus large, et c'est pour cela que cette action put être assimilée à l'*actio rei uxoriae*.

L'arbitratus boni uiri, ou *arbitrium boni uiri*, est une expression courante de la langue juridique qui se rencontre au moins en deux grandes occasions:

-elle est très fréquente dans les testaments et dans les stipulations, et notamment dans les stipulations dites prétoriennes, et concerne donc particulièrement le champ des *cautiones*; on la retrouve donc aussi, textuellement, dans les promesses édictales qui contraignent des individus à prendre de pareilles stipulations. Elle permet très souvent de définir un standard dans l'exécution d'une obligation incertaine moulée dans la stipulation, ou dans l'exercice d'un droit qui se trouvera limité par une stipulation.

-enfin, elle est évoquée dans l'argumentation des juriconsultes qui cherchent à sauver, dans certains actes juridiques, des clauses purement potestatives, en considérant que ces clauses font implicitement référence à un *arbitrium boni uiri*.

Nous avons vu que la *fides bona* est la *fides* en tant qu'elle se conforme aux attentes qu'on a d'un *bonus uir*. A ce titre, leur proximité sémantique est évidente: si l'on considère de surcroît que *fides bona* n'est qu'une métonymie du *bonus uir*, comme un cœur noble pour une personne de cœur noble, et que la clause impose le point de vue du *bonus uir*, cette proximité est presque une identité. Ces deux expressions, en tant que standards présents dans la langue juridique, participent d'un même style; un style élégant et positif qui fait référence aux valeurs « nobles » et aux modèles de comportements idéaux: il visent à réprimer les fraudes, les *astutiae*, sur un mode mesuré et euphémique; c'est encore ce style « feutré » qui se rencontre dans la formule de la fiducie, « *ut inter bonos* », très proche dès l'époque républicaine de la clause *ex fide bona*.

C'est pourquoi la clause *ex fide bona* et *l'arbitratus boni uiri* se convoquent mutuellement et sont naturellement rapprochés par les juriconsultes (1), mais elles ont des natures distinctes en ce que leur impact processuel est fort différent (2).

1. Le rapprochement conscient entre *bona fides* et *arbitrium boni uiri*.

Ce rapprochement conscient se manifeste très tôt: on peut déjà montrer leur proximité dans la langue de Caton l'Ancien: au §14 du *De agricultura*, il emploie un modèle proche du *bonus uir*, le *bonus dominus*, et parle des paiements faits « *fide*

bona »¹²⁶⁸. Au §144, 145,146, l'expression « *boni uiri arbitrato deducetur* » manifeste une pratique qui se rapproche de la compensation dans les actions de bonne foi.

Au Ier siècle de l'époque classique, Proculus témoigne directement de ce rapprochement¹²⁶⁹ : la constitution des parts dans la société peut être laissée à un tiers, mais celui-ci doit apprécier ces parts selon l'*arbitratus boni uiri*, et Proculus semble avoir mis cette règle en rapport avec la clause *ex fide bona*. Plus tard, Paul¹²⁷⁰ en fait tout autant à propos de la *locatio-conductio* : si l'ouvrage fait par le *conductor* doit recevoir l'approbation à la discrétion du *dominus*, ce pouvoir discrétionnaire est enserré dans les limites de l'*arbitrium boni uiri*. Ulpien va jusqu'à en faire une généralisation, considérant que tout pouvoir discrétionnaire dans un contrat de bonne foi doit être interprété comme se référant à l'*arbitratus boni uiri*.

L'*arbitrium boni uiri* est alors convoqué pour une de ses fonctions les plus typiques : lorsqu'une clause apparaît comme purement potestative dans sa littéralité ou lorsqu'elle laisse à un tiers un pouvoir discrétionnaire, l'*arbitrium boni uiri* sert à limiter cette potestativité et donc à sauver la clause. C'est notamment le cas d'un legs incertain, où son montant est laissé à la discrétion de quelqu'un : significativement, les deux cas que nous possédons au Digeste sont ceux d'un legs dont le montant est laissé à la discrétion de tuteurs¹²⁷¹, tuteurs dont la gestion peut faire l'objet d'un *arbitrium tutelae* « *ex fide bona* ».

Lorsque l'*arbitrium boni uiri* est explicitement mentionné, il convoque à son tour une méthode de raisonnement très proche de celle qui entoure l'interprétation de la clause *ex fide bona*, essentiellement en matière de responsabilité et d'inexécution. Dans la mesure où l'*arbitrium boni uiri* comme la clause *ex fide bona* servent à apprécier l'exercice d'un droit ou l'exécution d'une obligation, on remarque que cette clause présente dans les stipulations conduit souvent à la même casuistique que celle présente dans les actions de bonne foi. L'exemple le plus manifeste en est donné par la *cautio usufructuaria*. L'usufruitier s'oblige par une stipulation envers le nu-propriétaire à user et à tirer les fruits de la chose *boni uiri arbitrato*. La casuistique

¹²⁶⁸ §14: Huic operi pretium ab domino bono, quae bene praebeat quae opus sunt et nummos fide bona solvat, (...)

¹²⁶⁹ Dig. 17.2.78 Proculus 5 epist. *In proposita autem quaestione arbitrium uiri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est.*

¹²⁷⁰ Dig. 19.2.24pr. Paulus 34 ad ed. *Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitrato domini opus adprobetur, perinde habetur, ac si uiri boni arbitrium comprehensum fuisset, idemque servatur, si alterius cuiuslibet arbitrium comprehensum sit: nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit (...)*

qu'emporte cette stipulation est nécessairement très proche de celle des actions de bonne foi sanctionnant un *commodat* ou une *locatio rei*, qui laisse l'*uti frui* au locataire ou au *commodataire*. L'*arbitratus boni uiri* sert à définir dans quelle mesure la stipulation est *commissa*, et permet d'agir contre l'usufruitier qui abuse de son droit; ainsi, il doit *praestare custodiam*, tout comme un *commodataire* ou un locataire. En bref, la mention d'un *arbitrium boni uiri* joue un rôle similaire à la mention du *bonus paterfamilias*. De même, la *stipulatio collationis* induit la même forme de casuistique; le promettant ne répond que de son *dol* et de sa *culpa* dans la perte des biens qu'il doit « *conferre* », et ce en vertu de l'*arbitratus boni uiri*. La *filia* qui doit faire la *collatio dotis* répond de même de sa *mora* et donc devra des *usurae* « *boni uiri arbitrato* ». En bref, il existe de très fortes analogies entre la casuistique induite par la clause *ex fide bona*, et celle induite par la clause « *arbitratu boni uiri* ».

Toutefois, il existe là encore des différences radicales, et l'analogie ne vaut pas identité.

2. Un impact processuel différent.

La clause « *arbitratu boni uiri* », essentiellement caractéristique des stipulations prétoriennes n'est pas une clause présente dans les formules d'action; lorsqu'elle est présente, c'est dans la stipulation. Cela a une conséquence majeure: l'action *ex stipulatu* qui sert à la sanctionner ne change pas en principe de nature du fait de la mention de l'*arbitratus boni uiri*: l'*arbitratus boni uiri* permet de mesurer dans quelle mesure la stipulation est « *commissa* ». Mais elle reste un paramètre imposé par l'acte juridique, quand bien même cet acte se voit imposé par l'*imperium* du préteur. Ce n'est pas un critère qui découle directement de la formule qui exprime l'action et qui définit le programme judiciaire. Elle a de ce fait un impact processuel différent.

1° La clause *ex fide bona* permet l'appréhension la plus extensive qui soit du *dol*: le juge pourra implicitement prendre en compte toutes les formes de manœuvres frauduleuses qui ont accompagné le *negotium*, parce qu'il peut, voire doit en tenir compte dans le principe comme dans le montant de la condamnation; l'*arbitratus boni*

¹²⁷¹ cf. par exemple Dig 31.1.1 Ulpian, 9 ad Sab., mais surtout Dig. 32.14, où Celse relate à ce propos l'avis de

uiri se réfère généralement à une obligation ou à un droit précis (*restituere, defendere, uti frui*, etc.), et il n'est qu'un complément de manière d'un verbe exprimant une action précise, qui n'a pas comme objet un *quidquid*. Significativement, la plupart des stipulations prétoriennes qui contiennent l'*arbitratus boni uiri* font en plus explicitement mention d'une *clausula doli* pour permettre une appréhension plus extensive du dol.

2° Cet *arbitratus boni uiri* ne permet pas à l'action de changer de nature. Le programme judiciaire défini par la formule restera en principe celui d'une action « de droit strict », et le juge ne tirera une liberté d'appréciation que de l'interprétation des termes de la stipulation. Mais l'instance n'obéira pas à un régime processuel différent de celui d'une action de droit strict: les propriétés processuelles des *iudicia bonae fidei* ne s'y retrouveront pas, ou du moins, si elles s'y retrouvent, ce ne sera pas dû à la mention particulière dans la formule.

C'est donc à ce titre une forme de standard qui accroît la liberté d'appréciation du juge, mais de manière fort différente: ce sont les termes de la stipulation, non les termes propres de la formule qui accroissent le pouvoir d'appréciation du *iudex*. En revanche, la proximité quant à l'impact processuel est beaucoup plus forte entre la clause *ex fide bona* et la clause restitutoire des formules arbitraires.

1.2.1.2.2.3. Une proximité réelle avec le standard de la clause restitutoire dans les formules arbitraires (C)

La clause restitutoire dite clause arbitraire se rencontre dans les formules de toutes les actions réelles, dans bon nombre d'actions prétoriennes (*actio de dolo*, *actio metus*, etc.), ainsi que dans une action civile personnelle, l'*actio ad exhibendum*, en vertu de sa complémentarité avec les actions réelles, et sans doute dans l'*actio aquae pluviae arcendae*. Elle se présente généralement sous la forme d'un « *nec restituetur* » ou d'un « *nec arbitrio (iudicis) restituetur* ».

Le standard induit par la clause *ex fide bona* apparaît *a priori* fort différent: celle-ci n'apparaît jamais que dans une formule d'action sanctionnant des obligations civiles de *dare facere*. Elles ont à ce titre des domaines d'application entièrement distincts.

Pourtant, les *iudicia bonae fidei* et les formules arbitraires sont souvent rapprochés par les prudents eux-mêmes (1) en ce qu'elles représentent chacune des paramètres complémentaires du *condemnari oportere* concédant une *liberas potestas* au *iudex*(2), même si elles restent des mécanismes distincts (3).

1. Le rapprochement fréquent par la jurisprudence classique.

A maints endroits et à des titres divers, les actions de bonne foi sont associées aux actions arbitraires. A preuve, lorsque Papinien prétend généraliser le principe de la restitution des fruits, il dit qu'elle aura lieu même dans les actions qui ne sont ni de bonne foi, ni arbitraires¹²⁷². De même, lorsque Gaius présente la thèse des Proculiens sur les exceptions à l'impossibilité d'une *satisfactio inter moras litis liberatoire*, il associe actions de bonne foi et actions à clause restitutoire¹²⁷³.

Mais leur rapprochement à titre de principe se trouve dans les *Institutes* de Justinien, en IV,6¹²⁷⁴, sans qu'on sache si ce rapprochement se trouvait explicitement chez Gaius, ou si leur association venait simplement du problème de la *satisfactio inter moras litis*: il devait très vraisemblablement se trouver chez d'autres jurisconsultes.

¹²⁷² Dig. 22.1.3.1 Papinianus 20 quaest. *In his quoque iudiciis, quae non sunt arbitraria nec bonae fidei, post litem contestatam actori causa praestanda est in eum diem, quo sententia dicitur: certe post rem iudicatam tempus a fructibus dependendis immune est.*

¹²⁷³ IV,114

¹²⁷⁴ II, IV.7.29 *Praeterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio iudicis pendentes, appellamus, in quibus nisi iudicis is cum quo agitur actori satisfiat, veluti rem restituat vel exhibeat vel solvat vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. sed istae actiones tam in rem quam in personam inveniuntur. in rem veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur: in personam veluti quibus de eo agitur quod aut metus causa aut dolo malo factum est, item qua id quod certo loco promissum est, petitur. ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pendet. in his enim actionibus et ceteris similibus permittitur iudici ex bono et aequo, secundum cuiusque rei de qua actum est naturam, aestimare quemadmodum actori satisfieri oporteat.*

Après avoir évoqué les actions de bonne foi pour les opposer aux actions de droit strict¹²⁷⁵, les *Institutes* présentent comme une addition les actions arbitraires¹²⁷⁶.

Il est significatif que les pouvoirs du *iudex* y soient présentés de la même manière: on fait référence à sa *libera potestas*, et à l'*aestimatio ex aequo et bono* alors même que ces deux types de formules ne font pas mention de l'*aequum bonum* comme les *formulae in aequum bonum conceptae*. Dans les deux cas, l'estimation *ex aequo et bono* ne se réfère pas directement au montant de la condamnation. Et pour cause, aussi bien la clause *ex fide bona* que la clause restitutoire se présentent comme des paramètres supplémentaires de la condamnation.

2. Une fonction commune: un paramètre supplémentaire dans la détermination du *condemnari oportere*.

Les deux standards conduisent à moduler le *condemnari oportere* et à façonner originalement l'*officium iudicis* pendant l'instance.

1° Les actions arbitraires définissent un « *condemnari oportere nisi restituat* », et non un *condemnari oportere* pur, celui qu'on peut appeler « de droit strict »: l'expression est technique, vu l'insistance avec laquelle Ulpien l'emploie, par exemple à propos de l'*actio ad exhibendum*¹²⁷⁷. Cela tient à la rédaction de la formule, car le subordonnant « *si* » qui ouvre l'*intentio* conditionne de fait deux éléments: « *si paret...+proposition infinitive (soit visant le *ius*, soit visant le *factum*) nec ea res (arbitrio tuo) restituetur* ». Il est intéressant de remarquer que cette clause fait partie, syntaxiquement, de la proposition subordonnée qui contient l'*intentio*, mais qu'elle n'est pas modalisée par le « *paret* »: seule l'infinitive régie par le *paret* vaut *intentio*. La clause arbitraire complète la proposition qui énonce l'*intentio*, sans faire partie de l'*intentio*: à ce titre, elle apparaît elle aussi comme « *addita* ».

La clause *ex fide bona*, qualifiée, à tort ou à raison, d'*addita*, implique un « *condemnari ex fide bona oportere* », en ce sens que le contenu de la condamnation

¹²⁷⁵ IJ.4.6.28. *Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris, (...) In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi quantum actori restitui debeat(...)*

¹²⁷⁶ IJ.4.6.31. Sans doute la notion d'action arbitraire qui y est développée est plus large que celle de formule à clause restitutoire: les actions noxales, ou l'*actio de eo quod certo loco* ne possédaient pas cette clause. Cela ne veut pas nécessairement dire que le texte soit une innovation justinienne. Nous avons déjà vu que la catégorie des *iudicia bonae fidei* s'est étendue au delà de la catégorie des formules *in quibus additur ex fide bona*; sans doute en fut-il de même pour les actions arbitraires: la catégorie s'est étendue au delà des formules à clauses restitutoires.

est modulable selon le paramètre de la bonne foi. Elle est elle aussi reliée directement à l'*intentio*, mais non par une coordination. Elle modalise l'énoncé de l'*intentio* objet du *condemnare* (*quidquid...eius condemna*), en ce sens qu'elle exprime aussi un *condemnari oportere* tempéré et modulé. Dans la proposition subordonnée qui exprime l'*intentio* des actions arbitraires, la clause restitutoire représente une addition en ce qu'elle n'est pas régie par le *paret*: elle est énoncée à l'indicatif. Dans les actions de bonne foi, en revanche, la clause *ex fide bona* représente une modalisation de l'énoncé en ce sens qu'elle se substitue à un « *paret* » caractéristique des *intentiones* de droit strict: là où le *paret* oblige à prendre une vue stricte sur le litige (*stricta iuris ratio*) et à poser une équivalence quasi-intangible entre le *dari oportere* et le *condemnari oportere*, la clause *ex fide bona* oblige à prendre une vue plus complexe sur l'estimation définitive de la *lis* (*bonae fidei ratio*).

2° La notion d'action arbitraire comme celle de *iudicium bonae fidei* convoquent presque nécessairement les notions d'*officium* et d'*arbitrium iudicis*, comme fondements d'une évaluation différente de celle qu'impliquerait le droit strict. C'est sans doute à propos de ces actions que ces notions sont les plus convoquées. Sans doute n'est-ce pas toujours à propos de formules qui contiennent la clause *ex fide bona* ou la clause restitutoire. Mais c'est toujours à propos de formules qualifiées par les Institutes de Justinien soit de *iudicia bonae fidei*, soit d'*actiones arbitrariae*. Ainsi la question de l'*officium iudicis* est très souvent abordée à propos des *iudicia* mentionnant explicitement la clause *ex fide bona* (*empti, uenditi, locati, conducti, negotiorum gestorum, pro socio, tutelae, mandati, depositi, commodati*), mais aussi à propos des actions divisoires: significativement, elles sont largement abordées à propos des deux actions divisoires qualifiées de *iudicia bonae fidei*, et non de l'*actio finium regundorum*; quant aux actions arbitraires, la question de l'*officium iudicis* est largement abordée à propos des formules possédant la clause restitutoire, mais aussi à propos de celles qui sont simplement qualifiées d'*arbitrariae* (actions noxales, action *de eo quod certo loco*).

3° La *bonae fidei ratio* comme l'*arbitrium iudicis* représentent chacun le deuxième temps d'un raisonnement juridique complexe: « *stricta iuris ratione*, nous obtenons telle solution, mais mon office me conduit à... ». On considère d'abord le droit strict,

et dans un deuxième temps l'on tempère la solution à laquelle conduirait la vue stricte sur le litige. C'est encore ce double temps du raisonnement qui est représenté chez Gaius à propos de la compensation: du point de vue du droit strict rien n'impose la compensation, mais c'est l'office particulier du juge dans un *iudicium bonae fidei* qui conduit à tenir compte de la contrecreance dans le montant de la condamnation.

C'est pourquoi ils ont de nombreuses conséquences communes ou similaires rapportées à l'*officium iudicis* (absolution en cas de *satisfactio inter moras litis*, restitution des *fructus*, possibilité d'imposer aux parties des *cautiones* ou des *satisfactiones*, des cessions d'actions, possibilité de déférer un *iusiurandum in litem*); certains juristes parviennent même à déduire de la clause restitutoire un mécanisme de compensation similaire à celui des actions de bonne foi, par exemple dans la pétition d'hérédité, où les impenses faites par le défendeur à la pétition peuvent à certaines conditions venir diminuer le montant de la restitution. Par ailleurs, c'est cette même clause restitutoire qui induit une casuistique de l'appréciation de la responsabilité du défendeur dans la perte de la chose: divers textes, de Gaius¹²⁷⁸, de Paul¹²⁷⁹, de Pomponius¹²⁸⁰, d'Ulpien¹²⁸¹, montrent une formulation qu'on retrouve à propos des *iudicia bonae fidei*.

Dans un cas, c'est la notion de juste restitution « *arbitrio iudicis* » qui est travaillée et interprétée, dans l'autre cas c'est le travail de définition de ce qu'est la *bona fides* dont le juge doit tenir compte.

Elles conduisent parfois aux mêmes effets, parfois non; c'est ce qui prouve que ces effets sont plutôt le fruit de l'interprétation et de l'adaptation à l'institution en cause. Mais cela tient aussi au fait que ces deux standards reposent en définitive sur des mécanismes différents.

3. Deux mécanismes distincts.

Nonobstant leur rapprochement très fréquent dans la jurisprudence classique et les fonctions similaires qu'elles assument, ces deux clauses représentent des mécanismes

¹²⁷⁸ Dig. 6.1.36.1 Gaius 7 ad ed. Provinc. *Qui in rem convenitur, etiam culpa nomine condemnatur*. Etrange formulation sur les standards de responsabilité, habituelle aux actions (de bonne foi) personnelles.

¹²⁷⁹ Dig. 6.1.16.1, 6.1.33

¹²⁸⁰ Dig. 6.1.51

¹²⁸¹ Dig. 6.1.15.3

malgré tout distincts, tant et si bien que le *condemnari ex fide bona oportere* et le *condemnari oportere nisi restituat* restent à distinguer.

1° Formellement, quant à l'expression du standard lui-même, la clause *ex fide bona* se réfère à un modèle idéal qui se veut objectif: elle est exprimée dans deux termes surchargés axiologiquement. A l'inverse, la clause restitutoire est, considérée du point de vue de sa nature de standard, extrêmement pauvre: elle se réfère à l'*arbitrium* du *iudex* à qui elle s'adresse. Elle ne se réfère même pas à l'« *arbitrium boni uiri* », ce qui peut paraître d'autant plus étonnant que le verbe « *restituere* », dans les stipulations prétoriennes, a justement pour complément un « *boni uiri arbitrato* ». Dans un cas, on donne un modèle cognitif qui se veut extérieur à sa propre subjectivité (*fides bona*), tandis que la clause restitutoire est pour ainsi dire autoréférentielle: elle définit l'*officium iudicis* en prenant pour point de référence son propre *arbitrium*.

2° la clause *ex fide bona* porte explicitement sur le montant de la condamnation, parce qu'elle vient circonscrire et moduler l'objet du *condemnare* (*quidquid...oportet*) et plus implicitement sur le principe de la condamnation. En revanche, la clause restitutoire fonctionne de façon inverse: elle porte sur le principe de la condamnation (*si...nec restituetur,...condemna*): c'est la notion de juste restitution et d'*arbitrium iudicis* qui permet implicitement de moduler le montant de condamnation. Mais de manière caractéristique, les possibilités de modulation sont plus faibles, surtout les modulations minutoires: hormis la pétition d'hérédité, le *iudicium* ne permet pas de plein droit au défendeur d'opposer les impenses qu'il a faites, par exemple.

3° la clause restitutoire est explicite et se cantonne à un problème de procédure: elle donne une instruction qui se veut précise au juge: ne pas condamner si jamais le défendeur a satisfait en cours d'instance. La clause *ex fide bona* est totalement dans l'implicite: « *nec aperte uerbis* ». Elle impose juste une prise en compte de la bonne foi comme ultime *ratio decidendi*, mais n'énonce aucune instruction concrète. C'est sa faiblesse et sa force: à l'inverse de la clause restitutoire qui est claire sur le principe qu'elle impose au juge, la clause *ex fide bona* est quant à elle difficile à comprendre (*magni iudicis esse statuere...!!*), mais aura des effets bien plus étendus:

-ses conséquences seront plus étendues, même d'un pur point de vue processuel, que la mesure de la juste *satisfactio inter moras litis* (inhérence de certaines exceptions, compensation etc.)

-la clause restitutoire concerne avant tout et principalement la *satisfactio inter moras litis*. Elle n'a pas, comme l'*arbitratus boni uiri*, ou comme la clause *ex fide bona*, la fonction d'apprécier en finesse l'exécution d'une obligation, et pour cause, elle ne se rencontre jamais auprès d'un *dare facere oportere*. La clause *ex fide bona* est un véritable standard de comportement qui peut influencer sur l'interprétation du contenu de l'obligation et sur l'appréciation de son inexécution. Son rapport à l'*intentio* lui donne aussi vocation à circonscrire ce qui est déduit *in iudicium*. Ce n'est absolument pas le cas de la clause restitutoire: significativement, jamais le préteur ne l'a introduite dans une obligation de *dare* ou de *dare facere*.

Il n'en reste pas moins vrai que la clause *ex fide bona* a avant tout une valeur processuelle, et qu'elle impose de moduler la solution qu'on obtiendrait « *stricta iuris ratione* », grâce à la prise en compte d'un autre paramètre en cours d'instance: la *bona fides*; mais ainsi, l'*officium* du *iudex* est *liberum* en ce qu'il est tenu (*officium*) de tempérer la solution qu'il déduirait selon le droit strict, en fonction d'un paramètre qui est exprimé sous la forme d'un standard de jugement non saturé (*liberum*) ajouté dans la formule (*additum*).

Sans doute les différences d'effets entre la clause *ex fide bona* et la clause restitutoire sont-elles moins à mettre au compte de la valeur intrinsèque de ces standards qu'à la nature des actions concernées (dans un cas actions civiles personnelles sanctionnant un *dare facere oportere*, dans l'autre, actions réelles, formules visant un *factum*, ou action civiles personnelles complémentaires des actions réelles, visant un *arcere oportere* ou un *exhibere oportere*). Si l'on considère bien le domaine où se trouve la clause *ex fide bona*, et celui où se trouve la clause restitutoire, on peut constater une sorte de complémentarité. Beaucoup d'actions civiles ont en réalité une formule à clause restitutoire qui définit l'*officium iudicis*: mais il existe un type précis d'action civile qui ne possède pas de clause restitutoire; ce sont les actions civiles personnelles qui sanctionnent une obligation de *dare* ou de *dare facere*, et, à l'inverse, la clause *ex fide bona* semble ne s'être épanouie qu'au sein des actions sanctionnant un *dare facere*. A ce titre, il est vraisemblable que la clause *ex fide bona* soit considérée comme la manière adéquate d'amplifier les pouvoirs du *iudex* dans les actions personnelles sanctionnant un *dare (facere)*, et qu'elle n'aurait pu l'être autrement, notamment par la clause restitutoire.

Enfin, ces différences sont dues à l'interprétation que la jurisprudence a décidé de faire de chaque clause: *fidem bonam iurisconsulti tradiderunt*. Mais l'interprétation

qu'il donnèrent à cette clause était en partie commandée par sa fonction euphémique et sa vocation « diplomatique » dans les formules où elle s'insérait.

1.2.2. Un standard de jugement diplomatique et euphémique (Section 2)

Nous avons déjà pu souligner à plusieurs reprises la valeur laudative que contenait le syntagme *ex fide bona*. Nous voudrions dès à présent montrer que cette clause a un aspect euphémique en ce sens qu'elle permet d'éviter de convoquer des valeurs offensantes entre des parties au rapport qui avaient tout sauf vocation à se retrouver face à face dans un contentieux, et que la formulation des actions de bonne foi, notamment la mention de la bonne foi, a été dictée par des considérations de bienséance.

Cette fonction de la mention de la bonne foi est attestée par différents textes d'époque classique et républicaine (Sous-section 1) et nous paraît correspondre à sa fonction dans les actions de bonne foi, destinée à protéger la bienséance induite par la *societas uita* (Sous-section 2).

1.2.2.1. La mention de la bonne foi, une technique de formulation euphémique documentée à époque classique (Sous-section 1)

La considération pour l'*honor*, la *reuerentia* dans la rédaction des formules, et l'utilisation du syntagme *bona fides* afin de concilier l'exigence de *reuerentia* avec la nécessité de sanctionner des comportements dolosifs a été parfaitement démontrée par D. Mantovani¹²⁸². Nous prenons donc son travail comme un acquis, même si nous nous proposons de l'étoffer. Le droit romain connaît le poids des mots et notamment le poids des mots dans la formule. Parfois, la qualité des parties et la *reuerentia personarum* conduit à des formes d'interdictions d'ordre socio-juridique d'intenter une action aux paroles offensantes (I), et la mention de la *fides bona* a pu servir, comme le montre aussi bien Quintus Mucius qu'Ulpian, à contourner cet interdit (II).

1.2.2.1.1. Les obstacles socio-juridiques à une action offensante et la *reuerentia personarum* (I)

¹²⁸²

D.MANTOVANI, *L'Editto come Codice*, in *op.cit.*, p.162 ss.

Dans certaines situations, l'action existe *ratione materiae*, mais sera refusée par le préteur *ratione personae*, et ce essentiellement du fait d'une mention offensante dans la formule, pour le défendeur ou pour le demandeur. Indépendamment de la condamnation, la délivrance d'une formule aux propos offensants fait semble-t-il déjà grief à l'une des parties dès la phase *in iure* en tant qu'elle porte atteinte à son *honor*, généralement au défendeur. La consistance et la nature de pareilles interdictions est assez diverse. Par égard pour les personnes qui seraient visées directement par la formule, il existe des interdictions absolues d'intenter contre elles une action, ce qui se concrétise par une dénégation de l'action telle qu'elle est prévue dans l'album. Il s'agit assez fréquemment des actions infamantes définies dans l'édit *qui nisi pro certis personis*, qui ne pourront être intentées contre des parents ou des patrons, dans la droite ligne de l'interdiction *parentem patronum patronam* fulminée dans le titre V (*De in ius uocando*) de l'album¹²⁸³ (A), mais ces interdictions ne sont pas commandées uniquement, aux dires de la jurisprudence, par les rapports parentaux ou clientélares, et ne concernent pas simplement les actions marquées *stricto sensu* de l'infamie prétorienne(B).

1.2.2.1.1.1. *Les édits « parentem patronum patronam » et « qui nisi pro certis personis »: l'interdiction d'intenter une action infamante contre ses parents ou ses patrons. (A)*

Les réserves d'ordre socio-juridique à voir une action intentée contre son patron ou contre son parent trouvent une première expression textuelle dans l'interdiction générale de citer en justice ses parents ou ses patrons sans l'autorisation préalable du préteur (1°) qui généralement refusera cette autorisation dans le cas des actions infamantes visées par l'édit *qui nisi pro certis personis* (2°)

1°L'interdiction générale de citer en justice son patron ou l'un de ses parents sans une autorisation explicite du préteur, figure dans le titre V de l'Edit, *De in ius uocando*. Il

¹²⁸³ EP³, p.

est interdit de citer ainsi en justice ses parents, ce que la jurisprudence interprète comme tous ses ascendants, ainsi que ses patrons ainsi que tous leurs descendants directs; dans ce domaine, la jurisprudence entend les rapports de parenté d'une façon relativement large : les sommer de se présenter ainsi au tribunal est une grave offense qui mérite donc au moins cette formalité préliminaire, une requête discrète devant le magistrat.

Peu importe le fondement extralégal de ce type d'interdiction, ou l'arrière-fond religieux qui a pu le commander: on pourrait l'expliquer à époque classique sans faire intervenir nécessairement dès données archaïques qui tiendraient à la dimension religieuse des rapports clientélares ou des liens de parenté. De fait, l'atteinte à l'*honor* par la simple imputation, même conditionnelle, d'un fait honteux dès la phase *in iure* est tout à fait compréhensible. Une citation en justice hasardeuse contre ses parents choque naturellement la représentation qu'on peut se faire de la piété filiale, et non uniquement à Rome, même si ceux qui se veulent les descendants d'un prince troyen portant son vieux père sur ses épaules étaient sans doutes particulièrement peu enclins à favoriser la chicane contre ses parents. Pourtant, le préteur n'a pas eu besoin de songer à Enée et à Anchise pour imposer une pareille règle dans son prétoire. Chacun peut comprendre la réserve qu'on a traîné en justice ses propres parents, et le préteur ne fait que prendre acte d'un tabou. En ce qui concerne les rapports entre affranchis et patrons, les nombreux commentaires des juristes classiques ne nous révèlent pas la trace d'un fondement religieux archaïque, et ne font sans doute que prendre acte d'un mouvement général qui s'est dessiné dès les débuts de l'empire: réprimer l'impudence supposée des affranchis, qui se sentiraient un peu trop libres de leur liberté nouvellement acquise. C'est sans doute cette vision qui les inspire depuis Labéon, et la littérature fourmille de ces images d'affranchis peu scrupuleux, Tacite montre à plusieurs reprises le souci, même au Sénat, de contenir leur audace et leur ingratitude, devenue presque proverbiale. Sans doute l'édit est-il bien plus ancien, et concernait originairement les rapports clientélares entendus au sens archaïque du terme, où le manque de révérence envers son patron était une offense particulièrement grave synonyme d'impiété.

On peut donc simplement constater qu'à l'époque classique c'est une nouvelle norme juridique, l'édit, qui prend acte, sous une autre forme, d'un tabou social assez prévisible et assez compréhensible dans une société patriarcale et clientélaire: pour éviter de judiciaireiser inconsidérément les rapports de base que sont les rapports clientélares et familiaux, qui offriraient ainsi un spectacle scandaleux dans son prétoire, le magistrat qui dit le droit s'est chargé de filtrer ce type de requête. Il s'agit toujours de *reuerentia*, terme particulièrement employé dans les commentaires.

Quant à la sanction de cet édit, outre la *denegatio actionis* inévitable si l'on méprise son commandement édictal, le préteur a institué une sanction toute particulière contre ceux qui penseraient pouvoir se passer de son autorisation, en donnant au profit du patron ou du parent une action pénale tendant à une amende, dont la formule nous est connue par Gaius qui la cite comme l'exemple même de formule *in factum*.

Cette interdiction générale est néanmoins conditionnelle puisqu'elle n'interdit pas de citer en justice dans l'absolu, mais sans l'autorisation préalable du préteur, qui peut ainsi faire un examen préalable de la requête par *causae cognitio*

2° Or il existe précisément des cas où le préteur se sent particulièrement enclin à refuser cette autorisation préalable, et donc à dénier l'action, notamment lorsqu'il en va d'actions infamantes d'après Ulpien¹²⁸⁴. La jurisprudence classique révèle différents cas d'interdictions: de longs commentaires sont réservés à l'interdit particulier d'intenter l'*actio iniuriarum* contre son patron, mais plus encore les différentes situations où l'on se verra refuser l'action de dol, c'est-à-dire des actions cataloguées par l'édit *qui nisi pro certis personis* et qualifiées pour cette raison d'infamantes par la jurisprudence.

Cette interdiction générale conduit le préteur à refuser presque toujours une action d'injures à l'affranchi contre son patron, dès qu'il ne s'agit pas d'une injure particulièrement sévère. Ulpien justifie même ainsi l'ordre du préteur « *certum*

¹²⁸⁴ Dig. 2.4.10.12 Ulpianus 5 ad ed. *Praetor ait: "in ius nisi permissu meo ne quis vocet". permissurus enim est, si famosa actio non sit vel pudorem non suggilat, qua patronus convenitur vel parentes. et totum hoc causa cognita debet facere: nam interdum etiam ex causa famosa, ut pedius putat, permittere debet patronum in ius vocari a liberto: si eum gravissima iniuria adfecit, flagellis forte cecidit.*

dicat »¹²⁸⁵ à propos de l'action d'injures: c'est pour savoir si l'affranchi mérite une action contre son patron¹²⁸⁶. Ce cas de figure semble suffisamment intéresser les juristes pour qu'ils y déploient tout leur art de la casuistique: qu'en est-il du mari de la femme affranchie qui veut intenter en son nom propre l'action d'injures¹²⁸⁷? C'est donc l'édit *parentem patronum patronam* qui commande strictement cette matière, et le préteur se voit très peu enclin à délivrer une pareille action, que ce soit contre un parent ou contre un patron.

L'explication en est donnée clairement¹²⁸⁸: celui qui était esclave tel jour et pouvait être traité comme tel, pourrait-il, du jour au lendemain, exiger de son ancien maître que jamais il ne le corrige modérément, que jamais il ne l'insulte du moindre sobriquet, alors que ce dernier lui a fait don de la liberté?

La promesse édictale de l'action de dol donne elle aussi l'occasion aux jurisconsultes de rappeler le refus habituel du préteur de laisser intenter une pareille action infamante contre un parent ou un patron¹²⁸⁹. C'est de toute manière une action subsidiaire, que le préteur ne délivre qu'au compte-goutte¹²⁹⁰, mais il est particulièrement peu enclin à laisser s'épanouir dans son prétoire des accusations de fraude ou de dol entre parents et enfants, entre patrons et affranchis.

Ce cas d'interdiction radical fait sans doute penser à un précédent, où la solution était en apparence dimatéralement opposée: les faits frauduleux commis par un patron à l'encontre d'un client reçoivent dès la loi des XII tables un traitement spécifique. Le

¹²⁸⁵ EP³, p.

¹²⁸⁶ Dig. 47.10.7.2 Ulpianus 57 ad ed. *Praeterea illo spectat dici certum de iniuria, quam passus quis sit, ut ex qualitate iniuriae sciamus, an in patronum liberto reddendum sit iniuriarum iudicium. etenim meminisse oportebit liberto adversus patronum non quidem semper, verum interdum iniuriarum dari iudicium, si atrox sit iniuria quam passus sit, puta servilis. ceterum levem coercionem utique patrono adversus libertum dabimus nec patietur eum praetor querentem, quasi iniuriam passus sit, nisi atrocitas eum moverit: nec enim ferre praetor debet heri servum, hodie liberum conquerentem, quod dominus ei convicium dixerit vel quod leviter pulsaverit vel emendaverit. sed si flagris, si verberibus, si vulneravit non mediocriter: aequissimum erit praetorem ei subvenire.* Dig. 47.10.7.3 Ulpianus 57 ad ed. *Sed et si quis ex liberis, qui non sunt in potestate, cum parente velit experiri, non temere iniuriarum actio danda est, nisi atrocitas suaserit. certe his, qui sunt in potestate, prorsus nec competit, etiamsi atrox fuerit.*

¹²⁸⁷ Dig. 47.10.11.7 Ulpianus 57 ad ed. *Quamquam adversus patronum liberto iniuriarum actio non detur, verum marito libertae nomine cum patrono actio competit: maritus enim uxore sua iniuriam passa suo nomine iniuriarum agere videtur. quod et Marcellus admittit. ego autem apud eum notavi non de omni iniuria hoc esse dicendum me putare: levis enim coercitio etiam in nuptam vel convici non impudici dictio cur patrono denegetur? si autem colliberto nupta esset, diceremus omnino iniuriarum marito adversus patronum cessare actionem, et ita multi sentiunt (...)*

¹²⁸⁸ Dig. 47.10.7.2.

¹²⁸⁹ Dig. 4.3.11.1 Ulpianus 11 ad ed. *Et quibusdam personis non dabitur, ut puta liberis vel libertis adversus parentes patronosve, cum sit famosa. sed nec humili adversus eum qui dignitate excellet debet dari: puta plebeio adversus consularem receptae auctoritatis, vel luxurioso atque prodigo aut alias vili adversus hominem vitae emendatioris. et ita labeo.*

¹²⁹⁰

verset « *patronus si fraudem fecerit clienti, sacer esto* »¹²⁹¹ en est l'illustration manifeste. Peu importe concrètement ce que signifiait la sacralité: qu'elle soit une peine spécialement instituée en vertu d'une procédure, ou la garantie d'une impunité à celui qui viendrait venger le miasme¹²⁹², elle institue un traitement spécifique pour une accusation particulièrement grave.

Néanmoins, le cadre fixé par la combinaison des édits *parentem patronum patronam* et *qui nisi pro certis personis* n'englobe pas à lui tout seul l'ensemble de ces interdictions d'intenter une action du fait de la *reuerentia personarum*.

1.2.2.1.1.2. Les données jurisprudentielles: une interdiction dépassant le cadre fixé par les édits « *parentem patronum patronam* » et « *qui nisi pro certis personis* » (B)

Les différents commentaires classiques montrent que la *reuerentia personarum* est une contrainte qui déborde le cadre explicite fixé par l'édit: elle ne pèse pas uniquement dans les rapports clientélares et parentaux (1°), et les actions qui se voient refusées au nom de cette *reuerentia* ne sont pas uniquement celles, infamantes, du catalogue de l'édit *qui nisi pro certis personis* (2°)

1°L'intérêt du commentaire d'Ulprien à propos de l'action de dol est de montrer que le refus de laisser ainsi intenter l'action de dol déborde le cadre des rapports de parenté et de clientèle explicité par l'édit *parentem patronum patronam*. Le préteur devra la refuser lorsque la partie défenderesse serait un ancien consul, ou une personne d'une

¹²⁹¹

¹²⁹² Pour notre part, nous pencherions vers une interprétation plus « triviale » de la norme décenvirale: la norme aurait comme fonction d'écartier toute procédure judiciaire de droit commun (notamment le *sacramentum*) à l'encontre de son patron. Ainsi le *sacer esto* aurait plutôt la fonction négative de dire « ce qu'a fait votre patron est sans doute très mal, mais vous n'irez pas scandaliser le prétoire par des accusations de droit commun ». En prévoyant une sanction beaucoup plus lourde et d'un autre ordre, la norme garantit que les atteintes à l'*honor* du patron par la voie contentieuse ne seront pas monnaie courante, tout comme la nécessité actuelle de l'inscription en faux contre les actes notariés, qui est une voie nécessairement pénale, est censée garantir paradoxalement leur faible remise en cause devant les tribunaux: la *fides* du patron (tout comme aujourd'hui la *fides* de l'*instrumentum*) serait ainsi préservée des accusations faites à la légère. Ce verset aurait ainsi pour but de prévenir une trop grande judiciarisation des rapports clientélares.

honnêteté notoire¹²⁹³. D'ailleurs, Modestin a compris l'édit *parentem patronum patronam* comme l'illustration plus particulière d'une interdiction plus générale de citer en justice sans l'autorisation du préteur celui à qui est due une certaine révérence¹²⁹⁴: sans doute ne s'expose-t-on pas, en ce cas, à l'amende prévue pour l'action « *si paret patronum illum a liberto illo contra edictum meum in ius uocatum esse* », mais le préteur aura naturellement tendance, si l'on cite ainsi en justice sans son autorisation, à dénier l'action de but en blanc, du fait de la *reuerentia personarum*.

Une interdiction de ce type est consacrée par la pratique du prétoire dans les rapports entre époux, et déborde largement le cadre textuellement fixé par l'édit figurant au titre de *in ius uocando*. Non seulement les époux ne peuvent intenter entre eux l'*actio furti*, mais surtout il ne peuvent le faire même après leur divorce pour des faits commis durant le mariage ou à l'occasion du divorce. Cette interdiction est d'ailleurs assez étendue, puisqu'elle ne concerne pas seulement les époux: le beau-père ne pourra lui non plus intenter l'*actio furti*¹²⁹⁵. La raison majeure qui en est donnée est l'*honor matrimonii*¹²⁹⁶, présentée ainsi par Gaius qui considère que l'action délictuelle est bien constituée *iure ciuili*, mais sera refusée car il serait scandaleux que des époux s'accusent ainsi d'avoir commis un vol, d'où l'emploi par de *negatur* et non de *non competit*¹²⁹⁷. Et c'est la justification d'ordre sociétal adoptée aussi bien par les Sabinieniens que par les Proculieniens¹²⁹⁸, à côté de celle, minoritaire donnée par Cassius qui considère que la communauté de vie (*societas uitae*) aurait même fait de la femme une propriétaire et empêcherait de qualifier toute soustraction qu'elle ferait de *furtum*¹²⁹⁹, si bien que l'*actio furti* ne pourrait naître *iure ciuili*.

¹²⁹³ Dig. 4.3.11.1 D.MANTOVANI, *L'editto come codice*, p.162 ss.

¹²⁹⁴ Dig. 2.4.13 Modestinus 10 *pand. Generaliter eas personas, quibus reverentia praestanda est, sine iussu praetoris in ius vocare non possumus.*

¹²⁹⁵ Dig. 25.2.15.1 Ulpianus 34 *ad ed. Uxor et nurus et pronurus viro et socero et prosocero furtum facere possunt, furti autem non tenentur, nisi forte emancipatus sit filius: tunc enim nurus patri eius et furtum facit et furti tenetur.* Dig. 25.2.6.1 Paulus 7 *ad sab. Socerum ob res divortii causa amotas furti agere non posse.* D'après le fragment précédent, Paul semble citer Atilicinus et Fulcinus.

¹²⁹⁶ Dig. 25.2.2 Gaius *ad ed. pu. de re iud. Nam in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem negatur.*

¹²⁹⁷ Voir not. préc. La preuve qu'elle est bien constituée a contrario *iure ciuili* est qu'elle peut être en revanche délivrée *noxaliter* contre l'esclave. cf.

¹²⁹⁸ Dig. 25.2.1 Paulus 7 *ad sab. Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam quae uxor fuit, quia non placuit cum ea furti agere posse: quibusdam existimantibus ne quidem furtum eam facere, ut nerva cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret: aliis, ut sabino et proculo, furto quidem eam facere, sicut filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto iure, in qua sententia et iulianus rectissime est (...)*

¹²⁹⁹ *Ibid.*

La nature infamante de l'action conduit le préteur à dénier l'*actio furti*, dans une situation qui n'est pourtant pas explicitement visée par l'édit *parentem patronum patronam*, mais la simple considération du rapport d'affinité et la *reuerentia personarum* suffisent à justifier la *denegatio actionis*, alors même qu'il s'agit d'une action fondée sur la loi: *competit* et pourtant *denegatur*. Les rapports matrimoniaux conduisent d'ailleurs tout autant à refuser une *actio doli* contre l'épouse¹³⁰⁰.

Ce qui entraîne le refus du préteur d'octroyer une voie de droit n'est pourtant pas la nature infamante de l'action *stricto sensu*.

2° Le préteur ne refuse pas l'action au simple motif qu'elle figurerait dans l'édit *qui nisi pro certis personis*, qui représente au yeux des prudents la définition de l'infamie prétorienne *stricto sensu*. La refus du préteur, notamment après *causae cognitio* en vertu de l'édit *parentem patronum patronam*, n'est pas strictement commandée d'après les prudents par la liste de l'édit *qui nisi pro certis personis*, ni par le risque d'infamie prétorienne *stricto sensu*, ce dont témoignent les commentaires de Paul, d'Ulpian, mais aussi de Julien.

D'une part, la nécessité de demander l'autorisation préalable du préteur en vertu l'édit *parentem patronum patronam* ne conduit pas automatiquement à une *denegatio* si l'action est infamante. Il laissera ainsi un affranchi tenter malgré tout contre son patron une action d'injures dans le cas où le traitement a été particulièrement cruel ou déshonorant, ce dont témoignent différents jurisconsultes¹³⁰¹, et cet avis est déjà partagé par Pédus¹³⁰².

Mais il peut surtout refuser a *contrario* une action même si elle ne figure pas dans la liste de l'édit *qui nisi pro certis personis*. C'est ce que laisse entendre en filigrane Ulpian, commentant l'édit *patronum patronam*, lorsqu'il dit que le préteur ne refusera

¹³⁰⁰ CJ.5.12.1.2

¹³⁰¹ Dig. 47.10.7.2 Ulpianus 57 ad ed. *Praeterea illo spectat dici certum de iniuria, quam passus quis sit, ut ex qualitate iniuriae sciamus, an in patronum liberto reddendum sit iniuriarum iudicium. etenim meminisse oportebit liberto adversus patronum non quidem semper, verum interdum iniuriarum dari iudicium, si atrox sit iniuria quam passus sit, puta servilis.*

¹³⁰² Dig. 2.4.10.12 Ulpianus 5 ad ed. *Praetor ait: "in ius nisi permissu meo ne quis vocet". permissurus enim est, si famosa actio non sit vel pudorem non suggilat, qua patronus convenitur vel parentes. et totum hoc causa cognita debet facere: nam interdum etiam ex causa famosa, ut pedius putat, permittere debet patronum in ius vocari a liberto: si eum gravissima iniuria adfecit, flagellis forte cecidit.*

pas l'action si elle n'est ni infamante et si « *non pudorem suggilat* »¹³⁰³, si elle ne heurte pas le *pudor*. Il la refusera donc si elle offense le *pudor* tout en ne figurant pas dans l'édit *qui nisi pro certis personis*. Un long extrait du livre 10 du commentaire d'Ulpien donne ainsi une liste de voies de droit impossibles contre son patron¹³⁰⁴. Une action comme l'action *de seruo corrupto* conduit donc à la même *denegatio actionis* que l'*actio furti* ou l'action de dol¹³⁰⁵. Il semblerait même que les conventions de *do ut facias* ne soient pas susceptibles de recevoir une sanction lorsque l'action devrait être engagée contre le patron¹³⁰⁶ : on leur refuse même la sanction des contrats innomés par la voie d'actions *in factum*, dans la mesure où on les accuserait de ne pas respecter leurs engagements, et le prêteur ne prendra pas soin, alors, de leur confectionner une action adaptée à un cas non prévu dans l'album. De même, parfois c'est l'exception de dol ou de violence, et non l'action, qui sera refusée par le prêteur, au nom de la *reuerentia* ou de l'*honor*, laquelle exception ne peut bien évidemment pas entraîner l'infamie¹³⁰⁷ au sens d'une sanction de l'édit *qui nisi pro certis personis* puisqu'elle n'est qu'un moyen de défense. Cette *reuerentia personarum* conduit encore à certaines restrictions, comme la limitation générale de la condamnation du patron à l'*id quod facere potest*¹³⁰⁸, comme l'impossibilité générale pour l'affranchi de déférer à son patron un serment *de calumnia*¹³⁰⁹, ou d'opposer un *calumniae iudicium*¹³¹⁰ destiné à prévenir une chicane purement calomnieuse¹³¹¹, car il ne leur est pas permis d'imputer des intentions calomnieuses à leurs patrons ou à leurs parents.

¹³⁰³ *Ibid.*

¹³⁰⁴ Dig. 37.15.5pr.-37.15.7.4

¹³⁰⁵ Dig. 37.15.6 Paulus 11 *ad ed. Nec servi corrupti agetur*. Le texte de Paul est inséré dans le commentaire d'Ulpien mais constitue un commentaire du même titre de l'édit d'après la reconstitution palingénétique.

¹³⁰⁶ Dig. 37.15.5pr. Ulpianus 10 *ad ed. Parens, patronus patrona, liberive aut parentes patroni patronave, neque si ob negotium faciendum vel non faciendum pecuniam accepisse dicerentur, in factum actione tenentur*. Il s'agit sans doute d'un cas où le *faciendum* n'entre pas dans la typicité de la *locatio conductio* comme une *manumissio* examinée par Paul (Dig. 19.5.5.2 Paulus 5 *quaest.*) ou par Papinien (Dig. 19.5.7 Papinianus 2 *quaest. Si tibi decem dedero, ut stichum manumittas, et cessaveris, confestim agam praescriptis verbis, ut solvas quanti mea interest: aut, si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas*). L'*actio in factum* à laquelle songe Ulpien pour dire qu'elle sera refusée est-elle l'*actio praescriptis uerbis*, ou bien une formule *in factum*?

¹³⁰⁷ cf. encore Dig. 44.4.4.16 Ulpianus 76 *ad ed. Adversus parentes patronosque neque doli exceptio neque alia quidem, quae patroni parentisque opinionem apud bonos (et graues) suggillet, competere potest (...)* Nous adoptons la juste reconstruction de D.MANTOVANI, *L'editto come codice*, p.169, qui corrige le texte, corrompu dans la Florentine, en *apud bonos et graues*, et non comme Krueger Mommsen en *bonos mores*.

¹³⁰⁸ Dig. 37.15.7.1 Ulpianus 10 *ad ed. Et in quantum facere possunt, damnantur*.

¹³⁰⁹ Dig. 37.15.7.3 Ulpianus 10 *ad ed. Nec deferentes iusurandum de calumnia iurant*.

¹³¹⁰ Dig. 37.15.7.4 Ulpianus 10 *ad ed. Nec non et si ventris nomine in possessionem calumniae causa missa dicatur patrona, libertus hoc dicens non audietur, quia de calumnia patroni quaeri non debet*.

¹³¹¹ cf. pour ces procédures, Gaius, *Inst.* IV, 176-177

Ces interdictions sont à tel point peu commandées par la lettre de l'édit *qui nisi pro certis personis* et par le risque d'infamie prétorienne au sens strict, que Julien rappelle qu'il est interdit d'intenter l'action de dol ou d'injures contre son patron ou son parent même lorsque celui-ci serait représenté par un *procurator*¹³¹² car les termes de la formule seraient malgré tout offensants. Même si la condamnation ne peut en ce cas entraîner, ni pour le *procurator* ni pour le patron représenté, les sanctions infamantes prévues à l'édit *qui nisi pro certis personis* qui ne se réfère qu'à une condamnation *suo nomine*¹³¹³, l'accusation est en elle-même offensante en ce qu'elle vise un fait honteux et ils seraient tenus pour infâmes dans l'*opinio hominum*. En réalité, ce sont, comme le dit Ulpien¹³¹⁴, les termes offensants de la formule qui justifient de pareilles interdictions, la *doli uel fraudis mentio*.

Nous pouvons tirer quelques conclusions de ces interdictions d'ordre socio-juridique. Bien qu'elles semblent concentrées sur les rapports de parenté et de clientèle conformément à l'édit *parentem patronum patronam*, bien que le refus d'action soit souvent justifié par la liste de l'édit *qui nisi pro certis personis*, néanmoins ces obstacles socio-juridiques dépassent amplement ce cadre fixé par l'édit du préteur. Une règle générale peut être dégagée encore à époque classique, qui est que nous risquons généralement de nous voir refuser une voie de droit dont la formule contient des paroles offensantes contre une personne à qui nous devons une certaine forme de révérence. Imputer certains faits à une personne pour qui nous devons avoir de la considération est une atteinte à son *honor*, à son *opinio apud bonos*, offense le *pudor*, est contraire à la *reuerentia* et c'est ce qui peut éventuellement justifier le refus d'une voie de droit de la part du préteur. Cette révérence ne vient pas uniquement d'un rapport asymétrique, comme entre enfants et parents ou entre affranchis et patrons: le mari doit cette même révérence à sa femme, et ce même au

¹³¹² Dig. 37.15.2pr. Iulianus 14 Dig. *Honori parentium ac patronorum tribuendum est, ut, quamvis per procuratorem iudicium accipiant, nec actio de dolo aut iniuriarum in eos detur: licet enim verbis edicti non habeantur infames ita condemnati, re tamen ipsa et opinione hominum non effugiunt infamiae notam.*

¹³¹³ Dig. 3.2.1 Iulianus 1 ad ed. *Praetoris verba dicunt: " infamia notatur(...)qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit: qui pro socio, tutelae, mandati depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit(...) »*. Même si le texte donné par le Digeste ne peut être exactement l'original (cf. Gaius IV.182) on peut encore le déduire de la *lex Irnitana* §74.

¹³¹⁴ Dig. 37.15.5.1 Ulpianus 10 ad ed. *Sed nec famosae actiones adversus eos dantur, nec hae quidem, quae doli vel fraudis habent mentionem,....(extrait de Paul) Dig. 37.15.7pr. Ulpianus 10 ad ed. Licet famosae non sint.*

moment du divorce. *L'honor matrimonii* est l'*honor* du lien qui unit les parties, et non l'*honor* d'une partie. Il justifie certaines précautions dans le choix des termes d'une accusation, et les actions de l'album qui pourraient paraître offensantes sont de manière générale à éviter.

Toute la difficulté réside dans le fait que ce qui serait alors reproché mériterait pourtant d'être puni, et le pur refus d'action conduit à laisser impuni ce qui mériterait le plus une punition: profiter de la *reuerentia* que quelqu'un nous doit pour le léser plus facilement est particulièrement abject¹³¹⁵, aussi le préteur et la jurisprudence ont-ils trouvé différentes solutions pour remédier à cette difficulté et empêcher que, du fait de la révérence qui leur est due, ces personnes « *ne ex suo dolo lucrentur* »¹³¹⁶.

1.2.2.1.2. *Les remèdes: la mention de la bonne foi dans la réécriture de formulations offensantes (II)*

¹³¹⁵ L'*actio furti* n'est peut-être pas systématiquement refusée à l'affranchi contre son maître. Notons à ce propos une remarque de Paul commentant Labéon, selon lequel le *furtum* n'était pas constitué lorsqu'on soustrayait un bien à quelqu'un en sa présence sans qu'il s'y oppose. Dig. 47.2.92 Labeo 2 pith. a paulo epit. *Si quis, cum sciret quid sibi subripi, non prohibuit, non potest furti agere. paulus. immo contra: nam si quis scit sibi rapi et, quia non potest prohibere, quievit, furti agere potest. at si potuit prohibere nec prohibuit, nihilo minus furti aget: et hoc modo patronus quoque liberto et is, cuius magna verecundia ei, quem in praesentia pudor ad resistendum impedit, furtum facere solet.* Pour nuancer le propos de Labéon, Paul prend le contre-exemple de l'affranchi, qui, bien qu'il puisse s'opposer au vol que commet sous ses yeux son patron, le laisse faire par *uerecundia* et par *pudor*: il serait absurde de dire que le patron ne commet pas alors de *furtum*. Le texte laisse même à penser que le *libertus* pourra agir par la voie de l'*actio furti* qui pourtant est infamante. Est-ce à dire que le préteur en ce cas laissera malgré tout, après *causae cognitio*, l'affranchi intenter l'*actio furti* contre son maître? Ou bien voulait-il dire que l'*actio furti* était alors constituée *iure ciuili*, sans évoquer le fait qu'elle serait refusée par le préteur au nom de la *reuerentia*? A notre avis, Paul voulait dire qu'il pourrait agir par la *condictio ex causa furtiua*, par l'*actio ad exhibendum* ou par la *rei vindicatio*, le terme *agere furti* pouvant être parfois équivoque dans la langue des juriconsultes classiques, comme le sous-entend par exemple Ulpian lui-même (Dig. 11.5.1.3 Ulpianus 23 ad ed. *Quod autem praetor negat se furti actionem daturum, videamus utrum ad poenalem actionem solam pertineat an et si ad exhibendum velit agere vel vindicare vel condicere. et est relatum apud pomponium solummodo poenalem actionem denegatam, quod non puto verum...*) Ainsi, Paul ne ferait que nuancer Labéon en signalant qu'il pourrait agir par la *condictio ex causa furtiua*. Aussi ce texte ne démentirait-il pas nécessairement l'impossibilité absolue pour l'affranchi d'agir par l'*actio furti* pénale et infamante, mais laisserait simplement entendre que l'affranchi qui a laissé son maître prendre la chose peut agir *ex causa furtiua* et contourner la règle *nemo suam rem condicere potest*.

¹³¹⁶ Dig. 4.3.12 Paulus 11 ad ed.

Puisque c'est la nature offensante des termes de la formule qui est inadmissible par égard pour certaines personnes, il existe différents types de réponses aux problèmes posés par ces obstacles socio-juridiques, dans la stricte mesure où l'on souhaite éviter le pur déni de justice: il s'agit avant tout d'éviter une formule aux paroles moins outrageuses. Plus le crime est grave, plus on hésite à le punir, mais l'on ne souhaite pas pour autant le priver de toute sanction.

Il existe différents moyens de contourner cette impossibilité d'agir tenant à l'*honor* et à la *reuerentia personarum* (A), qui sont toutes susceptibles de faire intervenir la mention de la *bona fides* (B).

1.2.2.1.2.1. *Les différents moyens de contournement euphémiques imposés par la reuerentia (A)*

L'examen des différents commentaires montre trois grands types de réponses à cette difficulté: une réponse « économique » qui consiste à interpréter constructivement la formule moins offensante d'une autre action de l'album qui entre en concours avec l'action offensante, ce qui se manifeste par exemple par l'emploi de la *condictio ex causa furtiua*(1°), des réponses au cas par cas, comme la reformulation ad hoc d'une action ou d'une exception offensante (2°), et enfin des réponses permanentes, comme l'inscription d'une formule euphémique de remplacement dans l'album, ce qui est le cas de l'*actio rerum amotarum* (3°).

1°Un moyen fort simple de contourner la difficulté à délivrer une action du fait de la *reuerentia personarum* est de trouver une autre action de l'album, qui sera moins offensante, quitte à interpréter de manière constructive et créatrice son champ d'application.

L'exemple typique qui peut en être donné est le choix de l'action réipersécutoire la plus banale qui soit, à savoir la *condictio certi*. Elle est abstraite et ne dit pas sa cause, ce qui permet d'éviter toute parole offensante. A ce titre, on comprend la

prévention globale d'Ulpien¹³¹⁷ à propos des *condictiones*: *Cessat ignominia in condictionibus, quamvis ex turpibus causis pendent.*

Lorsqu'il est impossible d'intenter l'*actio furti*, comme entre époux, la *condictio* est toujours possible *ex causa furtiua*. Ainsi, l'*actio furti* est exclue entre époux à raison de l'*honor matrimonii*, mais la cause honteuse n'empêche pas de faire naître une action réipersécutoire. C'est pourquoi, si ma femme a commis un vol contre celui dont je suis l'héritier, ou si elle a commis un vol à mon encontre avant de me marier, à l'*actio furti* sera préférée d'après Paul¹³¹⁸ la *condictio* du fait de la *reuerentia personarum*.

Ainsi pourrait s'expliquer d'un point de vue historique la naissance des *condictiones* à raison d'une cause injuste, et notamment la *condictio ex furtiua causa*. Sans doute l'explication de Gaius¹³¹⁹ est-elle juste lorsqu'il dit que c'est par une haine des voleurs qu'on a toléré cette dérogation à la règle « *nemo rem suam condicere potest* ». Sans doute est-elle justifiable *iure gentium* comme le montre Marcien¹³²⁰. Mais cette solution peut avoir souvent prévalu pour des raisons tenant à la *reuerentia personarum*.

De la même façon, l'*actio de dolo* peut trouver une solution de remplacement dans l'album. C'est une solution déjà induite par la promesse édictale elle-même¹³²¹. Elle n'est délivrable de toute manière que *si alia actio non erit*, si véritablement il n'y a pas d'autre action. Aussi la *condictio ob turpem causam*, qui parfois entre en concours avec l'*actio de dolo*, peut-elle avoir reçu ce type d'application afin de contourner l'impossibilité d'ordre socio-juridique d'intenter l'action de dol.

Mais ce moyen de contournement offre ses limites évidentes dès que l'on ne trouve pas d'action dont on puisse interpréter largement l'*actione teneri*.

¹³¹⁷ Dig. 44.7.36.

¹³¹⁸ Dig. 25.2.3.2 Paulus 7 *ad sab.* *Sed et cum uxore furti agere possibile est, si ei cui heredes simus furtum fecit, vel nobis antequam nuberet: tamen propter reverentiam personarum in utroque casu furtivam tantum condictionem competere, non etiam furti actionem dicimus.*

¹³¹⁹ *Inst.*, IV.4.

¹³²⁰ Dig. 25.2.25 Marcianus 3 *reg.* *Rerum quidem amotarum iudicium sic habet locum, si divortii consilio res amotae fuerint et secutum divortium fuerit. sed si in matrimonio uxor marito res subtraxerit, licet cessat rerum amotarum actio, tamen ipsas res maritus condicere potest: nam iure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex iusta causa possident.*

¹³²¹ EP³, §40.

2° Dans la mesure où ce sont les paroles offensantes d'une formule qui heurtent l'*honor* et le *pudor*, le préteur peut décider de reformuler la voie de droit réclamée par les adversaires avec d'autres termes. Un cas typique en est la retranscription euphémique d'une exception aux paroles offensantes comme l'exception de dol. Ainsi, à l'exception de dol, qui ne peut être opposable à un patron par un affranchi, sera substituée une exception *in factum*. Dans le cas où un patron a stipulé d'un affranchi une certaine somme d'argent qu'il était censé lui remettre, l'affranchi est lié *iure civili* en vertu de cette stipulation, et n'aurait comme seul moyen de défense prévu par l'*album* que l'*exceptio doli* si le patron ne lui a pas versé la somme et tente tout de même une *actio certae creditae pecuniae*. Mais il ne saurait selon Ulpien employer l'exception de dol ou une quelconque exception qui par sa simple formulation conditionnelle heurterait le crédit social et la réputation de son patron, en d'autres termes ferait allusion à la fraude ou à la filouterie du patron¹³²². C'est pourquoi le préteur changera la formule, et ne fera qu'allusivement référence aux faits: alors l'exception contiendra simplement les termes *si pecunia numerata est*, « si la somme a été effectivement versée », par exemple. C'est une manière relativement froide et abstraite d'éviter une formulation offensante: supprimer le standard offensant (*dolus malus*) en décrivant uniquement les faits de manière brute, l'absence de remise de la *pecunia*. Le moyen est sans doute moins efficace que l'exception de dol: celle-ci permet de viser n'importe quel dol du demandeur, sans précisément s'en tenir à un fait considéré, et surtout permet de prendre en compte un dol de nature processuelle survenu même après la *litis contestatio*. Mais la volonté de ne pas offenser l'*honor* du demandeur se fait à ce prix. Ainsi pourrait s'expliquer la genèse de l'exception dite « *non numeratae pecuniae* », mais n'est qu'un aménagement euphémique destiné à décrire un fait de la façon la moins offensante pour le demandeur¹³²³. Cette exception est dite *in factum* non pas dans le sens où l'on parle de formule *in factum*, mais bien dans le sens de voie de droit adaptée au cas par cas.

¹³²² Dig. 44.4.4.16 Ulpianus 76 ad ed. *Adversus parentes patronosque neque doli exceptio neque alia quidem, quae patroni parentisque opinionem apud bonos (mores) suggillet, competere potest: in factum tamen erit excipiendum, ut, si forte pecunia non numerata dicatur, obiciatur exceptio pecuniae non numeratae.*(...)

¹³²³ Voir D.MANTOVANI, *L'editto come codice*, p.168 ss. Voir encore M.BRUTTI, *Dolo processuale*, cit. II, p.723.

De pareilles adaptations existent encore comme nous le verrons pour les actions elles-mêmes, et non uniquement pour les exceptions: une action décrétole sera substituée à l'action qui, sans égard à la *reuerentia personarum*, pourrait être intentée selon l'ordonnancement édictal, comme la substitution à l'action de dol d'une action *in factum* sans mention du dol lorsqu'un mari voudrait l'intenter contre sa femme qui lui aurait sciemment donné en dot un bien dont elle n'était pas la propriétaire¹³²⁴. De même, Paul fait mention d'une action utile pour la *repetitio eius quod in alea lusum est* lorsqu'elle est intentée contre un patron ou un parent¹³²⁵, sans doute à raison de leur *honor*, menacé par une formule qui évoquerait leur présence dans un tripot. Mais le cas le plus intéressant est celui d'une action à formulation euphémique qui figure de manière stable dans l'album.

3° L'*actio rerum amotarum* est une action prévue dans l'album au titre *De re uxoria*¹³²⁶ et donnée au mari à raison des biens que la femme lui aurait soustraits au moment du divorce. Elle trouve son correspondant dans les demandes reconventionnelles du mari défendeur à l'*actio rei uxoriae*, à savoir la *retentio propter res amotas*, et à ce titre elle fait figure d'action contraire, puisqu'elle permet d'intenter directement une action à raison des créances que le mari pourrait opposer en compensation dans l'action en restitution de dot. Mais son existence se justifie avant tout par l'impossibilité d'ordre social d'intenter l'*actio furti* entre époux¹³²⁷. Cette action existe assurément déjà à époque républicaine, puisque son objet reçoit des extensions dans les commentaires qu'en a faits Ofilius¹³²⁸. Sa formule a nature euphémique (a) et sa teneur représente un adoucissement du fait de sa nature purement répersécutoire (b)

¹³²⁴ CJ.5.12.1.2: Imperatores Severus, Antoninus: *Sin vero hoc non factum est, si quidem bona fide eadem res in dotem data est, nulla marito competit actio: dolo autem dantis interposito de dolo actio adversus eum locum habebit, nisi a muliere dolo interpositus sit: tunc enim, ne famosa actio adversus eam detur, in factum actio competit.* <a 201 pp.K.Aug. muciano et fabiano cons.> Les cas examinés précédemment dans le rescrit sont ceux où celui qui a apporté la dot avait donné une garantie contre l'éviction par voie de stipulation, et celui où la dot avait été estimée, ce qui donne droit à l'*actio empti* en faveur du mari.

¹³²⁵ Dig. 11.5.4.2 Paulus 19 ad ed. *Adversus parentes et patronos repetitio eius quod in alea lusum est utilis ex hoc edicto danda est.*

¹³²⁶ EP³, §115.

¹³²⁷ Dig. 25.2.1 Paulus 7 ad sab. Voir *supra*.

¹³²⁸ Dig. 25.2.3.3 Paulus 7 ad sab.

(a) Nous ne connaissons pas la formule exacte de l'*actio rerum amotarum*, même s'il est tout à fait probable qu'elle soit *in factum*¹³²⁹. Mais nous savons qu'elle contient *diuortii causa amouisse* et vraisemblablement un *easque res redditas non esse*¹³³⁰, ainsi qu'un *quanti ea res est* dans sa *condemnatio*. Ainsi est évitée la qualification de *furtum*. Dire que la femme a « enlevé » des choses sans les rendre, c'est très hypocritement éviter de la qualifier de voleuse tout en visant les mêmes faits, et donc ne pas lui manquer de *reuerentia*. Mais ce qui est particulièrement intéressant dans le cas de cette formule est que le préteur l'a inscrite de manière permanente dans l'album. Il ne s'agit pas d'une correction prétorienne *ad hoc* faite sous forme décrétale, mais d'un remède permanent à l'interdiction socio-juridique d'intenter l'*actio furti* entre époux même après le divorce, pour des vols commis durant le mariage et à l'occasion du divorce.

(b) Mais c'est la nature même de l'action qui est changée. On substitue à l'action pénale, au double, une action de nature réipersécutoire. C'est là le sens de la remarque de Gaius dans son commentaire¹³³¹ qui la qualifie de *condictio*, qui désigne par métonymie toute action personnelle réipersécutoire. Paul insiste sur le fait qu'elle est réipersécutoire malgré sa source délictuelle identique à celle de l'*actio furti*. Tryphoninus souligne quant à lui qu'elle reste délictuelle malgré sa nature réipersécutoire en affirmant qu'il s'agit toujours d'un vol en vérité quel que soit le nom qu'on lui donne, et ce même si la femme reçoit une *lenior coercitio*¹³³². Aussi peuvent-ils tirer différentes conséquences à la fois de sa nature réipersécutoire et de sa source délictuelle. Comme elle est réipersécutoire, elle est transmissible passivement aux héritiers, ne connaît pas la prescription annuelle des actions

¹³²⁹ Lenel se prononçait déjà dans EP¹, p.245-246, pour une formule *in factum*, même si l'on manque de preuves pour l'affirmer péremptoirement puisque les commentaires ne nous révèlent pas la trace d'une promesse édictale. En revanche, un trait manifeste indirectement sa nature prétorienne: Dig. 25.2.21.5 Paulus 37 *ad ed. Haec actio licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet et ideo non anno finitur* (...). Paul souligne que, malgré sa source délictuelle elle ne connaît pas la prescription annale puisqu'elle est réipersécutoire. Or une telle réflexion n'aurait aucun sens à propos d'une action civile qui ne connaît pas la prescription annuelle qu'elle soit pénale ou réipersécutoire, seules les actions prétorienne à caractère pénal y étant en principe soumises (cf. l'opinion de Cassius rapportée par le même Paul: Dig. 44.7.35).

¹³³⁰ Toutefois le texte sur lequel Lenel prend appui (Dig. 25.2.8.1 Pomponius 16 *ad sab. Sabinus ait, si mulier res quas amoverit non reddat, aestimari debere quanti in litem vir iurasset*) est peu probant dans la mesure où il ne fait qu'illustrer la position générale des Sabinien concernant toutes les formules *omnia iudicia absolutoria esse*. La raison majeure est plutôt d'ordre logique: le fait d'avoir enlevé des choses n'implique pas nécessairement un comportement fautif à soi tout seul qui serait l'équivalent d'un *furtum*, c'est de ne pas les rendre qui constitue le fait en délit.

¹³³¹ Dig. 25.2.26 Gaius 4 *ad ed. Provinc. Rerum amotarum actio condictio est.*

¹³³² Dig. 25.2.29 Tryphonus 11 *disp. Rerum amotarum aestimatio ad tempus quo amotae sunt referri debet: nam veritate furtum fit, et si lenius coercetur mulier.*

honoraires pénales¹³³³, peut être délivrée *de peculio*¹³³⁴. Comme elle a la même source délictuelle que l'*actio furti*, elle empêche d'opposer le *beneficium competentiae*¹³³⁵, et elle ne peut être préventivement éteinte par un pacte¹³³⁶.

Mais la nature répersécutoire de l'action la rend nécessairement moins scandaleuse, conformément à l'opinion générale que donne Ulpien¹³³⁷. *L'honor matrimonii* méritait bien une *lenior coercitio*. Et le préteur l'a inscrite de façon stable dans son album.

Ces trois types généraux de procédés euphémiques rencontrent tous des correspondants dans une utilisation particulière de la mention de la bonne foi.

1.2.2.1.2.2. La mention de la bonne foi dans les procédés de réécriture euphémique (B)

L'utilisation du syntagme *bona fides/fides bona* semble relativement fréquente à des fins de contournement des obstacles socio-juridiques tenant à *l'honor* et à la *reuerentia personarum*. Les procédés précédemment décrits (interprétation constructive de l'*actione teneri* d'une autre action de l'album/ adaptation ou création *ad hoc* et au cas par cas/ inscription permanente d'une voie de droit « euphémique » dans l'album) sont tous les trois susceptibles de faire intervenir une mention de la bonne foi, comme le montre l'interprétation constructive de l'*actione teneri* dans une action de bonne foi (1°), l'utilisation de la mention de la bonne foi dans une formule de substitution à l'action de dol (2°), ou l'exception de Mucius qui figurait dans son édit provincial d'Asie (3°).

¹³³³ Dig. 25.2.21.5 Paulus 37 *ad ed.* *Haec actio licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet et ideo non anno finitur, sicut et conditio furtiva: praeterea et heredibus competit.*

¹³³⁴ Dig. 25.2.3.4 Paulus 7 *ad sab.* *Si filia familias res amoverit, mela fulcinus aiunt de peculio dandam actionem, quia displicuit eam furti obligari (...)*

¹³³⁵ Dig. 25.2.21.6 Paulus 37 *ad ed.* *Nec viro nec mulieri prodest in hoc iudicio, si facere non possunt: pendet enim id ex furto.*

¹³³⁶ Dig. 50.17.27 Pomponius 16 *ad sab.* *Nec ex praetorio nec ex sollemni iure privatorum conventionem quicquam immutandum est, quamvis obligationum causae pactione possint immutari et ipso iure et per pacti conventi exceptionem: quia actionum modus vel lege vel per praetorem introductus privatorum pactionibus non infirmatur, nisi tunc, cum inchoatur actio, inter eos convenit.* C'est la Palingénésie qui nous montre que ce texte traitait de la dot et notamment des *res amotae*.

¹³³⁷ Dig. 44.7.36 Ulpianus 2 *ad ed.* *Cessat ignominia in conditionibus, quamvis ex famosis causis pendeant.*

1° Il est fort possible que dans certaines situations, le choix de l'action de bonne foi suffise à remédier à la difficulté qu'il y aurait à délivrer une actions aux paroles offensantes.

L'action de dol n'est délivrée qu'à titre subsidiaire, tout comme l'exception, et à ce titre, le choix d'une autre action (et même d'un autre moyen de protection) est toujours à préférer s'il est possible, puisque le préteur ne la délivrera qu'au compte-goutte.

Dans la mesure où les actions de bonne foi ont pour principal avantage de sanctionner implicitement des comportements dolosifs, une interprétation constructive de leur champ d'application permet sans trop de peine de saisir un dol qui aurait une connexité même assez lâche avec le *negotium*.

Lorsqu'elle se révèle manifestement impossible, le choix d'une action de bonne foi figurant dans l'album peut donc être un moyen privilégié pour éviter l'emploi d'une voie de droit dont la formulation heurterait l'*honor* de la personne qu'elle viserait. A ce titre, l'utilisation des actions de bonne foi peut être un moyen fort avantageux de contourner une impossibilité d'intenter l'action par référence à la *reuerentia personarum*, tout comme l'emploi de la *condictio furtiua* ou *ob turpem causam*. Comme ces formules se réfèrent à la qualification positive dont le dol est l'exacte contraposée, elles ont une dimension naturellement euphémique (par contraste) qui peut les faire préférer à l'action de dol.

2° Mais la mention de la bonne foi peut-être encore utilisée dans une réécriture *ad hoc* de l'action impossible à intenter du fait des sa formulation offensante contraire à la *reuerentia personarum* exigée au prétoire.

Ulpien nous montre dans son commentaire à l'Edit¹³³⁸ comment il est possible de remédier à l'impossibilité d'intenter l'action de dol contre son patron, son parent ou contre une personne honorable, par une réécriture *ad hoc* de la formule¹³³⁹. Cette

¹³³⁸ Dig. 4.3.11.1 Ulpianus 11 ad ed. *Et quibusdam personis non dabitur, ut puta liberis vel libertis adversus parentes patronosve, cum sit famosa. sed nec humili adversus eum qui dignitate excellet debet dari: puta plebeio adversus consularem receptae auctoritatis, vel luxurioso atque prodigo aut alias vili adversus hominem vitae emendatoris. et ita labeo. quid ergo est ? in horum persona dicendum est in factum verbis temperandam actionem dandam, ut bonae fidei mentio fiat,*

¹³³⁹ D.MANTOVANI, *L'editto come codice*, p.168.

impossibilité, déjà constatée d'après lui chez Labéon, nécessite de faire tempérer l'action (*actionem dandam temperandam*)¹³⁴⁰ sur le plan des mots (*uerbis*) au cas par cas (*in factum*). Le sens de *in factum* ne peut être exactement le même, là encore, que dans l'expression *formula in factum concepta*, puisque, l'action de dol étant déjà une *formule in factum*, il n'y aurait aucun sens à préciser que la nouvelle formule tempérée serait elle aussi *in factum*: *in factum* signifie plutôt « au cas par cas » tout comme, dans l'expression *in diem uiuere*, *in diem* signifie « au jour le jour ». Il est notable que cet emploi de *in factum* est semblable à celui que Papinien met par ailleurs sous la plume de Labéon: *in factum ciuilem actionem dandam*; l'action civile doit être donnée au cas par cas, délivrée en fonction de l'espèce précise. Aussi doit-il s'agir d'une action décrétable qui ne fera que décrire les faits sans mentionner le dol ou la fraude, tout comme on substituait à l'exception de dol en cas de titre non causé l'exception « *si pecunia numerata est* ».

Toutefois, dans la mesure où la raison de la délivrance de cette action réside bien dans un comportement frauduleux ou dolosif du défendeur, il faut donner, au moins indirectement au juge un moyen d'examiner ce comportement en évaluant implicitement son caractère dolosif. Il se fera sans doute par une litote. Puisque la *fides bona contraria est fraudi et dolo*, on peut exprimer un standard de jugement comme le dol sous forme de litote, en réécrivant la formule avec une mention, non du dol, mais de sa contraposée la *fides bona: ut bonae fidei mentio fiat*. Nous verrons plus loin la forme que prenait un pareil euphémisme.

Assurément, de pareilles formules ont existé puisque le Code y fait référence au moins une fois dans un rescrit des Sévères¹³⁴¹ qui précède sans doute de quelques années l'écriture du commentaire à l'édit d'Ulpien: l'action de dol, impossible à intenter par le mari contre sa femme, se voit remplacée dans le cas d'espèce par une *actio in factum*, sans que le rescrit toutefois évoque une mention de la bonne foi¹³⁴². Il

¹³⁴⁰ A notre avis, le tour employé par Ulpien est dare+acc+adjectif verbal, *dare aliquid faciendum*, faire faire quelque chose.

¹³⁴¹ CJ.5.12.1.2: Imperatores Severus, Antoninus: *Sin vero hoc non factum est, si quidem bona fide eadem res in dotem data est, nulla marito competit actio: dolo autem dantis interposito de dolo actio adversus eum locum habebit, nisi a muliere dolo interpositus sit: tunc enim, ne famosa actio adversus eam detur, in factum actio competit.* <a 201 pp.K.Aug. muciano et fabiano cons.>

¹³⁴² On pourrait au mieux considérer que le rescrit l'évoque préliminairement en considérant le cas où la dot a été donnée *bona fide*. Alors la formule peut avoir contenu *« *nec ita dos data sit ut eo stari non oporteat ex fide bona* », d'une

est vrai que le commentaire d'Ulpien est l'unique utilisation de la mention de la bonne foi à des fins euphémiques rencontrée dans la compilation¹³⁴³, mais sa documentation ne pouvait qu'être lacunaire puisqu'une pareille réécriture de l'action était une solution propre à la procédure formulaire¹³⁴⁴. Elle est toutefois documentée pour l'époque républicaine¹³⁴⁵, où une solution de remplacement euphémique figurait de manière stable dans l'édit d'Asie de Quintus Mucius.

3° Enfin, on rencontre encore une mention de la bonne foi dans des formules stables de l'album écrites de manière à protéger l'*honor*¹³⁴⁶. Une lettre de Cicéron à Atticus nous manifeste plus précisément cette utilisation de la *bonae fidei mentio* à des fins euphémiques¹³⁴⁷. Atticus semble s'être plaint de la formulation d'une exception qui figurait dans l'édit du gouverneur de province Bibulus. Elle était d'un *nimis graue praeiudicium ordini nostro*: elle préjudiciait à l'ordre des chevaliers, duquel font partie l'Arpinate et son ami Atticus. L'allusion à l'ordre des chevaliers s'explique dans la mesure où les publicains en sont les représentants notoires dans les provinces. Les conventions qu'ils passaient avec les contribuables dans la procédure de recouvrement des impôts étaient en principe admises et recevaient force légale, et ne pouvaient donc être remises en cause que par la voie d'une exception, qui faisait sans doute référence à la fraude, à la violence ou à la menace dans l'édit de Bibulus. C'est en cela

manière similaire à la démonstration faite par D.MANTOVANI, *L'editto come codice*, p.. C'est aussi la solution vers laquelle penche M.TALAMANCA, *Bona fides*, p.292 ss. Voir encore R.CARDILLI, *Buona fede come principio*, cit., p.298-299, qui accueille favorablement l'explication de D.MANTOVANI.

¹³⁴³ Il est en revanche difficile de dire si c'est ce même procédé qui est visé par un rescrit des Sévères pris sans doute entre 213 et 224. CJ.8.35.3: Imperator Antoninus . *Adversus fratrem tuum quondam tutorem legitimum tutelae iudicio si expertus non es, proposita actione consiste. nec timueris exceptionem pacti, si in eo fraudem dolumque admissum probare potes: nam replicatio doli opposita bonae fidei iudicium facit et commentum fraudis repellit. * ant. a. vitali. * <a xxx >* Assurément, l'action proposée ne peut être l'action de tutelle, où il n'y aurait aucune nécessité d'insérer une exception de pacte ou une réplique de dol. En outre, on ne comprend pas pourquoi la replicatio doli ferait de cette action un *iudicium bonae fidei*, puisque l'action de tutelle est déjà par nature un *iudicium bonae fidei*. L'action qui est ainsi proposée est sans doute autre chose.

¹³⁴⁴ Ainsi, l'analyse que nous reprenons ici à D. MANTOVANI, *L'Editto come Codice*, p.168, analyse qui explique parfaitement les différents doutes sur ce texte dont faisait part M.TALAMANCA, *Bona fides*, p.292.

¹³⁴⁵ Nous invitons le lecteur à une méditation sur cette explication géniale de D.MANTOVANI, *op.cit.*, p.168, sans en tirer aucune conséquence pour l'instant : Ulpien parle d'une adaptation *in factum* de l'action *ut bonae fidei mentio fiat* lorsqu'il commente Labéon, celui là même qui a proposé des formules à clause *ex fide bona* pour constituer des *actiones in factum civiles*. Est-ce significatif ?

¹³⁴⁶ D.MANTOVANI, *L'editto come codice*, p.174-177.

¹³⁴⁷ *Ad Att. 6.1.15 (...)de Bibuli edicto nihil novi praeter illam exceptionem de qua tu ad me scripseras nimis gravi praeiudicio in ordinem nostrum.' ego tamen habeo isodunamously sed tectiorem ex Q. Muci edicto Asiatico, « EXTRA QVAM SI ITA NEGOTIVM GESTVM EST VT EO STARI NON OPORTEAT EX FIDE BONA », multaque sum secutus Scaevolae (...).*

que, même formulée sous forme conditionnelle, elle constituait un *praeiudicium* et, en préjugant de la possibilité d'une fraude tout spécifiquement de la part des publicains, la présence stable de cette exception dans l'édit du gouverneur portait une grave atteinte à l'*honor* de tout l'ordre des chevaliers. Il est vrai que cette considération n'a pas heurté Bibulus, et semble a priori très éloignée des cas de *reuerentia personarum* qui figurent au Digeste. Elle participe pourtant du même souci de préservation de l'*honor*, et quoiqu'elle ne reçoive pas de justification en droit comme dans les rapports clientélares entre patrons et affranchis, la formulation d'une pareille exception était peu souhaitable. Elle révèle à elle seule tout le poids des mots dans la procédure formulaire: même un philosophe cultivant son jardin à Athènes, et sans doute assez critique pour prendre un peu de distance avec les contraintes sociales de son temps, est relativement choqué d'une mention de la fraude du publicain, au point d'en parler à Cicéron. Et l'Arpinate, qui n'a pourtant aucune sympathie particulière pour eux, en est suffisamment choqué à son tour pour avoir quant à lui évité de donner une formulation offensante aux voies de défense destinées à protéger les provinciaux des exactions des publicains.

Aussi son édit à lui contient-il une autre exception, qui n'est pas une invention personnelle, mais n'est que la reprise de celle qui figurait déjà dans l'édit d'Asie de Quintus Mucius Scaevola: *EXTRA QVAM SI ITA NEGOTIVM GESTVM EST VT EO STARI NON OPORTEAT EX FIDE BONA*. « excepté le cas où le négoce a été conduit d'une manière telle qu'il n'y ait pas de devoir de s'y tenir pour rester de bonne foi ».

Cette formulation est particulièrement euphémique pour opposer au publicain son comportement déloyal ou frauduleux. D'une part, elle ne mentionne ni la fraude, ni le dol, ni la violence, mais fait une référence à ce qui s'y oppose le plus, à savoir la bonne foi. Mais plus encore, elle formule l'exception en faisant porter le critère d'évaluation plutôt sur le défendeur: la question posée explicitement par l'exception est de savoir si le contribuable est de bonne foi à ne pas s'en tenir au négoce au vu de la manière dont il a été mené, et non si le publicain a commis une fraude ou une violence à l'encontre du contribuable. C'est en cela qu'elle est, aux dires de Cicéron, *tectior*, moins ouverte, moins explicite. Mais elle revient indirectement à se demander

si le publicain a usé de moyens déloyaux pour faire admettre une convention au contribuable, et c'est en cela qu'elle est *isodunamoussa*: parlant à son ami philosophe, il a cette coquetterie d'employer un verbe grec pour dire qu'elle a néanmoins la même *dunamis*, la même signification: en des termes plus proches de ceux des juristes classiques, elle a la même *uis ac potestas*. Elle a la même portée et la même efficace juridique, malgré sa formulation beaucoup plus implicite.

Elle est en tous les cas une trouvaille, semble-t-il, du plus grand jurisconsulte d'époque républicaine, Quintus Mucius Scaevola, et comme sa formulation rappelle celle des actions de bonne foi, il convient de se demander dans quelle mesure celle-ci procède à son tour de techniques euphémiques de rédaction.

1.2.2.2. *La dimension euphémique des actions de bonne foi imposée par la *societas uitae* (Sous-section 2)*

A notre avis, les actions de bonne foi participent d'un procédé rédactionnel euphémique dont on a montré des traces à l'époque classique, qui aurait encore dans certains domaines gardé le souvenir que la référence à la *bona fides* fait partie de solutions formulaires destinées à donner un tour plus tempéré à des contentieux qui mettent en jeu des rapports familiaux, clientélares ou amicaux, en bref des rapports qui n'ont pas vocation à finir devant le préteur. Les actions de bonne foi ne sont certes pas des réécritures, mais leur formulation montre que la création de ces formules a pris en compte certaines contraintes d'ordre socio-juridique qui pouvaient peser sur de pareils contentieux¹³⁴⁸.

Nous avons, précédemment, présenté les réserves et les obstacles socio-juridiques dans la délivrance d'une action, pour présenter dans un second temps les remèdes que sont les formulations euphémiques. Nous ferons à présent la démarche contraire: les actions de bonne foi montrent dans leur rédaction une dimension euphémique dont s'inspire l'exception mucienne (I), dimension euphémique destinée à surmonter certains obstacles induits par la *societas uitae* qui unissait souvent les parties(II).

1.2.2.2.1. *La dimension euphémique des *iudicia in quibus additur ex fide bona* (I)*

¹³⁴⁸ A ce titre, nous ne nous permettons pas de nous prononcer sur le tour exact qu'a pris la constitution de ces formules, ni même sur leur ordre d'apparition: aussi ne prétendons-nous pas trancher la question de savoir s'il s'agissait à l'origine d'arbitrages privés (CUQ p., BROGGINI, *Iudex arbiterve*, p., LOMBARDI, p.191, B.BISCOTTI, *Dal pacere*, p.300), d'anciens procédés purement évaluatifs inspirés de l'*arbitrium liti aestimandae* ou moulés dans une *iudicis arbitriue postulatio* (HUVELIN, p., ARANGIO-RUIZ, *Formule* p.370), de réécriture de formules d'abord *in factum* (MITTEIS, GIRARD), ou d'un système de *praescriptiones* (W.SELB, *Formeln*, p.). Si l'on suit notre raisonnement sur le caractère euphémique de leur formulation, il est fort possible que des réponses différenciées soient à articuler: ainsi, la constitution de la formule du dépôt *ex fide bona* peut avoir été dictée par la présence gênante de la mention du dol dans la formule *in factum*; il est tout à fait possible qu'il en ait été ainsi d'autres actions auparavant. Il est possible encore que certaines (*iudicia empti uenditi locati conducti*) soient d'anciens arbitrage privés; il est possible encore qu'elles soient simplement constituées ainsi par contraste avec une action extrêmement offensante dont elles voulaient se démarquer le plus possible (*actio tutelae* vs. *actio rationibus distrahendis*). Il est encore possible, ce que nous pensons personnellement, qu'elles soient des inventions *sui generis* de quelques préteurs ou jurisconsultes géniaux qui, à l'époque où la jurisprudence cautélaire affinait ses modèles de rédaction des stipulations, ont choisi d'en faire autant pour les formules. Toutes les hypothèses de reconstruction concrète sont possibles. En revanche, nous pensons que l'hypothèse d'une phase intermédiaire dans la genèse de l'*intentio*, que pose par exemple lde B.BISCOTTI, *Dal pacere*, p.300, sous la forme **quiquid aequius melius est dari repromitti ex fide bona*, est inutile.

Le rapport de parenté entre l'exception mucienne édulcorée et les *iudicia in quibus additur ex fide bona* est évident par la présence de la clause *ex fide bona*. Celui-là même qui, d'après Cicéron, leur manifestait une considération particulière en leur attribuant une *summa uis* du fait de la présence de cette clause, a trouvé dans cette dernière un moyen d'éviter des paroles offensantes par une exception *isodunamouosa* (**eamdem uim habens*). Il ne peut qu'avoir songé aux *iudicia in quibus additur ex fide bona*.

Nous pensons pouvoir décrire assez simplement le rapport génétique entre l'exception mucienne et les *iudicia in quibus additur ex fide bona*: elles ont inspiré à Mucius son exception(A), parce qu'elle correspondent à de nombreux égards à ce qu'on peut appeler, pour pasticher Cicéron, des *formulae tectiores*(B).

1.2.2.2.1.1. L'exception mucienne inspirée des actions de bonne foi. (A)

On admettra sans peine qu'il existe un rapport de parenté entre les actions de bonne foi et l'exception mucienne: celle-ci représente une originalité, une trouvaille de Quintus Mucius, nous semble-t-il, puisque Cicéron prétend l'avoir trouvée dans son édit d'Asie, non dans les formulaires généraux des édits du préteur urbain ou pérégrin. Et c'est l'exception qui s'inspire de la formulation de ces actions, non l'inverse. A notre avis, elle s'inspire du constat que les *iudicia in quibus additur ex fide bona* possèdent une propriété qu'on appellera à époque classique l'inhérence de l'exception de dol (1°), et sa formulation impersonnelle n'est pas sans rappeler celle, toute particulière, de l'action de fiducie (2°).

1° Dans les formules des actions de bonne foi, la clause *ex fide bona* fait explicitement porter principalement l'évaluation sur le défendeur qui est visé par l'*intentio* comme débiteur, et qui est sujet sémantique de l'*intentio*. *Quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona*. C'est son comportement ainsi que l'exécution de son obligation qui est le plus directement à scruter selon le paramètre de la *bona fides*.

Pourtant, c'est cette même clause qui indirectement permet au juge de tenir compte d'un dol ou d'une fraude du demandeur, et ce parce qu'il évalue si le comportement du

défendeur est conforme à la *bona fides*: a contrario celui-ci n'agit pas en contrariété avec la *bona fides* en ne respectant pas son engagement, si par exemple il a contracté l'engagement sous l'effet d'un dol du demandeur, ou si celui-ci a lui-même été de mauvaise foi dans l'exécution de son obligation. Ainsi, évaluer la bonne foi du défendeur revient indirectement à se poser la question de la mauvaise foi du demandeur, notamment de sa fraude, de son dol, de ses menaces, et ce sans qu'il soit besoin d'intégrer une quelconque exception visant ses éventuels comportements blâmables. Cela rappelle la règle canonique *fidem fallenti non est fides seruanda*, ou bien, en des termes plus romains parodiant la formule de la fiducie, le respect de l'engagement suppose que le négoce a été mené *ut inter bonos bene agier oportet*. Indépendamment de toute théorie matérielle sur l'interdépendance des obligations ou des prestations, c'est la simple analyse de la *bona fides* comme qualité typique des *boni uiri* qui permet au juge d'examiner le dol du demandeur: on agit tout de même comme un *bonus uir* si l'on ne respecte pas un engagement envers quelqu'un qui cherche à nous frauder¹³⁴⁹.

La clause permet donc, en faisant porter littéralement l'évaluation sur le comportement du défendeur, de viser implicitement un comportement frauduleux ou gravement négligent du demandeur.

Cette propriété des *iudicia in quibus additur ex fide bona* est très vraisemblablement déjà connue à époque républicaine, et ce dès le II^{ème} siècle.

Et c'est cette structure (contrôle implicite du dol du demandeur à travers la possibilité explicite de contrôle de la bonne foi du défendeur) que Mucius a reproduite, en l'explicitant quelque peu, dans son exception en 95 av. JC, et que Cicéron garantit au contribuable contre le publicain¹³⁵⁰. Car elle ne vise pas explicitement un dol du demandeur, comme le faisait l'édit de Bibulus.

Plutôt que d'enjoindre directement le juge à examiner un dol éventuel du demandeur comme dans l'exception de dol classique, il en reproduit une qui la contient implicitement en visant la bonne foi du défendeur. A ce titre, cette exception fait figure d'explicitation ponctuelle de la valeur que peut avoir la clause *ex fide bona*. Là où, grâce à la clause *ex fide bona*, l'*exceptio doli* est dite *inesse bonae fidei iudicio* par les classiques, il développe sous forme d'exception, dans une action

¹³⁴⁹ Voir Titre II Chapitre II Section 2.

¹³⁵⁰ Elle avait très vraisemblablement la même fonction dans l'édit d'Asie de Quintus Mucius, sans préjudice d'autres applications *ad hoc* qu'il aurait pu lui trouver.

nécessairement de droit strict, le bénéfice qu'elle peut accorder au défendeur. L'exception est une manière d'exprimer un peu plus explicitement, de façon certes un peu alambiquée, l'un des raisonnements sous-jacents qui gouvernent l'interprétation de la *clause ex fide bona* dans les *arbitria* qui en sont munis « de série », afin de pouvoir opposer le *dolus praeteritus* de l'adversaire: « excepté le cas où le négoce a été mené d'une manière telle qu'il n'y a pas d'obligation de s'y tenir pour rester conforme aux exigences de la bonne foi ». C'est une manière fort alambiquée de viser le dol ou la violence de l'adversaire, mais l'euphémisme se fait au prix de cette tournure alambiquée.

Il est d'ailleurs à parier que l'*actio uerbis temperata ut bonae fidei mentio fiat* souhaitée par Ulpien, pour tempérer l'agressivité de la formule de l'action de dol, emploie ce procédé, mais en inversant les rôles: pour viser implicitement le dol du défendeur cette fois, elle impose une évaluation, sous forme laudative, de ce qui est conforme à la *bona fides* pour le demandeur, et nous suivons en cela la reconstruction proposée par Mantovani¹³⁵¹: *si paret (description du negoce litigieux) et ita negotium gestum esse ut eo stari non oporteat ex fide bona, etc.*¹³⁵²

Ce choix de mentionner un terme connoté méliorativement et de faire explicitement porter le standard de jugement sur la partie qui précisément est susceptible d'invoquer le dol de l'adversaire n'est pas le seul point de rencontre entre l'exception mucienne et les actions de bonne foi. Car sa structure rappelle encore à certains égards la formule originale de la fiducie.

2°L'exception mucienne ainsi que le procédé évoqué par Ulpien pour « tempérer » la formule de l'action de dol, *extra quam si ita negotium gestum est ut eo stari non oporteat ex fide bona*, partage deux aspects avec la clause particulière qu'on rencontre dans la formule de la fiducie, qui est mise dès l'époque républicaine en rapport avec les *iudicia in quibus additur ex fide bona*. Elle est reconstruite par Lenel¹³⁵³ comme une formule *in factum* dont l'*intentio* contient la suite « ...*nec ita negotium actum esse ut inter bonos bene agier oportet...* ».

¹³⁵¹ L'Editto come codice p..

¹³⁵² Il est à noter que cette formule est nécessairement retranscrite au cas par cas, et doit être adaptée: la formulation est effectivement adéquate lorsque l'on souhaiterait sanctionner un *dolus in contrahendo*, mais l'action de dol, sans doute dès son origine, sert à davantage qu'une sanction des dols contractuels.

¹³⁵³ EP³, p.

Elles emploient toutes deux le verbe *oportere* sans référence à une *obligatio iuris ciuilis*. Elles sont toutes les deux exprimées de manière impersonnelle, avec une prolifération de la voix passive à cette fin: *negotium gestum est/ ita negotium actum esse// bene agier/ eo stari*. Ces deux aspects sont liés. Dans la mesure où le verbe *oportere* n'est pas en relation avec le nom du créancier ou celui du débiteur dans la proposition infinitive qui dépend d'*oportere*, sa mention dans ces formules ne peut avoir pour effet d'éteindre (abusivement) *ipso iure* l'action; aussi était-il tout à fait possible de l'employer pour exprimer un devoir en général, un simple standard de jugement.

Les deux formules manifestent un souci d'euphémisme, à la fois par leur tournure impersonnelle relativement alambiquée, et par le lexique laudatif qu'elles emploient pour formuler le standard de jugement: *ut eo stari non oporteat ex fide bona. Ut inter bonos bene agier oportet*. Dans un cas, c'est une structure corrélatrice consécutive (*ita...ut+subj*), et dans l'autre cas, une structure corrélatrice comparative (*ita...ut+ind.*). On évite d'imputer trop directement un fait honteux à l'une ou l'autre des deux parties.

-Dans un cas, on se réfère à une qualité éminente chez les *boni uiri*, dans l'autre on fait une référence à ces *boni uiri*.

-Dans un cas, le standard évite même la mention du dol de celui à qui le dol devrait être imputé, dans l'autre cas il le fait très vraisemblablement. Car à notre avis, même si la reconstruction de Lenel est exacte dans ses grandes lignes, puisque c'est la meilleure qu'on ait trouvée, la clause *ut inter bonos bene agier oportet* n'est pas suivie d'un *et sine fraudatione*, ou du moins ne l'est pas toujours. Et ce pour plusieurs raisons. Certes, la clause semble ainsi rendue en *De Off.* III,70, mais Cicéron peut tout à fait donner deux extraits de deux différentes formules, *ut inter bonos...oportet* d'une part, *sine fraudatione* d'autre part, reliées par un *et*, d'autant qu'il ne précise pas qu'il s'agit de la formule de la fiducie. Et plusieurs arguments militent pour l'absence de ce *sine fraudatione*. D'une part, les trois autres textes qui mentionnent la clause le font sans évoquer un quelconque *et sine fraudatione*, alors qu'ils mentionnent explicitement pour deux d'entre eux qu'il s'agit de la formule de la fiducie, contrairement au texte de *Off.* III,70. Et pour deux d'entre eux, il serait étonnant qu'ils

l'omettent s'il figurait dans la formule. Sans doute la lettre à Trébatius¹³⁵⁴ aurait-elle des raisons d'écourter la citation, puisque le propos de Cicéron est de faire une plaisanterie à Trébatius sur sa conversation à l'épicurisme qui ne peut être une philosophie de *bonus uir*, si bien que la mention de la *fraudatio* n'aurait rien apporté à son propos. En revanche, les textes de *De off.* III,61 et de *Top.* 17.66 sont plus troublants, en ce qu'ils auraient tout intérêt à la mentionner pour leur propos si elle était présente dans la formule. Le texte des *Topiques*¹³⁵⁵ qui insiste sur la nécessité pour les avocats d'avoir sous la main de brillants jurisconsultes, l'illustre par leur monopole d'interprétation sur certains termes présents « dans les *iudicia* dans lesquels est ajouté *ex fide bona*, là où encore (est ajoutée) *ut inter bonos bene agier oportet*, et en tout premier lieu dans la formule de l'*actio rei uxoriae*, dans laquelle se trouve *quod eius aequius melius* ». Car, nous dit-il, ce sont eux qui ont défini le *dolus malus*, la *fides bona*, l'*aequum bonum*. Pourquoi ne fait-il pas référence, ni à un *sine fraudatione*, ni à la *fraudatio*, qui est un terme assez ambigu pour avoir sans doute reçu des interprétations étoffées de la part des jurisconsultes, au moins au même titre que le *dolus malus*? Quant au texte du *De officiis*¹³⁵⁶, il est encore plus troublant. Cicéron parlait de la sanction du dol avant l'introduction des *formulae de dolo* par Aquilius Gallus, et notamment son appréhension sans intervention législative du fait de la présence de la clause *ex fide bona* dans certains *iudicia*. Puis il passe en revue d'autres formules, dont il veut souligner les termes marquants: l'*aequius melius* de l'*arbitrium rei uxoriae*, et l'*ut inter bonos bene agier* de l'*actio fiduciae*: comment se fait-il, alors qu'il parle des répressions du dol sur le fondement des termes des formules en en soulignant les termes marquants à cette fin, qu'il ne mentionne pas un *et sine fraudatione*? Qui plus est, il souligne comment la répression du dol est possible par voie d'interprétation à partir de la clause *ut inter bonos bene agier*,

¹³⁵⁴ *Sed quonam modo ius civile defendes, cum omnia tua causa facias, non civium? Ubi porro illa erit formula fiduciae: VT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET? quis enim bonus est, qui facit nihil nisi sua causa? Quod ius status COMMUNI DIVIDENDO, cum commune nihil possit esse apud eos, qui omnia voluptate sua metiuntur?*

¹³⁵⁵ *Privata enim iudicia maximarum quidem rerum in iuris consultorum mihi videntur esse prudentia. Nam et adsunt multum et adhibentur in consilia et patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugientibus hastas ministrant. [66] In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum, ubi vero etiam ut inter bonos bene agier oportet, in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est quod eius aequius melius, parati eis esse debent. Illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset ei cuius ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset, eumve cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt.*

¹³⁵⁶ [61] *Quod si Aquiliana definitio vera est, ex omni vita simulatio dissimulatioque tollenda est. Ita nec ut emat melius nec ut vendat quicquam simulabit aut dissimulabit vir bonus. Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adolescentium lege Plaetoria et sine lege iudiciis, in quibus additur ex fide bona. Reliquorum autem iudiciorum haec verba maxime excellent: in arbitrio rei uxoriae melius aequius, in fiducia ut inter bonos bene agier. Quid ergo? aut in eo, quod melius aequius, potest ulla pars inesse fraudis? aut cum dicitur inter bonos bene agier, quicquam agi dolose aut malitiose potest? Dolus autem malus in simulatione, ut ait Aquilius, continetur.*

puisque pour bien agir il est impossible d'agir dolosivement ou malicieusement, tout comme la *fraus* peut être sanctionnée à partir de la clause *quod aequius melius*: mais son propos, montrer que *ut inter bonos bene agier* suffit à appréhender le dol, ne serait-il pas inutile si la clause de l'action de fiducie contenait un *sine fraudatione*, qui permettrait d'appréhender beaucoup plus directement et intuitivement les comportements dolosifs du co-contractant¹³⁵⁷? Pour ces raisons, nous pensons que la formule de la fiducie ne comportait le plus souvent qu'un *ut inter bonos bene agier oportet*¹³⁵⁸.

Cette formule, tout aussi euphémique, dès lors, que l'exception mucienne ou que l'action édulcorée proposée par Ulpien, a une tournure plus alambiquée que les actions de bonne foi pour viser l'essentiel des comportements dolosifs de la part du défendeur comme du demandeur.

L'exception mucienne peut s'interpréter à ce titre comme une combinaison stylistique entre le *negotiumue ita actum esse ut inter bonos bene agier oportet*, puisqu'elle exprime le standard de jugement sous forme propositionnelle (dans un cas une comparaison, dans l'autre cas une conséquence), et la clause *ex fide bona* qui est un standard de jugement exprimé sous la forme d'un syntagme nominal précédé d'une préposition.

Et s'il peut songer à retranscrire euphémiquement une exception de dol ou de fraude en faisant intervenir la *bonae fidei mentio*, c'est nous semble-t-il, parce qu'elle est la marque de fabrique de formules qui sont elles aussi « *tectiores* ».

¹³⁵⁷ Sans doute pourra-t-on nous faire l'objection suivante. Autant la *fraus* serait une variété spécifique de dol, et donc la mention du dol permet d'appréhender la *fraus*, mais l'inverse ne serait pas vrai pour autant: la *fraus* serait une variété particulièrement lourde de dol, et donc la mention de la *fraudatio* ne suffirait pas à appréhender toute forme de dol. On pourrait donc agir dolosivement mais sans fraude. Donc Cicéron en III.61 ne pourrait fonder l'appréhension extensive de toute forme de dol que sur le fondement de *ut inter bonos bene agier*, et en ce cas il n'aurait pas de raison d'évoquer un éventuel *sine fraudatione* même s'il était présent dans la formule. Toutefois, remarquons que Cicéron a essentiellement en vue le *dolus in contrahendo*, et que les comportements malicieux auxquels il songe sont essentiellement des *fraudationes*. Par ailleurs, s'il dit à propos de l'*aequius melius*, *potest ulla pars inesse fraudis*, c'est bien qu'il serait intéressé par une éventuelle mention de la *fraus* dans ces formules. En outre, il aurait intérêt à nous faire une simple explicitation: en soi, la *fraudatio* n'est pas une variété spécifique de dol, c'est le résultat d'un dol, comme le montrent par exemple les adjonctions du type *dolo malo patris dominiue captus fraudatus*: on peut *facere aliquid dolo malo*. On ne peut que *facere aliquid fraudationis causa*. Aussi aurait-il intérêt à nous faire une remarque du type *potest esse ulla pars fraudationis sine dolo malo*? Ce qu'il ne fait précisément pas.

¹³⁵⁸ Au mieux, le *sine fraudatione* était peut-être un ajout éventuel. La *fraudatio* désigne très souvent dans l'édit des cas où l'on se rend insolvable ou du moins où l'on transfère la propriété d'un bien afin de le faire échapper à la saisie de notre patrimoine par nos créanciers; d'ailleurs, la mention *captus fraudatus* de la *fiducia cum seruo contracta* (voir EP¹, p.) vise sans doute le cas où le bien est sorti du pécule pour retourner dans le patrimoine direct du *dominus*, mais c'est justement une *adiectio* comme le disent les jurisconsultes. A notre avis la *fraudatio* ne viserait pas le cas où le fiduciaire se serait débarrassé lui-même de la chose, mais plutôt le cas de la collusion frauduleuse entre un esclave fiduciaire et son maître, et

1.2.2.2.1.2. *La formulation édulcorée des actions de bonne foi: des formules 'tectiores' (B)*

Si Mucius a trouvé dans les formules à clause *ex fide bona* une source d'inspiration particulière pour maquiller des paroles offensantes, c'est parce qu'il en perçoit sans doute le style euphémique.

C'est considérées dans leur ensemble que ces formules manifestent une dimension euphémique, et ce même vis-à-vis du défendeur. Au vu des faits hautement blâmables et honteux qu'elles sont censées sanctionner aux yeux de Cicéron, ces formules apparaissent particulièrement neutres. Il n'emploie jamais des mots assez durs pour parler des faits qu'elles visent, et qui sont autant de comportements contraires à l'éthique des *boni uiri*. La réalité qui se cache derrière ces formules est souvent lamentable: un dol, une fraude, une faute lourde de la part d'un ami dans le cadre d'un mandat, un gestion frauduleuse du patrimoine de son pupille, une tromperie à l'égard de son associé. Il passe en revue tout le lexique latin de la tromperie. Pourtant, ce qu'il appelle des *iudicia de fide mala*, sont beaucoup plus hypocritement appelés des *iudicia bonae fidei* par la jurisprudence classique: on peut soit *aestimare dolum malum*, soit *aestimare bonam fidem*, dire que l'on juge de l'honnêteté de quelqu'un comme on peut dire que l'on juge de sa malhonnêteté: en un mot, voir le verre à moitié plein, ou à moitié vide.

Nous avons incidemment vu comment les *iudicia in quibus additur ex fide bona* manifestent une *natura tectior*, en ce qu'elle permet implicitement une appréhension adoucie du dol du demandeur. Pourtant, elles manifestent aussi, d'une autre manière que l'exception mucienne, à l'égard du défendeur, leur *natura tectior*, par leur formulation extrêmement neutre et tempérée dans leur *demonstratio*(1°) comme dans leur *intentio*(2°) et c'est ce que vient confirmer leur traitement particulier au regard de l'édit *parentem patronum patronam*(3°), qui s'explique sans doute par leur discipline procédurale spécifique(4°)

1°Leurs *demonstrationes* sont particulièrement neutres. Contrairement à celles de l'*actio iniuriarum* ou de l'*actio furti manifesti*, elles sont formulées d'une façon

l'on retombe sur le cas spécifique traité par Lenel, à savoir celui de la *fiducia cum seruo contracta*, soit le cas du fiduciaire frauduleux qui a en fait sorti par fiducie un bien de son patrimoine pour le soustraire au droits des tiers.

extrêmement peu offensante et pâle. Elles le sont comme la *demonstratio* d'une *actio ex stipulatu*. Elles font totalement l'ellipse du fait frauduleux ou blâmable qui conditionne l'*actioe teneri*, et se contentent de rappeler, soit l'origine et la typicité du lien contractuel (*societatem coit, mandauit*), soit l'acte de gestion sans qualification axiologique (*quod tutelam Auli Agerii gessit, quod negotia Auli Agerii gessit*).

Au regard de cela, une remarque souvent faite à propos des formules à *demonstratio*, à savoir qu'il y aurait une contradiction entre le caractère affirmatif de la *demonstratio* et le caractère hypothétique de la clause absolutoire *si non paret*, n'est pas tout à fait fondée telle qu'elle est généralement présentée à propos des actions de bonne foi¹³⁵⁹. On peut s'étonner sans doute de la contradiction entre le caractère hypothétique du *si non paret* et la *demonstratio* affirmative d'une action pénale comme l'*actio iniuriarum*, ou l'action de l'édit *de feris*, mais non d'une action de bonne foi, comme par exemple l'action de tutelle. Car l'absurdité profonde serait d'écrire au contraire, par un strict parallélisme, **si paret Numerium Negidium tutelam Auli Agerii gessisse, quiquid ob eam rem...oportet, eius condemnato...si non paret absoluto*, puisque cela reviendrait à dire que la seule manière pour un défendeur d'être formellement absout serait de prouver qu'il n'était pas le tuteur du demandeur, et qu'il devrait être condamné même s'il a parfaitement rempli ses obligations.

Quant au fait que la *demonstratio* soit affirmative, alors que le juge pourra tout de même vérifier le bien-fondé de son énoncé, ce n'est pas une contradiction manifeste. D'une part, il ne coûtait pas grand chose au défendeur de donner quelques éléments de preuve dans la phase *in iure* de l'existence apparente d'un lien contractuel ou quasi-

¹³⁵⁹ Voir V.ARANGIO-RUIZ, *Formole con 'demonstratio'*, p.322. Et c'est sa présentation qui donne lieu souvent à des hypothèses fort variées sur l'origine des formules à *demonstratio*. Pour toute la littérature sur ce sujet et une nouvelle hypothèse fondée sur cette même anomalie, voir R.FIORI, *Ea res agatur*, p.44 ss.. L'hypothèse de Fiori, malgré son indiscutable originalité et ses fines analyses, nous paraît discutable pour une raison majeure: envisager que les formules à *demonstratio* n'auraient pas eu de clause absolutoire (*si non paret absoluto*) jusqu'aux *leges Iuliae* se heurte à différents obstacles: outre que certains textes nous semblent le démentir malgré l'analyse qu'il en propose, la formule à clause *ex fide bona* de la *lex de Gallia Cisalpina* (chapitre 20) nous paraît le démentir au moins implicitement. En effet, elle ne contient tout d'abord pas de *si paret* au début de la formule, et la fiction de stipulation par laquelle elle débute joue exactement le même rôle qu'une *demonstratio* puisqu'elle n'est pas soumise à contestation et indique une cause qui serait similaire à celle qui serait précisément formulée par une *demonstratio* dans une *actio ex stipulatu*. Or elle possède bien un *SNPA*. Par ailleurs, son hypothèse sur la fiction de confession l'amène à envisager que c'est par une *praescriptio pro reo* que le juge peut empêcher la condamnation, et il en voit l'exemple parfait dans l'exception mucienne (*Ad Att.*,6.1.15). Or cette hypothèse ne tient absolument pas compte de la démonstration magistrale et limpide qu'a faite D.MANTOVANI (*Editto come codice.*, p.162 ss.) sur la fonction euphémique et diplomatique de cette exception, laquelle démonstration a précisément le mérite, outre de s'appuyer sur une réalité bien vivante encore à l'époque d'Ulpien, de correspondre parfaitement au contexte de la lettre (le *nimis graue praeiudicium* fait aux publicains par les termes de l'édit de Bibulus).

contractuel, même affecté d'un vice¹³⁶⁰. D'autre part, le caractère affirmatif d'un énoncé qui sera pourtant vérifié par le juge est fréquent dans d'autres formules: par exemple, dans la formule de l'action publicienne, au sein même de la fiction qui est imposée au juge, se trouve une relative *quem seruum (bona fide) emit et is ei traditus est*¹³⁶¹ formulée à l'indicatif et donc d'autant plus affirmative que ces formes verbales ne subissent pas d'attraction modale de la part du subjonctif *possedisset*, et pourtant le juge a non seulement la possibilité, mais même le devoir de vérifier le bien fondé de ces deux affirmations, qui pour le coup feront même très souvent l'objet principal du procès¹³⁶². Aussi n'y aurait-il eu aucune difficulté d'ordre juridique à exprimer dans la *demonstratio* des faits qui pourraient être remis en question devant le juge. honteux qu'on reproche exactement, quitte à pouvoir les démentir *apud iudicem*, comme dans les différentes actions d'injures, qui ont pour schéma général « *quod* (description de l'*iniuria*), *quantum ob eam rem aequum bonum recuperatoribus uidebitur* ».

La contradiction ne réside pas entre le *quod* initial et le *si paret* final dans le cas des *iudicia* à clause *ex fide bona*. C'est plutôt que la formule ne nous dit pas très clairement ce qu'elle sous-entend après *si non paret*, comme elle nous le dit dans la formule de la *condictio* ou de l'*actio furti*, grâce au parallélisme *si paret/si non paret*. Et pourtant chacun sait ce qui doit être sous-entendu: s'il appert qu'il n'a commis aucun dol, aucune fraude, aucune faute grave contraire à ce que ferait un *bonus uir*.

¹³⁶⁰ Voir à ce sujet, notamment, M.KASER-HACKL, *RZ*, p. En effet, le premier venu qui citerait en justice quelqu'un comme son tuteur ne se verrait pas automatiquement garantir la délivrance d'un *iudicium tutelae* sans avoir au moins donné quelques éléments qui rendent vraisemblable l'existence de ce lien quasi-contractuel.

¹³⁶¹ EP³ p.171. La relative n'a pas d'antécédent, car elle est introduite par un déterminant relatif, et non un pronom, ce qui fait qu'elle a intégré le substantif qui aurait fait office d'antécédent: *quem seruum*, au lieu de *eum seruum quem*.... Quant au *is*, il remplace un second pronom relatif qui n'aurait pas le même cas que le précédent, conformément à la syntaxe générale du latin: les relatifs synthétisent deux fonctions, la fonction de pronom et la fonction de démarcateur subordonnant et, contrairement au français, en latin lorsque deux relatives ont le même antécédent, le premier relatif suffit à remplir la fonction de démarcateur pour les deux propositions relatives si bien que la seconde proposition subordonnée peut ne contenir qu'un simple pronom personnel (*quem emit et is traditus est* et non **quem emit et qui traditus est*) là où le français mettrait un nouveau pronom relatif (*l'homme que j'ai acheté et qui m'a été remis* et non **l'homme que j'ai acheté et il m'a été remis*). Aussi la traduction de la fiction serait-elle: « si (l'on tient pour vérifié la fiction qu') Aulus Agerius aurait possédé pendant un an l'esclave qu'il a acheté de bonne foi et qui lui a été remis,... ». Sur la question de savoir si *bona fide* figurait dans la formule et/ou dans l'édit, voir la littérature à ce sujet dans D.MANTOVANI, *Formule*, p.46, qui la retranscrit sans *bona fide*, conformément au texte de Gaius.

¹³⁶² Sauf à penser que la formule n'est délivrée qu'une fois que le prêteur aurait vérifié lui-même le *bona fide emit* et le *is traditus est*. Mais, outre l'argument très simple qu'il a autre chose à faire que de vérifier la mauvaise foi du demandeur et l'existence d'une remise passée de la chose dès la phase *in iure*, l'action serait alors délivrée uniquement pour menacer d'une condamnation celui qui ne restituerait pas: on se demande alors pourquoi, paradoxalement, la seule formule où tous les éléments juridiques de l'action seraient vérifiés dès la phase *in iure* aurait précisément un *si paret*, une *intentio in ius concepta*. Il vaut mieux considérer qu'elle renvoie tout ce soin au juge. La raison d'une formulation affirmative dans l'action publicienne est par ailleurs à rechercher ailleurs, et à penser en termes de charge de la preuve: par le *quem bona fide emit*, c'est précisément au défendeur de prouver la mauvaise foi du demandeur. On pourrait, de même, considérer que les éléments donnés par le demandeur dans la phase *in iure* pour se voir délivrer une formule à *demonstratio* avec clause *ex fide bona* seraient suffisamment étoffés, aussi devant le juge serait-ce au défendeur de démontrer éventuellement la fausseté de l'énoncé, d'où, jusqu'à preuve du contraire, le caractère affirmatif de la *demonstratio*.

Bref, s'il n'appert pas que le demandeur a agi en contrariété avec les exigences de la bonne foi.

Aussi convient-il de reconnaître avec Arangio-Ruiz¹³⁶³ que la formule a quelque chose de particulièrement troublant. Selon le critère de la vérifiabilité, il existe plusieurs types d'énoncés par voie de *demonstratio*: la *demonstratio* des actions divisaires n'a par nature aucun besoin de vérification, elle ne fait que se référer à la demande de juge ou d'arbitre dans la phase *in iure* en circonscrivant la cause et l'objet du partage (hérédité, communion, contiguïté), et le prêteur décrit là un fait qui ne souffre aucune contestation dans la phase *apud iudicem*; dans le cas des formules confessoires, la *demonstratio* exprime un fait qui pourrait certes être contesté, mais précisément ne le peut plus, puisque le défendeur a confessé le fait avant l'édition de la formule; dans le cas d'une action d'injures, ou de la formule arbitraire sur le fondement d'un interdit *quod ui aut clam*, la *demonstratio* décrit un fait qui est tout à fait susceptible d'être faux, mais qui précisément est la cause efficiente de la condamnation: c'est parce qu'on a frappé ou offensé quelqu'un qu'on lui doit quelque chose. En revanche, les formules des actions de bonne foi présentent des faits qui en eux mêmes ne produisent pas la raison efficiente d'une condamnation: ce n'est pas parce que Numerius Negidius a géré la tutelle qu'il doit être condamné, c'est parce qu'il l'a d'une manière ou d'une autre mal gérée et qu'il a refusé de réparer le préjudice¹³⁶⁴. Les *demonstrationes* des actions de bonne foi ne font pas partie de la première catégorie, et pourtant ne font aucune mention du fait blâmable. Ce qui serait le plus cohérent, ce serait d'exprimer le fait blâmable qu'on reproche à l'adversaire, même sous forme générale: **quod tutelam Auli Agerii non ex fide bona/contra bonam fidem gessit*. Cela semblerait particulièrement bien venu dans le cas des actions de bonne foi infamantes, puisqu'elles cotoient dans l'édit *qui nisi pro certis personis* des *iudicia* dont la *demonstratio* est particulièrement offensante.

On comprend bien par contraste à quel point une formulation affirmative comme celle de la *demonstratio* aurait quelque chose de particulièrement scandaleux si elle mentionnait la fraude ou le dol de l'adversaire, comme dans le cas d'une action d'injure. En ce cas, elle ne serait même pas formulée de façon hypothétique (*si*

¹³⁶³ Formole (1912), p.

¹³⁶⁴ On pourrait, pour montrer cet aspect en apparence incohérent de la formule, le comparer avec les paroles solennelles de la *manus iniectio iudicati*: d'abord, un *quod* exprime la cause (*quod...iudicatus/ damnatus es*) de ce qui s'apparente pour le droit classique à une obligation, puis est précisé *quandoc non soluisti*: on précise le fait qui conditionne

paret), et serait d'autant plus injurieuse qu'elle mentionnerait un fait comme en apparence établi. Ainsi, cette formulation a en elle-même quelque chose de *tector* au regard des autres formules à *demonstratio* qui visent des faits blâmables déclenchant le principe de la réparation ou de la *poena*¹³⁶⁵.

2° Mais la formulation même de l'*intentio* a quelque chose d'euphémique. En soi, dire, « tout ce que x a l'obligation de donner, condamnes-y Numerius Negidius en l'ayant modulé selon les exigences de la bonne foi » est une formulation particulièrement plus élogieuse pour le défendeur au vu de ce qu'on lui reproche généralement. D'une part, on évite de lui imputer explicitement un fait fautif, puisqu'une pareille formulation évite la mention du dol ou de la fraude ou même de la faute. C'est là la fonction proprement euphémique d'un syntagme laudatif comme *ex fide bona*, par rapport à *dolo malo*, ou même un adverbe comme *neglegentius*.

D'autre part, nulle part n'est exprimée directement une contrariété, un manquement à la *fides bona*: on aurait pu le formuler par exemple, sur le modèle des actions civiles, **si paret Numerium Negidium tutelam Auli Agerii non ex fide bona gessisse, quam ob rem eum damnum prestare oportet*, ou sur le modèle des actions prétoriennes: **si paret Numerium Negidium contra bonam fidem (/non ex bona fide) tutelam Auli Agerii gessisse, quantum aequius melius erit (/aequum bonum uidebitur) eum condemnari, tantum condemna* aurait été une formulation tout à fait acceptable juridiquement¹³⁶⁶. La formule exprime de manière indéfinie l'ensemble des obligations nées d'une cause juridique, sans même faire la moindre mention de leur inexécution, que l'on évalue de manière concrète et actuelle à l'aune du paramètre de la bonne foi. On ne fait que signifier au défendeur, en plus de son obligation civile, « noblesse oblige », et en soumettant ses comportements à un examen sur le modèle

de manière efficiente le principe de la *manus iniectio*: le fait de ne pas avoir éteint la dette par une *solutio*. Or c'est précisément un pareil fait qui n'est pas exprimé.

¹³⁶⁵ Sans entrer dans le détail, il conviendrait à ce titre d'expliquer de manière différenciée la naissance des différentes formules à *demonstratio*, puisque celles-ci n'ont pas toutes la même signification, la même valeur. Dans la formule des actions divisaires, le *quod* n'est que l'expression naturelle d'un énoncé qui n'a par nature aucune vocation à être contesté: une fois la formule rendue, ce n'est certainement pas au juge de vérifier si dans la phase *in iure* les parties ont demandé ou non un juge ou un arbitre. Dans les formules des actions d'injures, etc., il semblerait que le modèle des actions avec confession (comme par exemple la confession dans la *lex Aquilia*) ait pu jouer un rôle, voire même celui de l'*arbitrium liti aestimandae*. Dans le cas des actions incertaines *ex stipulatu* ou *ex testamento*, il serait possible, quoique non vérifié, de voir dans la *demonstratio*, qui circonscrit la cause, un développement d'anciennes *praescriptiones*.

¹³⁶⁶ On voit d'autant mieux l'in vraisemblance de la formulation quand on compare les deux formules du dépôt: la formule *in factum* est claire dans son contenu, là où la formule *in ius* est opaque. Nous n'en inférons nullement l'origine des actions de bonne foi dans les formules *in factum*. Voir Betti, Girard

de l'éthique des *boni uiri*, on lui reconnaît indirectement la qualité éventuelle de *bonus uir*, puisqu'on n'exprime pas directement une quelconque contrariété factuelle au comportement typique des *boni uiri*.

Ainsi, en accolant *ex fide bona* à l'*intentio*, en en faisant l'instrument de mesure non pas d'un comportement (*contra bonam fidem tutelam gessisse*) mais de l'obligation (*quidquid ob eam rem eum ei dare facere oportet ex fide bona*), on permet une formule encore plus adoucie vis à vis du demandeur.

Les formules des actions de bonne foi apparaissent donc comme un chef d'oeuvre d'hypocrisie au vu de ce qu'en dit Cicéron. C'est, pensons-nous, parce que ces *iudicia de fide mala* sont formulés de cette manière que la jurisprudence classique peut les appeler, non sans ironie peut-être, des *iudicia bonae fidei*.

3° Ce qui tendrait à prouver l'aspect édulcoré de ces formules est précisément leur traitement au regard de l'édit *patronum patronam*. Quoiqu'elles soient pour certaines d'entre elles infamantes, il ne nous est nulle part dit qu'elles ne peuvent être intentées entre un client et son patron. D'ailleurs, de façon générale, la problématique de l'infamie n'est jamais abordée dans le commentaire propre à la formule d'une action de bonne foi, comme cela est fait à propos d'une action d'injures ou de l'action de dol, ce qui paraît d'autant plus étonnant que des contrats de société, de mandat, de dépôt, devaient bien être passés entre patrons et affranchis, entre parents et enfants. Il semblerait donc qu'elles ne posent pas les difficultés typiques des actions ignominieuses dont on doit changer les paroles par égard pour l'*honor*. Lorsqu'Ulpien donne d'ailleurs une liste plus générale des actions refusées au parent ou à l'enfant, il ne mentionne à aucun moment une action de bonne foi.

Dans la mesure où ce n'est pas le caractère *stricto sensu* infamant de l'action qui commande le refus du prêteur de laisser citer en justice un patron ou un parent, mais la nature offensante de la formule, on peut concevoir que des actions seront délivrées contre un parent ou un patron malgré leur présence dans l'édit *qui nisi pro certis personis*. Notamment, puisque Julien nous dit spécifiquement de l'*actio de dolo* et de l'*actio iniuriarum* qu'elles ne peuvent être intentées telles quelles même contre un représentant du patron, parce que les paroles en sont tout de même offensantes pour le patron même s'il ne risque pas les peines infamantes de l'édit¹³⁶⁷, on peut en déduire a

¹³⁶⁷ Dig. 37.15.2. cité *supra*.

contrario que les actions de bonne foi infamantes pouvaient au moins être intentées par des enfants ou des clients lorsque le patron ou le parent allait être représenté. Ainsi, il ne risquait ni une condamnation infamante, ni n'était victime d'une formulation offensante, grâce à la formule tempérée des *iudicia in quibus additur ex fide bona*.

Et il nous semble que cet impératif de diplomatie et d'euphémisme dans la confection des formules a pu être dicté par l'importance de la *societas uitae* dans les actions de bonne foi.

1.2.2.2.2. *La societas uitae facteur de scrupules à agir en justice (II)*

Les interdictions d'ordre socio-juridique que commente la jurisprudence sont avant tout celles que commandent les rapports clientélares et parentaux, et qui ont été reçues dans l'édit du préteur. Mais nous avons vu, au travers de l'exception mucienne, que les scrupules qui naissaient de la *reuerentia personarum* débordaient largement ce champ. Les préteurs et les jurisconsultes reconnaissaient que, dans d'autres situations, il était peu souhaitable de laisser agir en justice par des voies offensantes qui constituent un *graue praeiudicium*. Il nous semble que les raisons de la formulation euphémique des actions de bonne foi sont aussi à rechercher dans une certaine considération pour la *societas uitae*, à l'intimité sociale fréquente des parties au litige quelle que soit l'institution concernée: un puissant impératif diplomatique s'est imposé à ceux qui rédigeaient ces formules.

Toutes les institutions protégées par ces actions manifestent à des degrés divers une réelle *societas uitae*(A), ce qui amplifie en cas de contentieux le danger pour la *fides*-crédit social comme valeur sociale protégée(B).

1.2.2.2.2.1. *Les manifestations de la « societas uitae » dans les institutions protégées par une action de bonne foi (A.)*

La trajectoire historique suivie par ce groupe d'actions montre à elle seule qu'ils sont bien plus marqués par les rapports d'amitié et de familiarité. Toutes les nouvelles

actions créées ou entrées dans la catégorie à la fin du I^{er} siècle ou au début de l'Empire, époque pourtant d'intensification des échanges, sont des actions totalement étrangères au monde des affaires et du commerce international. La création et le profil de nouvelles actions de bonne foi à époque classique (commodat, dépôt, gestion d'affaires), montre plutôt une non-commercialité de principe qui traverse l'époque classique. L'histoire de la gestion d'affaires en est l'exemple le plus criant: conçue originellement comme la gestion d'une universalité déléguée à un proche ou bien à un affranchi, elle en vient à concerner principalement l'acte de gestion altruiste qui consiste en l'immixtion spontanée dans les affaires d'autrui¹³⁶⁸. L'attraction très précoce à ce groupe d'une institution comme la restitution de la dot, qui repose sur tout sauf sur une relation marchande, montre que la trajectoire générale que prend cette catégorie d'actions est marquée par la prise en considération altruiste des intérêts d'autrui, ou d'un intérêt commun qui excède la sphère économique (*res uxoria*). Les deux nouvelles formules *in ius*, pour le dépôt et le commodat, sont elles-mêmes des institutions liées à l'entraide amicale. L'entrée, quoique tardive, dans un groupe de *iudicia bonae fidei*, de l'*actio familiae erciscundae* et de l'*actio communi diuidundo* montre encore à quel point le lien d'affinité paraît être une catégorie commune pour ces actions. Quant à l'(éventuelle) *actio de aestimato*, notons simplement que L.Lombardi, la rattache, au terme de la démonstration de son authenticité¹³⁶⁹, à bon droit selon nous, aux institutions de la *fides potestative* liée à l'amitié. Et cela nous paraît vrai quant aux premières institutions concernant les actions de bonne foi¹³⁷⁰. Mais cette affinité sociale marquée nous paraît, à des degrés divers, se manifester dans les anciennes institutions, celles de la liste de Quintus Mucius, qu'il s'agisse des actions infamantes(1°) ou non-infamantes (2°).

1° Il existe des scrupules évidents à agir en justice dans le cas de ces actions. Point n'est besoin de trop développer le cas de la tutelle et du mandat, qui manifestent avec évidence l'affinité sociale sur laquelle elles reposent.

¹³⁶⁸ Voir FINAZZI, *Negotiorum gestio*, I.

¹³⁶⁹ « *L'actio aestimatoria e i bonae fidei iudicia* » *BIDR* 63, (1960), p.

¹³⁷⁰ A l'inverse, l'*actio praescriptis uerbis* labéonienne est une protection hors album qui met un certain temps à s'imposer. Il ne nous paraît d'ailleurs pas évident de rattacher son développement et son essor aux nécessités du commerce international.

La relation de tutelle constitue en soi un certain obstacle au contentieux. Bien qu'Ulpien rappelle que le droit civil les garantit au pupille (*competunt*)¹³⁷¹, des actions comme l'*actio furti*, *damni iniuria*, ou même la *condictio* lui seront néanmoins d'après Paul refusées (*non dantur*)¹³⁷². Même après la tutelle, agir contre son tuteur n'est pas un acte anodin, c'est même une disposition fréquente, dans les testaments, de chercher à limiter préventivement la responsabilité du tuteur qu'on institue¹³⁷³, ou de libérer par legs son tuteur à l'égard de ses héritiers¹³⁷⁴. Le peu de vocation contentieuse de ces rapports se manifeste particulièrement bien dans la tutelle testamentaire. Si comme nous le croyons, elle est le principal type de tutelle concerné par la formule *in ius ex fide bona*, on ne s'étonnera pas de certaines particularités qu'elle garde à époque classique. Ainsi, elle est restée étrangère à l'institution de la *cautio rem saluam pupilli fore*. En effet, réclamer des *cautiones*, des garanties, c'est déjà rompre un certain type de confiance. Gaius en donne une raison significative: *fides et diligentia probata a testatore*¹³⁷⁵.

Le mandat parle de lui-même, il tire son origine *ex officio et amicitia* aux dires de Paul¹³⁷⁶. Même un auteur comme Servius, qui semble avoir favorisé une interprétation « commercialisante » des contrats de bonne foi synallagmatiques parfaits, est ainsi très réticent à admettre le *mandatum aliena et tua gratia*¹³⁷⁷. La

¹³⁷¹ Dig. 27.3.9.7 Ulpianus 25 ad ed. *Ceterae actiones praeter tutelae adversus tutorem competunt, etsi adhuc tutelam administrant, veluti furti, damni iniuriae, condictio.*

¹³⁷² Dig. 27.3.10 Paulus 8 brev. Edicti. *Sed non dantur pupillo, dum tutor tutelam gerit: quamvis enim morte tutoris intereat, tamen pupillus cum herede eius actionem habet, quia sibi solvere debuit.*

¹³⁷³ Dig. 26.7.5.7

¹³⁷⁴ Il est vrai que l'on possède davantage d'exemples, au titre 3, du livre 34, de ce type de libération (Dig. 34.3.19, Dig. 34.3.20.1, Dig. 34.3.8.6 ig. 34.3.23) pour l'*actio negotiorum gestorum* (qu'elle se dirige contre un curateur ou non). Mais voir par exemple l'intéressant texte en Dig. 34.3.28.3 Scaevola 16 Dig. *Titius testamento facto et filiis heredibus institutis de patre tutore suo quondam facto ita locutus est: " seium patrem meum liberatum esse volo ab actione tutelae". quaero, haec verba quatenus accipi debent, id est an pecunias, quas vel ex venditionibus rerum factis aut ex nominibus exactis in suos usus convertit vel nomine suo faeneravit, filiis et heredibus testatoris nepotibus suis debeat reddere. respondit eum, cuius notio est, aestimaturum. praesumptio enim propter naturalem affectum facit omnia patri videri concessa, nisi aliud sensisse testatorem ab heredibus eius approbetur.*

¹³⁷⁵ *Inst.*, I.200. *Sed hoc non est perpetuum; nam et tutores testamento dati satisfacere non coguntur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est; et curatores, ad quos non e lege curatio pertinet, sed qui vel a consule vel a praetore vel a praeside provinciae dantur, plerumque non coguntur satisfacere, scilicet quia satis honesti electi sunt.* On notera qu'il en est de même pour le curateur donné par le magistrat, puisqu'il est *satis honeste electus*. Sa gestion relève d'ailleurs dès cette époque de l'*actio negotiorum gestorum*, voir FINAZZI, *op.cit.*, p.

¹³⁷⁶ Dig. 17.1.1.4 Paulus 32 ad ed. *Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit,*

¹³⁷⁷ Mais qu'un auteur dont l'école s'est tellement intéressée aux applications commerciales des actions de bonne foi présente une opinion aussi extensive du principe de gratuité concernant le mandat témoigne de la profonde non-commercialité que Servius attribuait à cette institution. Voir sur ce point TALAMANCA, *Tipicità*, p. C'est seulement Sabinus, pourtant beaucoup moins enclin à donner de pures applications commerciales à ces institutions, qui a critiqué sa position et a permis le développement d'un véritable *mandatum pecuniae credendae*. Quant à Sabinus, il admet selon nous le *mandatum pecuniae credendae* non pas tant parce qu'il voit dans le mandat une institution commerciale, mais parce qu'il voit une forme d'appauvrissement, de *lucrum cessans*, dans le fait de prêter à un tiers sous le mandat d'un ami alors qu'on aurait pu placer cet argent: les intérêts ne constituent donc pas en ce cas un véritable enrichissement. Une autre difficulté surgit encore à époque classique et manifeste ce rayonnement du principe de gratuité, suscitant l'intérêt des prudents. C'est le cas où le mandant charge le mandataire de racheter les part d'un bien dont il est lui-même pour partie propriétaire: pour sa part à lui, l'opération doit-elle s'analyser comme une vente au motif qu'il ne fait que transmettre sa part pour un certain prix? Les

manière dont Cicéron parle de cette institution montre encore à quel point il n'en ressent que l'aspect fraternel et amical¹³⁷⁸. Son consensualisme n'est qu'une conséquence logique de cet aspect: irait-on stipuler d'un ami les services qu'il vous rend? C'est bien assez qu'il soit obligé juridiquement¹³⁷⁹.

La *societas* manifeste à différents titres ce fonds très puissant d'affinité sociale: outre l'oeuvre de Cicéron, le *ius fraternitatis* évoqué par Ulpien semble être le principe moteur de sa discipline¹³⁸⁰. C'est une forme initiale de communauté de biens, qui implique certains scrupules. Bien entendu, elle impose des offices, mais surtout, elle impose une confiance: Cicéron montre assez bien, lorsqu'il montre le bien fondé de l'infamie qui accompagne la condamnation *pro socio*, que c'est offenser son associé et rompre le *ius officii* que de demander des garanties, de se méfier¹³⁸¹. En réalité, Cicéron en parle avec le même vocabulaire que celui du mandat, en mettant en parallèle les *iura societatis* et les *officia*¹³⁸². Quoi qu'il en soit, Cicéron sait utiliser ce point comme une topique rhétorique lorsqu'il défend un ancien associé pour faire honte au demandeur qui agit contre lui¹³⁸³.

La fiducie offre quant à elle un visage double, une application dans le domaine des *res creditae* et une application désintéressée (*fiducia cum amico*). C'est semble-t-il celle-là qui a la primauté historique et logique. L'interprétation jurisprudentielle qui a suivi la législation décemvirale a construit de nombreuses opérations fondées sur l'acte libral en le détournant de sa fonction première, et qui sont souvent qualifiée de

hésitations avant le début du II^e siècle devaient être bien réelles, à en croire Africanus (Dig. 17.1.34.1), Paul (Dig. 17.1.22.4), qui relatent la pensée de Julien, ou encore Nératius (Dig. 17.1.35) qui, admettant le mandat, tire les conséquences du principe de gratuité sur l'évaluation du prix.

¹³⁷⁸ Voir *Rosc. Am.* §§111-113.

¹³⁷⁹ La juridiction de l'amitié dans l'*actio mandati* (voir D.NÖRR, *SDHI* 60, 1994, p.380), est à ce titre comparable, *mutatis mutandis* à une notion classique mais dont l'utilité est débattue en droit des contrats anglo-saxons, lié e au problème de la *consideration*, qui est l'*intentio to create legal relationships*. Voir E. MACKENDRICK, *Contract Law*, Oxford, 2005, p.295-316.

¹³⁸⁰ Dig. 17.2.63. Rappelons que, même si l'un des grand mérites de l'ouvrage de F.WIEACKER, *Societas*, est d'avoir accordé toute son importance à cette expression, elle n'en reste pas moins une métaphore: *societas ius quodam modo fraternitatis in se habeat*. A ce titre, nous ne saurions adhérer à sa thèse extrémiste sur une reconstruction totale du droit des sociétés par la doctrine byzantine grâce à un jeu de découpage des textes classiques, et notamment des commentaires à Sabinus. Par ailleurs, nous ne saurions en aucun cas souscrire à sa théorie, teintée manifestement d'idéologie, qui compare la *certa legis actio* (*Inst.*, III,154a) qui institue le *consortium*, à des rites germaniques d'association fraternelle (*op.cit.* p.). L'hypothèse de V.ARANGIO-RUIZ, *Società*, p., qui fait l'hypothèse d'une pétition d'hérédité fictive, nous paraît plus acceptable, même si nous avons une opinion personnelle à ce sujet, que nous espérons pouvoir développer ultérieurement: cette *certa legis actio* n'est rien d'autre selon nous que l'emploi, à titre de comédie judiciaire, de l'*actio familiae erciscundae*, par laquelle les parties confessent fictivement qu'elles sont cohéritières.

¹³⁸¹ *Rosc. Am.*, §116 (...)*Atque ea sunt animadvertenda peccata maxime quae difficillime praecaventur. Tecti esse ad alienos possumus, intimi multa apertiora videant necesse est; socium cavere qui possumus? quem etiam si metuimus, ius officii laedimus.* (...)

¹³⁸² *Pro Quinct.*, §3 «

¹³⁸³ Cet aspect habituel de sa défense se rencontre essentiellement dans le *Pro rosco comoedo* et dans le *Pro Quinctio*.

*fiduciaires*¹³⁸⁴. Elles peuvent même parfois cacher des simulations, jugées frauduleuses¹³⁸⁵. Significativement, toutes présupposent des rapports d'affinité: c'est l'ami de confiance qui servira de fiduciaire pour détourner l'opération librale de sa fonction première, et c'est souvent en matière d'état des personnes que la *mancipatio* à titre fiduciaire s'applique¹³⁸⁶. La *fiducia cum amico* est pour ainsi dire encore moins complexe dans son mécanisme, puisqu'il s'agit de transférer à quelqu'un la propriété d'un bien à charge de retrocession, afin qu'il le garde et le protège, et elle pourrait à ce titre constituer la matrice originale de tous ces procédés. Il est évident qu'une pareille invention ne doit rien au commerce international et a dû être pratiquée dès les temps archaïques, au moment où se constituaient les institutions fiduciaires. Ses fonctions économiques étaient sans doute variées, et pouvaient à la fois s'identifier à celles d'un dépôt ou d'un mandat. En tous les cas, le détournement de la *mancipatio* faisant d'un ami un *mancipio* dans qui rend un simple service est semble-t-il ancien et représente la règle. A ce titre la *fiducia cum amico* représente très vraisemblablement la matrice initiale de la *fiducia cum creditore*, opération certes fruste mais plus complexe puisqu'elle suppose d'utiliser la propriété à titre de sûreté. Elle est étonnante en ce que, demander des garanties, n'est pas déjà rompre la *fiducia* et

¹³⁸⁴ La toute première est bien sûr la *mancipatio familiae*, à l'origine du testament *per aes et libram*. Sa structure ressemble largement à celle d'une *fiducia cum amico*, avec deux traits qui la distinguent. D'une part, elle porte sur une universalité, ce qui n'est peut-être pas admis à époque classique pour la *fiducia cum amico*, et la retrocession prévue n'est pas destinée au *mancipio dans*: bien au contraire, le *familiae emptor* est pour ainsi dire l'héritier, et devra agir conformément aux nuncupationes du testateur qui visent le testament. Mais le *mancipio accipiens* agit, assurément, comme un ami qui rend service au testateur: les paroles qu'il prononce font significativement référence à la « *mandatela* », et Gaius qualifie lui-même les instructions du *mancipio dans* au *familiae emptor* de mandat à exécuter après la mort (*Inst.*, II.103) le subterfuge consiste à en faire un véritable exécuteur testamentaire, dans la mesure où le *paterfamilias* ne saurait procéder valablement à une *mancipatio* avec l'un de ses *heredes sui*, puisqu'ils sont de son vivant ses *alieni iuris*. D'autres institutions ressemblent encore davantage à la *fiducia cum amico*: ainsi des procédés comme l'*emancipatio* ou l'adoption sont construits sur une mancipation qui n'a pas de vocation à transférer par elle-même une puissance, mais à éteindre celle du *paterfamilias*. A ce titre d'ailleurs, la situation *in causa mancipii* est surprenante et fait songer, *mutatis mutandis*, à la fiducie: le fiduciaire ne peut se prévaloir d'avoir la personne *in mancipio*: par exemple, si elle a blessé la personne *in mancipio*, elle est passible d'une action d'injures (*Inst.*I.140-141). Enfin, de nombreux détournements similaires de la *mancipatio* sont qualifiés de fiduciaires: citons avant tout la *coemptio fiduciae causa* et la tutelle qualifiée de fiduciaire. La *coemptio fiduciae causa* n'a pas pour fonction de constituer la *manus*, mais bien de contourner certaines dispositions législatives: le *coemptionator* tout comme le *coemptor* ne cherchent pas à acquérir une *potestas* ou une *manus* sur la femme. Ils ne se prêtent à la procédure qu'amicalement. Ainsi, une femme qui souhaite faire un testament fera *coemptio* puis sera remancipée pour être finalement émancipée à seule fin de pouvoir acquérir le statut de liberta (affranchie) et de perdre celui d'*ingenua*, la disposition interdisant aux femmes de tester ne visant que les *ingenuae*. De même, elle peut le faire pour changer de tuteur: en effet, puisque les patrons exercent la tutelle sur leurs affranchies, il suffit qu'après *coemptio* elle soit mise *in causa mancipii* pour être émancipée-affranchie par celui qu'elle veut avoir pour tuteur. De même, ce qu'on appelle tuteur fiduciaire est une invention détournant l'acte libral pour permettre de constituer une tutelle à partir de la tutelle « légitime » des patrons sur leurs affranchis: c'est par exemple une très bonne manière d'émanciper son fils tout en lui adjoignant un tuteur.

¹³⁸⁵ Pour une application jugée frauduleuse de ces transferts de puissance par *mancipatio* afin de contourner les restrictions apportées au *ius latinum* quant au *ius adipiscendae civitatis*, pour les enfants des bénéficiaires de ce droit, cf. racontée par Tite-Live (), et l'analyse parfaite qu'en fait DAVID KREMER, *Ius latinum*, p.. Sur la fiducie envisagée sous l'angle de la simulation, voir

¹³⁸⁶ Même si N.BELLOCCI, *Struttura della fiducia*, p. s'attache à montrer la spécificité de la *fiducia* par rapport à toutes ces opérations librales, il n'en reste pas moins qu'elles manifestent une proximité fonctionnelle avec la fiducie, qui montre que son champ d'application dans les *res creditae* est secondaire. Nous suivons en cela plutôt B. NOORDRAVEEN, *Fiducia*, p.

reconnaître au débiteur son peu de *fides*? Sans doute est-ce elle qui trouve le plus souvent des dénouements contentieux, la première est toutefois primaire et montre une institution marquée par l'amitié.

Il est évident que ces institutions supposent entre les parties des profils sociaux qui constituent des scrupules très forts à tenter l'action. C'est encore vrai, mais à un moindre degré, des ventes et louages consensuels.

2° *L'emptio uenditio* et la *locatio conductio*, parce qu'elles sont des contrats à titre nécessairement onéreux où deux parties ont des intérêts antagonistes, sont moins marquées par des rapports d'affinité sociale.

Toutefois, rappelons-le : le droit commun des contrats, et la manière standardisée d'obliger quelqu'un reste la *stipulatio*. Les ventes consensuelles à l'état pur dans les rapports purement marchands sont chose relativement rare. Le consensualisme de ces contrats est plutôt la marque initiale selon nous d'une affinité sociale qui tolère qu'on déroge à tout formalisme, formalisme de la stipulation, formalisme de l'acte libral.

Pour notre part, la vente consensuelle représente une vente de *boni uiri*, elle donne peu à l'acheteur (pas de garantie d'éviction, pas de garantie des vices cachés), somme toute peu au vendeur (difficulté initiale à sanctionner les pactes de résolution) : c'est un arbitrage qui permet de se mettre d'accord entre *boni uiri*, mais la discipline initiale du contrat consensuel de vente suppose, pour qu'il ait un quelconque intérêt, des rapports de confiance assez puissants.

Certes, dans les formulaires catoïens qui démontrent l'existence d'une vente consensuelle, les rapports de force dans ces sociétés paysannes semblent peu sujettes à créer des contentieux parce qu'au contraire, le *dominus* dicte sa loi tel un censeur dicte les clauses du marché¹³⁸⁷, et l'on semble loin des *boni uiri*. Toutefois, si nous suivons la thèse d'U. Von Lübtow, que ces contrats n'étaient pas protégés par un *iudicium bonae fidei*, mais par une autre voie de droit¹³⁸⁸, cela ne prouverait rien : le *dominus* est dans un rapport de méfiance, il constitue des gages, se réserve des droits

¹³⁸⁷ Nous n'en inférons nullement l'origine de la vente consensuelle dans les ventes publiques, comme le pensait Mommsen. U. VON LUBTOW, *Cato's Leges*, p.241 ss. semble s'y rattacher, mais de façon neutre: il y voit un modèle d'inspiration pour la vente qu'il étudie dans les formulaires catoïens.

¹³⁸⁸ *Cato's leges*, p.418 où il semble admettre la possibilité d'une *iudicis arbitriue postulatio*, ce dont nous ne savons que penser. Voir les conséquences intéressantes qu'en tire A.MAGDELAIN pour le concept même de *lex*, *La loi à Rome*, p.41-45. Nous avons eu la chance et l'honneur de consulter, à la bibliothèque Noailles de l'Institut de Droit Romain de Paris II l'article de U.VON LÜBTOW annoté de la main même d'A.MAGDELAIN: le lien qu'il fait entre la *lex dicta* du *dominus* et la possibilité d'une *legis actio* est largement due à sa lecture attentive de cet article. Sans doute est-il excessif lorsqu'il en vient à dire que, peu importe le type de *lex* pour qu'il y ait *legis actio*.

de déduction discrétionnaires, et les *actiones empti uenditi locati conducti* n'en sont certainement pas la toile de fond¹³⁸⁹ comme il le seront plus tard pour les formulaires de Varron. Le cas le plus ancien et fort détaillé à propos d'une *actio empti* nous semble emblématique: c'est la célèbre sentence de Caton pour le litige qui opposait Claudius Centumalus et Calpurnius. Si par ailleurs le procès qui opposa ces deux grands avocats qu'étaient Crassus et Antonius. Les fraudes et les *astutiae* entre honnêtes hommes romains finissent par ces arbitrage

Sans doute le cas de la *locatio conductio* est-il un peu différent. Mais ce que nous disions de la vente peu lui être transposé. C'est là encore une opération qui aurait pu se traduire naturellement par des stipulations, et les locations purement consensuelles sont finalement une chose récente. Et son consensualisme nous paraît lui aussi refléter une origine dans des rapports constants et durables.

Ainsi, à des degrés divers, ces institutions engagent une telle *societas uitae* qu'elle peut générer les mêmes scrupules et une certaine *uerecundia*. Outre la raison qu'on comprendra naturellement, à savoir qu'il est délicat et même assez honteux d'agir en justice contre un proche, ces scrupules sont augmentés par le danger que constitue un procès pour la *fides* comme crédit social.

1.2.2.2.2. La mise en danger de la *fides*-crédit social : un obstacle à agir (B.)

¹³⁸⁹ Voir à ce sujet, M.TALAMANCA, *Tipicità*, p.58.

1° Le mythe d'une *fides* protectrice, telle que décrite par Ovide, et qui originellement assure le respect des engagements et des devoirs, sans que le droit intervienne, est selon nous l'envers idyllique d'une contrainte plus prosaïque. La *fides* comme crédit social d'une personne qui lui permet de se lier et de lier, crée un scrupule général à tenter l'action: ce n'est pas une qualité morale, c'est l'attribut d'une personne. Être déclassé des *boni uiri* est beaucoup plus que l'opprobre moral ou social tel qu'on peut l'imaginer. Perdre sa *fides* est aussi grave que de perdre sa *res*¹³⁹⁰.

A ce titre, elle est non pas une valeur protectrice, mais une valeur sociale protégée. On protège sa *fides*, et nulle personne qui a de la *fides* et qui compte sur elle, n'a intérêt à ce que la *fides* des autres soit facilement remise en question. A ce titre, la *fides* comme valeur n'est pas un substitut du droit, elle est un obstacle à la stricte sanction des obligations par des voies de droit communes, parce qu'elle crée des scrupules. Sans doute Cicéron nous présente-t-il le cas de l'ancien consul qui refuse de se prononcer sur la *sponsio ni uir bonus sit* comme un cas-limite¹³⁹¹, mais l'attitude du juge, qui semble pour Cicéron relever d'une ligne de conduite inspirée philosophiquement, ne fait qu'exprimer les réserves naturelles d'un honnête Romain à juger de l'honnêteté d'un concitoyen: il refusait de juger sur le fondement de cette *sponsio*, dans la mesure où il risquait soit de priver de sa bonne renommée un homme réputé, en jugeant contre lui, ou d'attribuer à quelqu'un la qualité de *bonus uir* alors que le terme se réfère à un ensemble innombrable de mérites et d'offices, et ainsi de dégrader la valeur même de la qualité de *bonus uir*. Assurément, cette réserve rejoint sa *magna quaestio* pour laquelle il évoque Quintus Mucius: *qui sint boni, quid sit bene agi*¹³⁹². La *quaestio* est sans doute d'autant plus *magna*, et ces *iudicia priuata* que sont les actions de bonne foi sont d'autant plus *maximarum rerum*¹³⁹³, qu'elles engagent tout particulièrement la réputation d'un individu. Ce n'est pas simplement une grande question philosophique, c'est une question qui, posée sur un individu, a un

¹³⁹⁰ Assurément, c'est une valeur extrapatrimoniale, mais c'est une valeur, et l'on peut dire d'elle « on ne prête qu'aux riches ». Détruire la *fides* de quelqu'un revient à un appauvrissement beaucoup plus dangereux qu'un tort à son patrimoine. Il suffit, à ce compte, de voir l'emploi qui est fait de l'action d'injures contre le créancier qui agit un peu trop rapidement contre une caution avant d'agir contre le débiteur principal.

¹³⁹¹ *De Off.* §77C. *Fimbriam consularem audiebam de patre nostro puer iudicem M. Lutatio Pinthiae fuisse, equiti Romano sane honesto, cum is sponsonem fecisset ni uir bonus esset. Itaque ei dixisse Fimbriam se illam rem numquam iudicaturum, ne aut spoliaret fama probatum hominem, si contra iudicavisset, aut statuisse videretur virum bonum esse aliquem, cum ea res innumerabilibus officiis et laudibus contineretur (...)*. Sur cette *sponsio*, voir B.ALBANESE, SDHI 60, 1994 p.

¹³⁹² *Off.*, III.70.

¹³⁹³ *Top.*, §66.

enjeu social sans mesure. Un individu risque de voir sa *fides* d'autant plus radicalement détruite que le procès qu'on lui fait vient d'un proche.

2° Voilà pourquoi la *fides* perturbe ou ralentit la stricte sanction des obligations par des voies de droit commun. Les contentieux ont un coût très fort en *fides*, et les contentieux qui auraient le coût le plus élevé sont assurément ceux entre proches.

Les réserves générales vis-à-vis d'un contentieux déshonorant sont exprimées par Cicéron lorsqu'il représente Caecina et plaide sa cause sur le fondement d'un interdit *unde ui deiectus*, pour lequel les récupérateurs avaient déjà par deux fois renvoyé l'affaire. Il rappelle un paradoxe qui frappe toutes les accusations graves¹³⁹⁴. Plus les faits reprochés sont graves, plus énergique et rapide devrait être la sanction, et en même temps, puisque l'accusation constitue un danger pour le crédit social du défendeur, plus les faits reprochés sont graves et honteux, plus on met de lenteur à les juger. Ce qui a conduit à constituer une voie de droit est en même temps la raison même du retard à juger l'affaire. Il soulignera encore l'inconséquence de ce mécanisme (*inique accidat*): comme l'affaire est honteuse, il en suit une mauvaise opinion, un déshonneur; comme il en suit un déshonneur, on hésite à juger l'affaire.

Il illustre ce propos en présentant un contraste. Dans le cas d'une action qui naît de la *sponsio*, l'inexécution de l'obligation conduit à une condamnation sans aucun scrupule du juge. Mais en revanche, si quelqu'un a trompé autrui, à raison d'une tutelle, d'une association, d'un mandat ou d'une fiducie, dans son cas le châtiment est d'autant plus lent à venir que le méfait reproché est plus grave. La raison en est que le *iudicium* est déshonorant (*turpe*). Mais Cicéron rappelle que le *iudicium* est déshonorant à raison d'un fait qui est déshonorant. Sans doute a-t-il beau jeu de souligner à des fins de *captatio benevolentiae* un pareil paradoxe, qui n'en est pas un en réalité. La sévérité de la sanction fulminée n'est pas en contradiction avec la réticence à sanctionner effectivement le crime. Plus les accusations sont lourdes, plus elles méritent une investigation complète. Et ce d'autant que les scrupules viennent de la *societas uitae*, qui donne à toute accusation un effet encore plus destructeur sur la *fides*.

¹³⁹⁴ *Pro Caec.* §7-8. *Quod est gravius, et cuius rei causa maxime iudicia constituta sunt, id iam mala consuetudine dissolutum est. Nam ut quaeque res est turpissima, sic maxime et maturissime vindicanda est, at eadem, quia existimationis periculum est, tardissime iudicatur. Qui igitur convenit, quae causa fuerit ad constituendum iudicium, eandem moram esse ad iudicandum? Si quis quod spondit, qua in re verbo se uno obligavit, id non facit, maturo iudicio sine ulla religione iudicis condemnatur; qui per tutelam aut societatem aut rem mandatam aut fiduciae rationem fraudavit quempiam, in eo quo delictum maius est, eo poena est tardior?* [8] 'Est enim turpe iudicium.' *Ex facto quidem turpi. Videte igitur quam*

A priori on agit rarement contre un proche pour autre chose que des faits particulièrement graves¹³⁹⁵. A priori encore il est particulièrement abject de tromper ou de frauder ceux qui sont unis à nous par une *societas uitae*. Et a priori enfin, on ne formule pas à la légère des accusations très graves contre ses proches: puisqu'en principe on a de la révérence pour ses proches, si on en vient là, c'est qu'on est particulièrement convaincu de la fraude ou du dol dont on a été victime. C'est l'ensemble de ces données qui conduit à un cercle vicieux, où l'accusation faite par un proche amplifie la destruction du crédit social (*fides*) de quelqu'un:

-On lui reproche presque nécessairement d'avoir commis un acte inacceptable, car un proche ne choisirait pas la voie contentieuse pour régler un simple différend; le chef d'accusation est donc présumé grave.

-On lui reproche d'avoir commis un acte inacceptable envers un proche, et si quelqu'un est susceptible de frauder ses proches, qu'en serait-il de personnes plus éloignées? Son crédit est d'autant plus irrémédiablement détruit.

-Enfin, l'accusation, venant d'un proche, qui serait particulièrement peu enclin à accuser celui qui partage avec lui une intimité de vie, sera d'autant plus crédible. Aussi son crédit est-il d'autant plus rapidement détruit, dès la citation en justice.

Le préteur ne peut pourtant refuser des voies de droit pour sanctionner des institutions qui apparaissent comme génératrices d'obligations civiles. Mais les formulations qu'il a leur a données limitent au moins le danger initial. Et surtout, la formule donne au juge d'amples pouvoirs : l'inhérence des exceptions, la compensation, mais avant tout la possibilité d'une *satisfactio inter moras litis* rendent les risques d'une condamnation peu probables. En réalité, les chances d'une autre issue que la condamnation sont optimisées dans une action de bonne foi, essentiellement en vertu des pouvoirs de tempérament qui sont donnés au juge grâce à cette même clause *ex fide bona*.

Le rôle d'une pareille formulation dans la phase *in iure* est donc à la fois de limiter l'offense en amont et de donner au juge d'amples pouvoirs en aval. Là où la *formula*

inique accidat, quia res indigna sit, ideo turpem existimationem sequi; quia turpis existimatio sequatur, ideo rem indignam non vindicari.

¹³⁹⁵ C'est même ce qui explique, à notre avis, l'impression que ces actions ne pourraient être intentées qu'en cas de dol ou de fraude: dans la mesure où les parties sont souvent unies par une *societas uitae*, il paraît peu vraisemblable de citer en justice un proche à raison d'une faute simple ou d'une négligence légère. Voir LOMBARDI, *Dalla fides*, p. n.

était *tector*, l'instance sera *levior*, *mitior*, *moderatio*. La *summa uis* appelle le travail d'un *magnus iudex*. La *fides* sera pour ainsi dire sauvée par la *bona fides*. Au juge de donner au procès un tour adéquat: la formule lui a conféré sur le principe d'amples pouvoirs, à lui d'en tirer les conséquences par son interprétation.

2. TITRE SECOND. L'INTERPRETATION DE LA CLAUSE 'EX FIDE BONA' ET L'EXERCICE D'UN 'LIBERUM OFFICIUM IUDICIS'

La clause *ex fide bona* conduit à poser un principe original: un *liberum officium* du *iudex* dans le principe et le montant de la condamnation, non pas seulement parce que l'obligation déduite en justice est *incerta*, mais parce que celui-ci doit tenir compte particulièrement d'un paramètre supplémentaire, la *bona fides*. Dans la mesure où les contentieux qui furent tout d'abord soumis au juge sur le fondement d'une clause *ex fide bona* liaient des parties unies par une *societas uitae, fraternitas, amicitia, familia*, dans la mesure encore où les conséquences sociales et juridiques de la condamnation étaient souvent graves (*infamia*), son rôle d'arbitre était d'autant alourdi et lui imposait des scrupules encore plus grands dans l'interprétation de la formule avant de condamner quelqu'un comme un *malus uir*: il ne condamnerait qu'une fois qu'il serait convaincu d'un manquement notoire et définitif à la *bona fides*.

Mais tenir compte de la *bona fides* n'est pas un exercice qui s'opère *ex nihilo*: « *iurisconsulti fidem bonam tradiderunt* » comme le dit Cicéron¹³⁹⁶, ce sont les jurisconsultes qui ont défini le contenu de la notion, et donc « encodé » par là même l'*officium iudicis*. La clause est l'objet privilégié d'une *interpretatio*. L'expression employée par Neratius, « *bonae fidei interpretatio* »¹³⁹⁷ désigne un travail très concret sur la formule: l'interprétation de la clause *ex fide bona*, et Cicéron est là pour nous rappeler que ce travail date de l'époque républicaine, que Quintus Mucius considérait déjà qu'un pareil office, juger sur le fondement d'une formule *ex fide bona*, était le fait d'un grand juge.

¹³⁹⁶ Top. §66

¹³⁹⁷ Dig. 2.14.58 (Nerat. 3 membr.) Quoiqu'étant un hapax (voir E. STOLFI, *Interpretatio bonae fidei*, p.) cette expression est sans doute celle qui définit le plus généralement mais le plus précisément le rapport entre la clause *ex fide bona* et les effets originaux attribués à la catégorie des *iudicia bonae fidei*, comme le souligne M.TALAMANCA, *Bona fides*, p.103, n.290. E. Stolfi lui donne sinon une portée plus restreinte, du moins un impact majeur dans le domaine de l'interprétation des conventions, tandis que M.Talamanca lui donne avant tout une incidence sur la substance du droit. Leurs études ne nous paraît toutefois pas épuiser les conséquences de l'*interpretatio bonae fidei*, et notamment son impact procédural.

Son pouvoir de moduler les solutions qui seraient obtenues *stricta iuris ratione* n'est pas laissé à sa libre discrétion; il n'écarte pas le droit pour laisser place à la morale, il infléchit la solution *stricti iuris* là où il est de son office de l'écarter eu égard à la *fides bona, bonae fidei ratione*. C'est cet office, essentiellement, qui est encodé. Cela se manifeste par une série de conséquences originales dans le procès, de nature très diverse, qui ne sont sans doute pas apparues toutes ensemble en même temps, ni à chaque fois dans l'ensemble des formules; leur développement s'est opéré de façon progressive et casuistique.

On pourrait cependant les classer de différentes manières, selon différents critères, mais qui grossièrement se recoupent:

1° Un critère de systématisme.

Certaines d'entre elles ont été systématisées par la jurisprudence classique, comme des conséquences de la nature même de l'instance: elles ont fini par définir un régime des *iudicia bonae fidei* et par prendre l'aspect de « *regulae* » attribuables automatiquement à la nature de *bonae fidei iudicium*. D'autres ont toujours gardé un aspect par essence plus casuistique, plus flottant. Ainsi, certaines manifestent un rôle uniforme et déterminant de la clause *ex fide bona* dans toutes les formules où elle apparaît, d'autres manifestent un rôle équivoque.

2° Le critère d'une mention explicite par les prudens de l'*officium iudicis*.

Certaines sont explicitement reportées à l'*officium iudicis*, et conduisent à des effets d'un type proche de ceux attribués la clause restitutive dans les actions arbitraires (*nec arbitrio iudicis restituetur*), même si elles sont plus nombreuses et plus variées. En un mot, elles constituent avant tout des conséquences processuelles qui découlent de l'interprétation de la *fides bona*. D'autres semblent infléchir le droit substantiel et l'appréciation, en amont de la *litis contestatio*, du *dare facere oportere*, à la façon d'un standard tel que l'*arbitratus boni uiri*, et représentent les exigences matérielles de la bonne foi: elles modulent voire modèlent en profondeur le contenu de l'obligation née de l'institution visée par la *demonstratio*.

3° Le critère de la faveur pour le défendeur.

Certaines manifestent une véritable faveur pour le défendeur, pour peu qu'il se plie aux exigences processuelles de la bonne foi; d'autres ont un rôle neutre, ou du moins

plus équivoque, elles influent, à la hausse comme à la baisse, sur l'interprétation du *quidquid praestare*, car le *praestare fidem* peut être vu à la fois comme une sévérité ou comme une indulgence par rapport au *dare facere praestare* des actions de droit strict. Ainsi peut-on dire que l'*interpretatio bonae fidei* joue un rôle déterminant lorsqu'elle définit une réglementation processuelle qui récompense la bonne foi du défendeur; mais elle joue un rôle ambivalent lorsqu'elle prend la *fides bona* pour mesure et étalon du *dare facere*, du contenu de ce que devait le débiteur .

On peut ainsi résumer à deux égards ce qui caractérise l'interprétation de la clause de bonne foi par la jurisprudence classique:

-Le paramètre de la bonne foi détermine le contenu de l'obligation du débiteur. Or, dans la mesure où la condamnation dépend principalement d'un manquement du débiteur à ses obligations, la condition de la condamnation est la mauvaise foi du débiteur.

-A l'inverse, quoiqu'un débiteur ait manqué à ses obligations, il peut encore se conformer aux exigences de la bonne foi lorsqu'il est défendeur, tandis que le demandeur peut manifester une mauvaise foi en persistant dans sa réclamation. C'est là une propriété fort originale des *iudicia bonae fidei*. La bonne foi du défendeur est, dans un large mesure, un obstacle à la condamnation.

Ainsi, tendanciellement, la jurisprudence classique tend à considérer la mauvaise foi du débiteur comme le principe de la condamnation, parce que la bonne foi détermine à titre principal le contenu de l'obligation (Chapitre Premier), et la bonne foi du défendeur comme un obstacle à la condamnation, si bien que la mention de la bonne foi impose un ensemble de tempéraments aux règles générales de la procédure formulaire(Chapitre 2)

Chapitre Premier: La mauvaise foi du débiteur comme condition de la condamnation: le contenu de l'obligation interprété *bonae fidei ratione*.

Chapitre Second: La bonne foi du défendeur comme obstacle à la condamnation: les tempéraments de procédure inventés *bonae fidei ratione*.

2.1. Chapitre Premier La mauvaise foi du débiteur comme principe de la condamnation : le contenu de l'obligation matérielle interprété 'bonae fidei ratione'

En quoi la clause *ex fide bona* détermine-t-elle l'*actione teneri*?

Assurément, le principe abstrait de la condamnation est dans l'*actione teneri*: celui-ci est déterminé par le contenu typique de l'obligation que sous-tend chaque action. Le principe de la condamnation d'un acheteur qui n'a pas payé le prix, d'un locataire qui n'a pas payé la *merces*, ce sont les *essentialia* de l'*emptio uenditio*, de la *locatio conductio*, et non la *fides bona*. A ce titre, il n'y a aucune particularité des actions de bonne foi: ce sont des actions civiles *in personam*, et chaque type de *negotium* visé par la *demonstratio* a sa propre discipline civile, qui circonscrit le *dare facere oportere*.

Pourtant, la *fides bona* représente elle aussi chez les prudents le contenu typique et synthétisé du *praestare*, ou plutôt le critère qu'offre la formule au *iudex* pour définir dans quels cas le défendeur est tenu par l'action: ce qui rend le défendeur en principe condamnable, c'est de ne pas « *praestare bonam fidem* », et non simplement le point de vue abstrait sur l'obligation civile que fait naître le *negotium* visé dans la *demonstratio*. D'un point de vue formulaire, la mention de la bonne foi est un paramètre qui circonscrit l'indétermination de l'*intentio*: celle-ci est interprétée en tenant compte, à la fois du *negotium* visé dans la *demonstratio*, et du paramètre de la *bona fides*.

L'*interpretatio bonae fidei*, comme interprétation de la clause *ex fide bona*, infléchit nécessairement la possibilité d'une condamnation, à deux titres, pensons-nous, mais d'une manière relative.

-Elle élargit le champ d'investigation du *iudex*, en donnant une définition extensive de l'*intentio* « *quidquid...dari fieri oportet* »: elle « amplifie » le *quidquid* et l'exigence de bonne foi conduit le juge à apprécier et à prendre en compte des faits blâmables qui ont pourtant un lien de connexité plus ou moins lâche avec le *negotium* typique visé dans la *demonstratio*. L'obligation de *dare facere* est amplifiée « en

tenant compte de toutes les suites imposées par l'exigence de bonne foi ». *Omnia quae contra bonam fidem fiunt ueniunt in actionem*, comme le dit Ulpien à propos de l'*actio empti*: la question est de savoir jusqu'où va l'exigence de bonne foi, et jusqu'à quel point la clause *ex fide bona* élargit l'*actione teneri*.

-Toutefois, l'imputabilité de l'inexécution peut se voir à l'inverse très fortement limitée: ce qu'on exige de lui, c'est de la *bona fides*, et rien d'autre. L'obligation de *dare facere* est pour ainsi dire circonscrite « dans les limites de la bonne foi »: "*nihil amplius quam bonam fidem praestare*", pour reprendre encore une autre expression d'Ulpien à propos de l'action de mandat¹³⁹⁸. Ainsi, l'*interpretatio bonae fidei* semble pouvoir limiter, ou du moins modérer l'*actione teneri*.

Ainsi, l'interprétation de la clause *ex fide bona*, en tant qu'elle donne sa teneur à l'obligation, peut avoir une fonction « extensive » et élargir l'*actione teneri*: « *omnia quae contra bonam fidem fiunt* » (section 1), mais elle peut avoir encore une fonction limitative et restreindre l'*actione teneri*: « *nihil magis quam bonam fidem praestare oportet* »(section 2)

Section 1: *omnia quae contra bonam fidem fiunt*»: l'*interpretatio bonae fidei* comme interprétation extensive de l'*actione teneri*

Section 2: *nihil magis quam bonam fidem*: l'*interpretatio bonae fidei* comme interprétation limitative de l'*actione teneri*

1398

2.1.1. « *Omnia quae contra bonam fidem fiunt* » (Ulpien): l'*interpretatio bonae fidei* et l'extension de l'«*actione teneri*» (Section 1)

La clause de bonne foi permet de formuler des demandes visant à sanctionner des obligations ou des comportements en connexité avec le *negotium*, et d'avoir une vue très large de la bonne exécution de l'obligation: par là-même elle est susceptible d'accroître le champ d'investigation du juge, pourtant tenu par les termes de la formule qui circonscrit la *deductio in iudicium*. La première nuance à noter est qu'un tel pouvoir élargi se fonde principalement sur le caractère incertain de l'*intentio*. Toutefois, ce n'est pas uniquement le caractère incertain de l'*intentio* qui donne une portée aussi large à la *deductio in iudicium*.

« *omnia quae contra bonam fidem fiunt* ». La *bona fides* est, pour la jurisprudence, un modèle cognitif qui élargit l'*actione teneri*, ou plutôt, l'interprétation de la clause *ex fide bona* a permis d'élargir considérablement l'*actione teneri*, car cette clause a servi à contrôler tout ce qui était en marge du *negotium* considéré abstraitement dans ses caractéristiques essentielles. Pour peu que le fait contraire à la bonne foi soit en connexité avec le *negotium*, et participe de la même cause, l'*interpretatio bonae fidei* a permis qu'il entre dans l'*actione teneri*.

L'interprétation de cette clause élargit donc principalement à deux titres remarquables le principe de la condamnation, mais d'une manière relative et controversée: elle permet une sanction audacieuse des comportements blâmables qui ont quelque connexité avec le *negotium* (sous-section 1), tout comme elle permet une sanction audacieuse de l'inexécution de conventions atypiques qui donnent leur loi au *negotium* (sous-section 2).

Sous-section 1: « *potest ulla pars inesse fraudis* »: une sanction extensive des comportements frauduleux en connexité avec le *negotium*

Sous-section 2: « *bona fides exigit ut id quod conuenit fiat* »: une sanction audacieuse des conventions atypiques en connexité avec le *negotium*

2.1.1.1. « *potest ulla pars inesse fraudis?* » (Cicéron): une conception extensive des comportements frauduleux en connexité avec le *negotium* (Sous-section 1)

Dans la mesure où le *iudicium* est un *iudicium bonae fidei*, où il convient d'*aestimare bonam fidem*, le juge n'apprécie pas l'exigence de bonne foi selon une vue bornée des prestations essentielles dans l'institution visée par la *demonstratio*. Aussi, tout une série de comportements frauduleux, en marge du *negotium*, peuvent constituer le principe de la condamnation, pour peu qu'ils aient quelque connexité avec le *negotium*: *potest ulla pars inesse fraudis?* dit Cicéron¹³⁹⁹.

Point n'est besoin, alors, pour la victime de ces fraudes, de demander par exemple l'action de dol lorsqu'une action de bonne foi « *competit* ». Même si l'interprétation de la clause *ex fide bona* sert souvent, en principe, une conception extensive de cette connexité (I), appliquée effectivement à des cas concrets, cette extension rencontre bien entendu certaines limites, parce que les prudents ont étendu ainsi l'*actione teneri* de manière réaliste et pragmatique (II).

2.1.1.1.1. La faveur générale de la jurisprudence pour une conception extensive de la connexité (I)

Nous ne montrerons que quelques exemples, parmi les plus spectaculaires, de cette conception extensive de la connexité des comportements frauduleux au *negotium* qui fait l'objet du litige: la clause a permis de sanctionner par voie d'action le *dolus in contrahendo* (A), elle a même permis de sanctionner des fautes commises avant même l'existence d'un rapport d'obligation(B), et elle a permis de sanctionner des faits frauduleux en marge du rapport d'obligation, qui autrement aurait nécessité une *condictio ob turpem causam*(C).

2.1.1.1.1.1. L'appréciation de la bonne foi dans la formation du rapport d'obligation (A.)

En principe, les actions de bonne foi sont des actions en exécution/inexécution ou en responsabilité. Elles naissent de la formation du contrat. Ce ne sont pas des actions en nullité. A les lire trop strictement, la bonne foi ne s'apprécierait que dans l'exécution du contrat. Pourtant, le cas du silence dolosif montre que déjà à l'époque de Cicéron, les actions de bonne foi permettaient d'obtenir réparation d'un *dolus in contrahendo* (1°), et la jurisprudence classique n'a cessé d'affiner tout en le systématisant ce principe (2°).

1° Cicéron présente la sanction du silence dolosif comme une invention des jurisconsultes avant de présenter la fraude dont avait été victime Calpurnius¹⁴⁰⁰: Centumalus lui avait caché que les augures lui avaient imposés de détruire sa maison qui les gênait leurs consultations: en bref, il avait sciemment omis de mentionner à l'acheteur que sa maison était grevée d'une sorte de servitude d'urbanisme, et Caton, juge à l'*actio empti* intentée par Centumalus, jugea qu'il lui devait réparation. Il faut comprendre le caractère extraordinaire d'une pareille sanction, et ce qu'elle pouvait encore avoir d'étonnant en son temps.

En principe, le modèle cognitif posé par la clause sert avant tout à mesurer l'exécution de l'obligation, le *dare facere*, qui découle de la vente, lorsque celle-ci est formée: « *ex fide bona* » est en effet adjoint à « *quidquid eum ei dare facere oportet* ». Par là même, la bonne foi semble un critère qui porte sur l'exécution du contrat, non sur sa formation, qui est établie selon l'interprétation de la *demonstratio*. Assurément, sanctionner le *dolus in contrahendo* par voie d'action n'était pas évident à l'origine¹⁴⁰¹. C'est à ce titre qu'il y avait quelque chose d'impressionnant pour Cicéron à prendre en compte le silence dolosif du vendeur-défendeur dans la phase *in*

¹³⁹⁹ De Off. III.61.

¹⁴⁰⁰ De Off., III,65-66: *Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poena subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quidquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere. [66] Ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque Ti. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscripsit insulam [vendidit], emit P. Calpurnius Lanarius. Huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. Itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscripsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit QUICQUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater (ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus)is igitur iudex ita pronuntiavit, cum in vendendo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere.*

¹⁴⁰¹ Il peut certes, servir, pour le défendeur, à paralyser l'action du demandeur lorsque celui-ci est dolosif: ainsi on obtient, du point de vue de la procédure et par voie d'exception, le même effet qu'une nullité. C'est la l'effet de l'inhérence de l'exception de dol, que nous étudions au chapitre suivant.

contrahendo et à le sanctionner par voie d'action en condamnant ce dernier à des dommages-intérêts dans une *actio empti*: Cicéron rappelle l'ingéniosité des jurisconsultes qui inventèrent la « *reticentiae poenam* ». Lorsqu'un fait mensonger était présenté explicitement lors de la formation du contrat, on pouvait considérer qu'il fallait *praestare* ce qui avait été dit: on pouvait en définitive reporter le problème du *dolus malus* au schéma exécution/inexécution: c'est ainsi que Cicéron rapporte ce modèle objectif de responsabilité qui pèse sur un vendeur, du simple fait que des prestations avaient été énoncées et prévues dans les *nuncupationes*.

En revanche, le silence dolosif représente un cas-limite. On ne peut pas l'appréhender selon le schéma exécution/inexécution: le dol dans la formation du contrat était alors irréductible à un dol d'exécution. L'*actio ex empto* n'était pas originairement une action en annulation, elle était soit une action en exécution, soit une action en réparation. Tout en reconnaissant que le consentement de Centumalus avait été vicié, Caton ne peut en aucune manière résoudre la vente: il considère que le vendeur devra *praestare damnum*. « *quidquid esset in praedio uitii* ». Il y a un certain paradoxe: d'une part, il reconnaît que la vente est bien formée, malgré le *dolus*, et n'envisage pas une simple redhibition, mais il considère que le vendeur doit des dommages-intérêts, non pas du fait d'une mauvaise exécution, mais bien d'un silence lors de la formation de l'obligation, lorsque le vendeur ne s'était pas encore obligé. La seule chose que puisse d'ailleurs dire Caton, c'est que la bonne foi impose qu'il répare ce dommage causé par son silence.

2° Le *dolus in contrahendo* fut communément admis très tôt dans toutes les actions de bonne foi contractuelles, et point n'est besoin de citer toutes les textes qui le relatent, même si les cas envisagés sont surtout ceux de la vente: c'est cette possibilité, très proche du cas relaté par Cicéron, qu'Ulpie justifie par son fameux commentaire: « *omnia quae contra bonam fidem fiunt ueniunt in ex empto actionem* »¹⁴⁰². Pomponius en présente avant lui différentes applications dans son commentaire à Sabinus, et rappelle là encore la mention de la bonne foi¹⁴⁰³, qui apparaît à nouveau comme une justification de la conception élargie qu'on peut avoir

¹⁴⁰² Dig. 19.1.1.1 Ulpianus 28 ad sab. *Venditor si, cum sciret deberi, servitutum celavit, non evadet ex empto actionem, si modo eam rem emptor ignoravit: omnia enim quae contra bonam fidem fiunt ueniunt in empti actionem.*

¹⁴⁰³ Dig. 19.1.6.9 Pomponius 9 ad sab. *Si venditor sciens obligatum aut alienum vendidisset et adiectum sit "neve eo nomine quid praestaret", aestimari oportet dolum malum eius, quem semper abesse oportet in iudicio empti, quod bonae fidei sit.*

de l'*actioe teneri* dans le cas de la vente consensuelle. Mais la possibilité d'une condamnation sur le fondement du *dolus in contrahendo* se retrouve à propos d'autres actions: ainsi, Ulpien considère que lorsque l'exécution d'un mandat de cautionnement est impossible du fait que le co-contractant était un *filius familias* et ne pouvait donc valablement se porter caution, le *filius familias* qui s'était frauduleusement fait passer pour *sui iuris* serait tenu par l'action de mandat pour son *dolus in contrahendo*¹⁴⁰⁴, et il se permet d'élargir cette solution à l'ensemble des *iudicia bonae fidei*.

C'est typiquement quelque chose qui oppose l'*actio ex stipulatu* à l'*actio empti*: dans l'*actio ex stipulatu* sauf clause expresse, le stipulant ne peut agir du fait du *dolus in contrahendo* du promettant. L'époque tardo-classique affinera cette tendance au point que, même en cas de vente déclarée nulle à raison de son objet, certains juriconsultes proposeront de sanctionner le dol qu'on peut à peine qualifier de « pré-contractuel », puisque le contrat est nul. C'est notamment le cas de Modestin¹⁴⁰⁵, qui conseille l'*actio empti* à celui qui a passé un contrat de vente portant sur un bien en réalité hors-commerce, ce qui rendait la vente nulle de plein droit.

Mais la clause de bonne foi permet même dans certains cas d'appréhender astucieusement des faits de gestion antérieurs au moment où naît stricto sensu le rapport d'obligation.

2.1.1.1.1.2. *L'appréciation de la bonne foi pour des faits de gestion antérieurs à l'instauration d'un rapport d'obligation (B.)*

Une chose est de considérer que le dol survenu à l'occasion de la formation d'un contrat serait sanctionné par l'action qui naît du contrat, autre chose est de considérer des faits de gestion frauduleux survenus avant l'instauration d'un rapport d'obligation. Pourtant, les actions qui sanctionnent typiquement des faits de gestion (*actiones mandati, pro socio, tutelae, neogtiorum gestorum*), permettent aux yeux de la jurisprudence classique de sanctionner des faits de gestion antérieurs au rapport

¹⁴⁰⁴ Dig. 14.5.6 Ulpianus 2 disp. *Eum, qui se patrem familias simulavit et mandante aliquo stipulatus est, mandati teneri Marcellus scripsit, quamvis rem praestare non possit: et sane verum est teneri eum debere, quia dolo fecit. hoc et in omnibus bonae fidei iudiciis dicendum erit.*

d'où naît l'action. Le raisonnement général suivi par la jurisprudence classique est que celui qui est gestionnaire se doit pour être de bonne foi d'imputer sur sa gestion présente les comptes de sa gestion antérieure: c'est là tout le pivot du raisonnement. Aussi sa bonne foi sera-t-elle appréciée par le juge pour toute la période où il a géré des affaires dans l'intérêt d'autrui, peu importe que la gestion antérieure soit faite à un autre titre, ce dont naîtrait en principe une action spécifique. C'est ce que montre un réponse de Papinien au sujet d'un mandataire auparavant gérant spontané^(1°), ainsi qu'un commentaire d'Ulpien à propos d'un gérant spontané auparavant tuteur (2°).

1° Considérons la réponse de Papinien¹⁴⁰⁶. Un mandataire, avant d'être constitué tel et de gérer les affaires du mandant en vertu de son mandat, avait déjà géré spontanément ses affaires, sans que s'en soit suivie une quelconque ratification¹⁴⁰⁷. L'action de mandat permettra-t-elle au juge de contrôler la gestion d'affaires antérieure au mandat? Ce contrôle sera possible, et la « *bona fides* » de ce mandataire n'en sera pas moins à apprécier (*non ideo minus*) sur tout le temps de la gestion (*omnis temporis*), car l'office du mandataire est large, et ce sans doute par la présence de la clause *ex fide bona*¹⁴⁰⁸: il se doit d'imputer les comptes de sa gestion spontanée antérieure sur les comptes de sa gestion mandatée: la « *bona fides* » est ici l'élément d'appréciation qui transcende la séparation des deux périodes par l'instauration d'un mandat. Aussi apprécier sa *bona fides* ne se réduira-t-il pas à l'apprécier depuis l'instauration du mandat, qui ne pouvait s'assimiler à une ratification définitive des comptes de la gestion spontanée antérieure. Selon l'expression assez étrange de Papinien, la cause du mandat (*secundi temporis causa*) subsumera (*suscipiet*) la première cause (*priorem litem*), qui aurait pu faire l'objet d'une *actio negotiorum gestorum*. L'exigence de bonne foi exprimée dans l'action de mandat permet ainsi d'examiner l'exigence de bonne foi au titre de la gestion spontanée antérieure.

¹⁴⁰⁵ Dig. 18.1.62.1 Modestinus 5 reg. *Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur.*

¹⁴⁰⁶ Dig. 17.1.56.2. Papinianus 3 resp. *Non ideo minus omnis temporis bonam fidem explorari oportet, quod dominus post annos quinque de provincia reversus, mox rei publicae causa profecturus non acceptis rationibus mandatum instauraverit. Cum igitur ad officium procuratoris pertinuerit quidquid ex prima negotiorum gestorum administratione debuit ad secundam rationem transferre, secundi temporis causa priorem litem suscipiet.*

¹⁴⁰⁷ On remarquera au passage que Papinien n'a plus aucune difficulté à concevoir que l'action de mandat s'applique à la *procuratio omnium bonorum*. Voir FINAZZI, *Negotiorum gestio*, p.

¹⁴⁰⁸ « *ad officium procuratoris pertinere* » est une expression qui ressemble étrangement au « *ad fidem bonam pertinere* » de la sentence de Caton, au livre III du *De Off.* §66: la mention de la bonne foi permet toujours une interprétation extensive de l'office.

2° Un cas similaire est traité par Ulpien¹⁴⁰⁹, mais cette fois sans référence expresse à la *bona fides*, à propos d'un tuteur qui opère des actes de gestion du patrimoine du pupille après son passage à la puberté. Ulpien raisonne en deux temps: ces actes seront-ils pris en compte par l'action de tutelle? Non, répond Ulpien, s'ils ne sont pas la suite nécessaire de la gestion du tuteur, lui permettant de clore la tutelle, si bien que tout ce qui est connexe à la tutelle entre dans l'action de tutelle. Dans un second temps (*sed et illud est uerum*), il précise que, s'il a commencé à administrer des *negotia* pour le compte de son ancien pupille après la fin de la tutelle, « *deuolui iudicium tutelae in negotiorum actionem* »: l'effet de cette gestion d'affaires est, d'une façon similaire au cas présenté par Papinien, une dévolution de l'*actio tutelae* à l'*actio negotiorum gestorum*, parce qu'il avait l'obligation, en tant que gérant d'affaires, de réclamer de soi-même les comptes de sa propre gestion au titre de la tutelle et de les imputer sur les comptes de sa gestion d'affaires. Dès lors, pour l'*actio negotiorum gestorum*, là encore est valable la remarque de Papinien, « *omnis temporis bonam fidem explorari oportet* »: la *bona fides* permet de saisir extensivement ce qui est déduit en justice et de dépasser une conception trop stricte de la *causa*: la *causa* de la tutelle sera appréhendée indirectement par l'*actio negotiorum gestorum*.

A un autre titre encore, en marge du *negotium* considéré, des faits frauduleux peuvent être pris en compte par le juge alors qu'ils mériteraient une sanction spécifique, souvent par la voie d'une *condictio* ou d'une *actio doli*.

2.1.1.1.1.3. L'appréciation de la bonne foi pour des faits en marge du 'negotium' et le concours de la 'condictio' (C.)

Des faits connexes au *negotium* considéré dans la *demonstratio* sont souvent examinés par le juge d'une action de bonne foi, même si, dans une action de droit strict, le demandeur devrait avoir recours à une action spécifique distincte, souvent

¹⁴⁰⁹ Dig. 27.3.13 Ulpianus 35 ad ed.: *Si tutor post pubertatem pupilli negotia administraverit, in iudicium tutelae veniet id tantum, sine quo administratio tutelae expediri non potest: si vero post pubertatem pupilli is qui tutor eius fuerat fundos eius vendiderit, mancipia et praedia comparaverit, neque venditionis huius neque emptionis ratio iudicio tutelae continebitur. et est verum ea quae conexas sunt venire in tutelae actionem: sed et illud est verum, si coeperit negotia administrare post tutelam finitam, devolvi iudicium tutelae in negotiorum gestorum actionem: oportuit enim eum a semet ipso tutelam exigere. sed et si quis, cum tutelam administrasset, idem curator adulescenti fuerit datus, dicendum est negotiorum gestorum eum conveniri posse.*

une *condictio* dite *ob turpem causam*, pour obtenir réparation. C'est ce que nous montre Paul en établissant un contraste frappant entre les actions de bonne foi et les actions de droit strict(1°), et il est suivi en cela par Ulpien (2°).

1° Dans le cas où une sorte de rançon supplémentaire a été demandée de la part du débiteur au créancier pour l'exécution d'une prestation qu'il devait, il était toujours possible de récupérer cette somme extorquée par la *condictio* dite *ob turpem causam*. Pourtant, un célèbre texte de Paul, issu de son commentaire à Plautius et se rangeant à l'autorité de Pomponius, montre que les actions de bonne foi rendent cette *condictio* inutile et permettent à elles toutes seules de réclamer cette somme ainsi déboursée « *ob turpem causam* »¹⁴¹⁰.

Le texte est intéressant en ce qu'il manifeste un contraste: dans le cas où un mandataire réclame une contrepartie pour rendre un objet¹⁴¹¹, dans le cas où un locataire réclame de l'argent pour rendre la chose louée, ou encore dans le cas où un vendeur refuse de livrer la chose à moins d'un versement supplémentaire non prévu au contrat, la partie contrainte ainsi de payer une rançon aura pour la récupérer l'*actio mandati*, ou l'*actio empti*¹⁴¹² ou l'*actio locati*, sans avoir recours à la *condictio ob turpem causam*; dans le cas où il serait naturellement protégé par une action dite de droit strict (cas d'un légataire ou d'un stipulant), alors il devrait utiliser spécifiquement la *condictio ob turpem causam* pour réclamer cette sorte de rançon, et non l'action de droit strict qui protégeait sa créance.

Le contraste est dans ce texte d'autant plus saisissant, à notre avis, qu'il oppose non seulement le cas d'actions dites de droit strict à celui d'actions de bonne foi, mais qu'il semble aussi opposer incidemment deux types d'actions incertaines, actions incertaines de droit strict et actions de bonne foi. En effet, dans la formulation choisie par Paul, « *ex stipulatu* », au lieu de *ex stipulatione*, semble renvoyer indifféremment à la stipulation certaine ou incertaine, et cette dernière serait naturellement

¹⁴¹⁰ Dig. 12.5.9.1 Paulus 5 ad plaut. *Si rem locatam tibi vel venditam a te vel mandatam ut redderes, pecuniam acceperis, habebis tecum ex locato vel vendito vel mandati actionem: quod si, ut id, quod ex testamento vel ex stipulatu debebas, redderes mihi, pecuniam tibi dederim, condictio dumtaxat pecuniae datae eo nomine erit. idque et pomponius scribit.* Voir, sur cette concurrence, E.LEVY, *Konkurrenz*, II, p.55 ss.

¹⁴¹¹ Il n'y a pas de raison de supposer que « *mandatam* » remplace un originaire *fiduciae datam*; sans doute la règle était-elle la même dans le cas de la *fiducie*, peut-être même a-t-on éliminé son évocation dans ce texte; mais un mandataire peut tout à fait avoir des choses à « *reddere* ».

¹⁴¹² Le texte mentionne l'*actio uenditi*, ce qui paraît être une erreur; en effet, « *ego* » est ici nécessairement l'acheteur « rançonné », aussi bénéficie-t-il de l'*actio empti*, et non de l'*actio uenditi*. Tendanciellement, cette erreur pourrait plaider en faveur d'un mauvais « maquillage » d'une mention originelle de l'*actio fiduciae*, et le *mancipio dans* aurait été assimilé à un *uenditor*.

sanctionnée par l'*actio ex stipulatu*, et non par l'*actio certae creditae pecuniae*. Aussi est-il fort probable qu'il songe aussi à l'action incertaine *ex testamento*, et non uniquement à l'action certaine.

Dès lors, le contraste est frappant entre deux types de formules, toutes deux incertaines, mais dont l'une possède la clause *ex fide bona*: alors que l'*intentio* incertaine *ex stipulatu* ou *ex testamento* (*quidquid ob eam rem (=quod stipulatus est) N.Negidium Aulo Agerio dare facere oportet/ quidquid N. Negidium A. Agerio ex testamento dare facere oportet*) ne permet pas de sanctionner ce type de comportement, la clause *ex fide bona* permet d'étendre la réclamation et le contrôle du juge à des sommes versées *ob turpem causam*, en marge de l'exécution naturelle du contrat.

On comprend alors que la clause *ex fide bona* permet d'appréhender plus largement que ne le font les actions de droit strict, tout comportement dolosif en connexité avec le *negotium*. Le champ de contrôle du *iudex* est nécessairement élargi. Cette conception élargie de la connexité rendant subsidiaire voire inutile la *condictio ob turpem causam* est d'ailleurs reconnue à propos d'autres actions.

Ulpien le rappelle à propos des actions de dépôt et de commodat¹⁴¹³. Dans la mesure où ces solutions sont rappelées, dans le commentaire à Sabinus, où d'ailleurs Ulpien l'impute à des auteurs plus anciens (« *plerisque placuit* »), comme dans le commentaire à Plautius de Paul, on peut raisonnablement considérer qu'elles étaient fermement acquises dès le début de l'époque classique. Il faut toutefois se rappeler qu'il s'agit là encore d'une évolution (*plerisque placuit*) qui est due à l'interprétation majoritaire de cette clause: il s'agit bien d'*interpretatio bonae fidei*.

2° Dans un autre registre, Ulpien¹⁴¹⁴ manifeste qu'une somme payée alors que la cause du paiement est finie peut être restituée par l'action contractuelle de bonne foi: un *conductor* avait égaré la chose qui lui avait été confiée, et le *locator* avait intenté contre lui une *actio locati*, suite à laquelle il avait remboursé le prix du vêtement perdu, mais l'ayant retrouvé peu de temps après, il demande à ce que lui soit restituée

¹⁴¹³ Dig. 27.3.5 Ulpianus 43 ad sab. *Si tutor rem sibi depositam a patre pupilli vel commodatam non reddat, non tantum commodati vel depositi, verum tutelae quoque tenetur. et si acceperit pecuniam, ut reddat, plerisque placuit eam pecuniam vel depositi vel commodati actione repeti vel condici posse: quod habet rationem, quia turpiter accepta sit.*

¹⁴¹⁴ Dig. 12.7.2 Ulpianus 32 ad ed. *Si fullo vestimenta lavanda conduxerit, deinde amissis eis domino pretium ex locato conventus praestiterit posteaque dominus invenerit vestimenta, qua actione debeat consequi pretium quod dedit? et ait cassius eum non solum ex conducto agere, verum condicere domino posse: ego puto ex conducto omnimodo eum habere*

la somme qu'il avait versée à titre de remboursement. Ulpien ne voit aucune difficulté à utiliser l'*actio ex conducto*. Il cite d'ailleurs Cassius qui ne voyait pas de difficulté à utiliser l'action contractuelle de bonne foi, et semblait plutôt prendre une position audacieuse en considérant que le *conductor* pourrait aussi avoir la *condictio*.

Une autre comparaison peut encore être tentée sur un raisonnement d'Ulpien, où l'action de bonne foi rend inutile la *condictio furtiva*¹⁴¹⁵. Si l'esclave vendu a volé au vendeur, avant d'être remis à l'acheteur, une partie de son pécule, le vendeur peut exercer une *condictio furtiva* contre l'acheteur. Telle est la position que rappelle Ulpien dans son commentaire à Sabinus. Les compilateurs ont pris soin, pourtant, de préciser la pensée d'Ulpien à propos de l'action à choisir, en faisant suivre ce passage d'un extrait de son commentaire à l'Edit du préteur, concernant sans doute une situation similaire. Assez étonnamment, le vendeur pourra aussi exercer l'*actio ex vendito* (de même que l'*actio ad exhibendum*) pour récupérer cette part de pécule volée par l'esclave vendu, puisque l'acheteur bénéficie frauduleusement d'un pareil acte, pourtant commis avant la livraison.

Toutes ces solutions ont pour elles, outre la *fides bona*, l'avantage de l'économie procédurale. Souvent, un demandeur n'aura à utiliser qu'une seule action au lieu de deux. Car ces solutions audacieuses et originales reposent sans doute sur la bonne foi, mais leur triomphe est dû surtout à une interprétation pragmatique et constructive de la clause de bonne foi présente aux côtés de l'*intentio*.

2.1.1.1.2. *Les limites controversés de la connexité dans les cas concrets: l'interprétation pragmatique et réaliste (II)*

Les différents textes précédemment examinés manifestent tous une conception particulière de la structure de la formule: *quod... quidquid ob eam rem dari fieri oportet ex fide bona*: l'incidence du syntagme « *ex fide bona* » semble modifier un

actionem: an autem et condicere possit, quaesitum est, quia non indebitum dedit: nisi forte quasi sine causa datum sic putamus condici posse: etenim vestimentis inventis quasi sine causa datum videtur.

¹⁴¹⁵ Dig. 18.1.29 Ulpianus 43 ad sab. *Quotiens servus venit, non cum peculio distrahitur: et ideo sive non sit exceptum, sive exceptum sit, ne cum peculio veneat, non cum peculio distractus videtur. unde si qua res fuerit peculiaris a servo subrepta, condici potest videlicet quasi furtiva: hoc ita, si res ad emptorem pervenit.* Dig. 18.1.30 Ulpianus 32 ad ed. *Sed ad exhibendum agi posse nihilo minus et ex vendito puto.*

rapport de causalité trop strict entre la *demonstratio* et l'*intentio*. Le juge n'examinera pas uniquement les prestations typiques qui procèdent de l'acte négotial. L'examen approfondi de sa *fides* et de sa diligence dépasse le champ d'investigation qu'aurait imposé une conception trop stricte du rapport causal entre *demonstratio* et *intentio*.

Cette conception extensive de la connexité d'un fait frauduleux, quoique claire dans son principe, se heurte à un certain nombre de difficultés pratiques. Dans son application concrète, elle fait souvent l'objet de controverses (A), et les solutions définitives procèdent d'une interprétation constructive eu égard au moyens concurrents qu'offre l'édit du préteur (B).

2.1.1.1.2.1. La connexité au *negotium*, objet de controverses (A)

Cette conception extensive de la connexité est bel et bien établie dans son principe, mais elle reste l'objet d'une casuistique. Ceci pour dire que la *fides bona* ne peut être le seul principe de l'action: souvent, l'*actioe teneri* sera apprécié selon d'autres paramètres, indépendamment de la clause *ex fide bona*. Significativement, c'est un travail d'interprétation sur la connexité au *negotium* qui permet une pareille appréhension de comportements dolosifs. Aussi l'*actioe teneri* ne peut-il être uniquement fondé sur un manquement à la bonne foi. On perçoit dès lors une tension dans la formule. D'une part la clause *ex fide bona* pousse le juge à envisager toutes les formes de comportement dolosif: comme le dit Cicéron, *potest ulla pars inesse fraudis*¹⁴¹⁶? D'autre part, le *ob eam rem* anaphorique qui reprend la *demonstratio* impose de rechercher une connexité évidente avec le *negotium*, sans laquelle il n'y a pas d'action, car c'est lui là véritable cause d'un *oportere*. Cette tension produit parfois des résultats en apparence contradictoires entre *casus*, parfois un *ius controuersum*.

Différents textes, tous écrits par les préfets des Sévères, montrent des controverses qui ont des enjeux plus ou moins complexes. Commençons par le plus simple: Ulpien traite de certains devoirs imposés à l'ancien tuteur par les constitutions impériales, et se demande si ils sont à sanctionner par l'action de tutelle (1°). Paul traite du cas

¹⁴¹⁶ *De Off.*, III,61.

controversé d'une gestion d'affaire commencée par un affranchi durant sa servitude (2°) Ulpien à nouveau souligne que les *condictiones* qui entrent en concours avec une action de bonne foi sont d'une inutilité toute relative (3°), enfin Paul nous montre une divergence entre ses opinions et les réponses officielles de la chancellerie impériale à propos des devoirs d'un mandataire qui se portait caution pour le mandant (4°)

1°Ulpien traite incidemment, dans son commentaire à l'édit¹⁴¹⁷, d'un devoir d'information qui pèse sur le tuteur lorsque sa charge prend fin. Une constitution lui a imposé d'informer son ancien pupille, devenu pubère, qu'il doit demander un curateur et de l'exhorter à le faire. Une telle obligation légale est-elle sanctionnée par l'action de tutelle? Le texte a peut-être subi un raccourci, vu le « *et magis puto sufficere tutelae iudicium* ». Sans doute Ulpien, quelque peu dubitatif, relatait-il une controverse (*magis puto*), où certains songeaient à une autre action en excluant l'action de tutelle, et il donne ici son avis: selon lui, la réponse est positive, vu la connexité avec l'office du tuteur, même s'il a conscience que cette obligation légale apparaît après la fin de la tutelle, donc en principe après l'achèvement de la gestion. Et c'est sans doute ce point qui faisait pencher certains jurisconsultes pour la thèse adverse, vu que la connexité est rompue, et que le tuteur ne fait pas à proprement parler cet acte pour finir l'administration de sa tutelle. Sans doute Ulpien envisage-t-il justement, du fait de la clause *ex fide bona* qui amplifie l'*intentio*, une conception plus réaliste de la connexité, à savoir que le bon achèvement de la gestion du patrimoine du pupille ne servirait de rien, si, dès la fin de la tutelle, le patrimoine se retrouvait en danger par défaut de curateur: somme toute, un enfant de treize ans se retrouverait seul à gérer son patrimoine. Supposons notamment un tuteur qui commencerait à « *circumuenire* » son ancien pupille dès la fin de la gestion de la tutelle. C'est pourquoi il a une obligation légale d'informer le pupille et de l'enjoindre à prendre un curateur. Est-ce la *bona fides*, en tant qu'elle élargit l'office du tuteur, qui permet de sanctionner cette obligation légale posée par une décision impériale? Il n'est pas tant question de fonder *ex nihilo* une obligation, puisqu'elle est fondée sur la constitution impériale. La clause *ex fide bona* permet simplement d'avoir une vue plus

¹⁴¹⁷ Dig. 26.7.5.5 Ulpianus 35 ad ed. *Si tutor pupillum suum puberem factum non admonuerit, ut sibi curatores peteret (sacris enim constitutionibus hoc facere iubetur qui tutelam administravit), an tutelae iudicio teneatur? et magis puto sufficere tutelae iudicium, quasi conexum sit hoc tutelae officio, quamvis post pubertatem admittatur.*

réaliste du « *quidquid ob eam rem eum dare facere oportet* ». Mais c'est surtout l'interprétation du *ob eam rem*, de la connexité, qui permet de sanctionner par l'action de tutelle une pareille obligation légale.

2° Paul rappelle dans son commentaire à la formule de *l'actio negotiorum gestorum*¹⁴¹⁸ une position de Proculus et de Pegasus au Ier siècle à propos d'un affranchi qui a commencé la gestion des affaires d'autrui alors qu'il était encore esclave: il est toutefois tenu par l'action de gestion d'affaires même pour les sommes qu'il aurait dû à ce titre réclamer de lui-même alors qu'il était encore esclave, à hauteur du pécule qu'il avait. Et cela procède bien, selon eux de son devoir de bonne foi: il se doit d'imputer de pareils dettes qu'il avait envers le géré, sur son patrimoine.

Cette conception extensive de la connexité au *negotium*, qui revient à considérer pratiquement que l'esclave était pour ainsi dire potentiellement obligé civilement, appelle deux remarques limitatives:

-le texte ne précise pas si le géré était son maître ou non. Ce paramètre pouvait peut-être faire varier les solutions.

-la connexité entre la gestion alors qu'il était *alieni iuris* et celle où il était *sui iuris* doit être avérée. Il faut que ce soit la même affaire qui soit gérée dans les deux cas, que l'une et l'autre ne puissent être rationnellement séparées comme deux affaires, et le problème peut devenir assez délicat dès que l'on sort du cas de la gestion universelle du patrimoine d'un absent. C'est ce que rappelle encore Ulpien à la fin de l'époque classique¹⁴¹⁹. Un acte de gestion isolé pendant la période où le gérant était encore esclave ne saurait en soi devenir l'objet d'une *actio negotiorum gestorum* le jour où il devient *sui iuris*. On peut rattacher la gestion de l'esclave à une obligation civile actuelle lorsqu'il est *sui iuris*, mais on ne saurait purement et simplement faire naître une obligation civile au nom d'une exigence de bonne foi. C'est l'impossibilité de séparer les actes de gestion entre les deux périodes qui permet de tenir compte de ceux effectués pendant la servitude.

¹⁴¹⁸ Dig. 3.5.17 Paulus 9 ad ed.: *Proculus et pegasus bonam fidem eum, qui in servitute gerere coepit, praestare debere aiunt: ideoque quantum, si alius eius negotia gessisset, servare potuisset, tantum eum, qui a semet ipso non exegerit, negotiorum gestorum actione praestaturum, si aliquid habuit in peculio, cuius retentione id servari potest. idem neratius.*

¹⁴¹⁹ Dig. 3.5.16 Ulpianus 35 ad ed. *Eum actum, quem quis in servitute egit, manumissus non cogitur reddere. Plane si quid conexum fuit, ut separari ratio eius quod in servitute gestum est ab eo quod in libertate gessit non possit: constat venire in iudicium vel mandati vel negotiorum gestorum et quod in servitute gestum est. Denique si tempore servitutis aream emerit et in ea insulam aedificaverit eaque corruerit, deinde manumissus fundum locaverit: sola locatio fundorum in iudicio negotiorum gestorum deducetur, quia ex superioris temporis administratione nihil amplius in iudicio deduci potest quam id, sine quo ratio libertatis tempore administratorum negotiorum expediri non potest.*

-l'appréciation de la gestion pendant la période où il était esclave rencontre certaines limites. C'est uniquement à hauteur du pécule que l'ancien esclave gérant peut être condamné pour la gestion opérée durant l'esclavage. A ce titre, l'*actio negotiorum gestorum* a pour conséquence de subsumer une éventuelle action *de peculio* qui aurait pu être intentée contre le maître de l'esclave¹⁴²⁰.

-la question semble toutefois limitée aux dettes que l'esclave pouvait avoir contractées envers le géré, et qu'il aurait du réclamer de lui-même, étant gérant. Significativement, la bonne foi n'a pas pour but de subvertir en profondeur les règles concernant les effets de la *capitis deminutio* sur le sort des obligations, et ce notamment si le géré était le maître: comme le notait déjà Sabinus¹⁴²¹, ainsi que Quintus Cervidius, la considération pour la gestion effectuée pendant la période de servitude ne saurait transformer les fautes et les attitudes dolosives de l'esclave en obligations civiles de *praestare dolum aut culpam*. C'est dire que Sabinus, prudent, ne voyait pas dans le devoir de bonne foi un besoin d'assumer toutes les fautes et tous les dolis commis pendant la servitude. Quintus Cervidius ajoutait qu'autrement, ce serait transformer en obligations civiles *ex negotiis gestis* des fautes commises durant l'esclavage. Il semblerait donc qu'il ait eu une vue beaucoup plus stricte du champ d'application de l'*actio negotiorum gestorum* à des actes de gestion où le gérant était encore esclave.

A ce titre, la position d'Ulpien est plutôt une position intermédiaire: le principe posé par Sabinus, repris par Cervidius, est vrai, et c'est seulement une étroite connexion entre les actes opérés avant et après la *manumissio* qui permet au juge de prendre en compte la gestion survenue avant la *manumissio*.

On peut certes essayer d'expliquer les différentes positions en considérant que les cas traités originellement par Ulpien (§16), Pegasus et Proculus (§17) et par Sabinus et Cervidius (§18.1), n'étaient pas les mêmes. Ainsi, la divergence entre Sabinus et

¹⁴²⁰ Cette situation rappelle, *mutatis mutandis*, celle de l'associé qui a été émancipé: l'émancipation, présupposant une *capitis deminutio*, a-t-elle mis fin à la société, et doit-on considérer qu'il y a eu deux sociétés distinctes? De fait, Julien considérait qu'il n'y avait qu'une seule société, et que l'action *pro socio* intentée contre le fils concernerait toute la durée de vie de la société, avant comme après l'émancipation: *Dig. 17.2.58.2 Ulpianus 31 ad ed. Si filius familias societatem coierit, deinde emancipatus a patre fuerit, apud iulianum quaeritur, an eadem societas duret an vero alia sit, si forte post emancipationem in societatem duratum est. iulianus scripsit libro quarto decimo digestorum eandem societatem durare, initium enim in his contractibus inspiciendum: duabus autem actionibus agendum esse, una adversus patrem, altera adversus filium: cum patre de eo, cuius dies ante emancipationem cessit, nam eius temporis, quo post emancipationem societas duravit, nihil praestare patrem oportet: cum filio autem de utroque tempore, id est de tota societate, nam et si quid, inquit, socius filii post emancipationem filii dolo fecerit, eius non patri, sed filio actio danda est.*

¹⁴²¹ *Dig. 3.5.18.1 Paulus 2 ad ner. Scaevola noster ait putare se, quod sabinus scribit debere a capite rationem reddendum sic intellegi, ut appareat, quid reliquum fuerit tunc, cum primum liber esse coeperit, non ut dolum aut culpam in servitute admissam in obligationem revocet: itaque si inveniatur vel malo more pecunia in servitute erogata, liberabitur.*

Proculus pourrait s'expliquer en considérant que le premier considérait une situation où le géré était le maître du gérant lorsqu'il était esclave, tandis que le second traitait d'un cas où le géré était véritablement un tiers. De même, Ulpien posait la condition d'étroite connexion dans un cas où il ne s'agissait pas d'une gestion générale du patrimoine d'un absent, en quel cas il s'agirait évidemment du même négoce: significativement, il applique son explication encore au mandat. Toutefois, dans la mesure où les textes ne donnent aucun indice en ce sens, il nous semble plutôt que cette appréhension plus ou moins étendue de la période à considérer pour savoir ce qui était « *deductum in iudicium* » fasse l'objet d'un *ius controuersum*: sur quel temps doit être prise en compte la manifestation de la *bona fides*? va-t-elle jusqu'à prendre en compte tous les faits connexes qui se sont produits durant une période de servitude?

3° Nous avons vu comment Ulpien et Paul étendaient l'*actioe teneri* dans certaines actions au point de rendre des *condictiones* inutiles.

C'est pourtant le même Ulpien qui manifeste les limites de cette malléabilité de l'*actioe teneri*, à propos d'un concours possible entre l'*actio conducti* avec la *condictio indebiti*¹⁴²². Mela a considéré, aux dires d'Ulpien, que le locataire d'un immeuble qui a péri au bout de six mois alors que le loyer avait été versé pour toute l'année pourrait agir par l'*actio conducti* pour récupérer la moitié du loyer, plutôt que par la *condictio* dite « *indebiti* »: pourquoi a-t-il alors l'action contractuelle? Est-ce parce qu'il serait contraire à la bonne foi pour le bailleur de garder cet argent? Assurément, c'est une des conséquences qui provient des règles de la charge des risques dans la *locatio conductio*, et il ne peut avoir la *condictio indebiti*, puisque le paiement n'a pas été fait indûment¹⁴²³. Mais ce qui est le plus étonnant, est qu'Ulpien considère que si le locataire s'est trompé et a payé plus qu'il ne devait au bailleur, il ne pourra récupérer l'indû par l'*actio conducti*. Cela apparaît d'autant plus étonnant

¹⁴²² Dig. 19.2.19.6 Ulpianus 32 ad ed. *Si quis, cum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit, deinde insula post sex menses ruerit vel incendio consumpta sit, pensionem residui temporis rectissime mela scripsit ex conducto actione repetiturum, non quasi indebitum condicturum: non enim per errorem dedit plus, sed ut sibi in causam conductionis proficeret. Aliter atque si quis, cum decem conduxisset, quindecim solverit: hic enim si per errorem solvit, dum putat se quindecim conduxisse, actionem ex conducto non habebit, sed solam condictionem. nam inter eum, qui per errorem solvit, et eum, qui pensionem integram prorogavit, multum interest.*

¹⁴²³ On notera toutefois le contraste avec la solution proposée par Cassius et Ulpien en Dig. 12.7.2 (Ulp 32 ad ed.): Mela refuse d'envisager qu'on puisse *condicere* parce que le paiement n'était pas indû. Mais ne peut-on pas considérer que le paiement est devenu *sine causa* (*causa finita*)? Soit Mela refuse de considérer qu'un paiement fait pour une *causa finita* puisse être assimilé à un paiement fait sans cause, soit c'est Cassius en 12.7.2 qui considérait un cas particulier où le *locator* a refusé de reprendre le vêtement, et donc le paiement antérieur a toujours une *causa*. Dans l'action *ex conducto*, parce qu'elle est de bonne foi et obéit à des règles procédurales particulières, le juge pourra condamner à la restitution de la somme après avoir enjoint au demandeur de rendre le vêtement, ou du moins de l'offrir au *locator*, ou de le consigner en dépôt-séquestre.

qu'il y a là encore de la mauvaise foi de la part du vendeur à s'enrichir injustement du fait d'une pareille erreur, qui a pourtant quelque connexité avec le *negotium*. C'est dire là encore que la bonne foi ne saurait élargir indéfiniment l'*actio teneri*.

Ce texte est à comparer avec une autre solution concernant la concurrence, cette fois, d'une *actio empti* avec la *condictio* non pas *ob turpem causam*, mais *causa data causa non secuta* ou *sine causa*¹⁴²⁴. Ulpien relate la position de Julien sur deux points. Nous n'examinerons que le second. Si un anneau avait été donné par un acheteur à titre de garantie, et si le prix de la vente a bien été versé, Ulpien se demande s'il est possible pour l'acheteur de le récupérer avec une *actio empti*, ou s'il faut agir par la *condictio sine causa*, la *causa* étant finie, puisque l'anneau servait à garantir le paiement de la vente. Il n'a aucune difficulté à admettre la *condictio sine causa*, mais quant à l'*actio empti*, il semble dire avec un certain sourire qu'un sabinien comme Julien considérerait l'*actio empti* comme possible. Mais il semble y avoir une hésitation sur la possibilité de récupérer cet anneau par l'*actio empti*; en tous les cas, il a une certitude moins grande que pour la *condictio sine causa*, alors même qu'on pourrait voir un comportement dolosif dans le refus du vendeur de restituer cet anneau après paiement du prix.

4° Le cas envisagé par Paul dans une de ses réponses¹⁴²⁵ est étrange mais n'est nullement théorique¹⁴²⁶. X a reçu mandat de cautionner, par *fideiussio*, la dette de Y, débiteur principal, auprès de son créancier Z. Mais le débiteur Y avait aussi remis un bien en gage (ou en fiducie) à son créancier Z, lequel bénéficiait donc de deux sûretés, une sûreté personnelle, par le contrat de cautionnement conclu avec X, et une sûreté réelle, le gage remis par Y. Manifestement, le débiteur principal n'a pas payé sa dette, et Z son créancier ne s'est, semble-t-il, pas retourné contre le mandataire-*fideiussor* (ou du moins pas seulement), mais a préféré procéder à la vente du bien remis en gage, et c'est le mandataire-*fideiussor* lui-même qui a acheté ce bien. La suite de l'affaire est la suivante: l'héritier du débiteur principal-mandant demande au

¹⁴²⁴ Dig. 19.1.11.6 Ulpianus 32 ad ed. *Is qui vina emit arrae nomine certam summam dedit: postea convenerat, ut emptio irrita fieret. iulianus ex empto agi posse ait, ut arra restituatur, utilemque esse actionem ex empto etiam ad distrahendam, inquit, emptionem. ego illud quaero: si anulus datus sit arrae nomine et secuta emptione pretioque numerato et tradita re anulus non reddatur, qua actione agendum est, utrum condictur, quasi ob causam datus sit et causa finita sit, an vero ex empto agendum sit. et iulianus diceret ex empto agi posse: certe etiam condici poterit, quia iam sine causa apud venditorem est anulus.*

¹⁴²⁵ Dig. 17.1.59.1 Paulus 4 resp.: *Paulus respondit fideiussorem, qui rem pignoris iure obligatam a creditore emit, mandati iudicio conventum ab herede debitoris oblato omni debito restituere cum fructibus cogendum neque habendum similem extraneo emptori, cum in omni contractu bonam fidem praestare debeat.*

mandataire-*fideiussor* de lui restituer ce bien avec ses fruits, en échange de tout le *debitum* (*sors* et *usurae*, sans doute, à hauteur du prix auquel il a racheté ce bien, c'est-à-dire en le remboursant de toutes les dépenses considérées comme survenues à l'occasion du mandat). Et devant son refus, il décide d'intenter contre lui l'*actio mandati* à laquelle il est légitimé activement en tant qu'héritier.

La prétention peut paraître surprenante au premier abord: en soi, le mandataire s'est engagé auprès du mandant à garantir la dette par *fideiussio*, mais on ne voit pas en quoi l'achat du gage mis en vente par le créancier aurait un quelconque rapport avec ce mandat. Mais Paul voit les choses fort différemment: « *in omni contractu*¹⁴²⁷ *bonam fidem praestare* »: c'est dans l'ensemble du rapport contractuel qu'il doit « *praestare bonam fidem* »: il n'a pas simplement une obligation formelle de s'engager par *fideiussio* envers le créancier, il doit *praestare bonam fidem* dans l'exécution de ce contrat, et toute la difficulté est de circonscrire les limites de cette obligation de bonne foi, assurément plus large. On a déjà vu qu'il avait par exemple l'obligation d'une défense diligente dans un procès intenté par le créancier, selon Ulpien, défense réglée par le paramètre de la bonne foi. Paul, quant à lui, cherche ici à prévenir un comportement dolosif du mandataire en marge de l'exécution du contrat. Plutôt que de payer la dette et d'en réclamer remboursement contre le mandant-débiteur principal, il pourrait être tenté par une collusion frauduleuse avec le créancier: celui-ci veut récupérer son argent, le *fideiussor* est quant à lui intéressé par le bien mis en gage, et à tout le moins préfère déboursier de l'argent pour un achat que pour rendre service à un ami qui est peut-être insolvable. Rien de plus simple, alors, que de désintéresser le créancier, non pas en payant la dette, mais en lui proposant de racheter le bien gagé, surtout s'il pressent qu'il en tirera par la suite un bon prix de l'héritier du débiteur principal, ou s'il sait que ce bien peut être très productif. Mais Paul considère que ce mandataire qui, plutôt que de payer la dette, a agi avant tout dans son propre intérêt, ce qui est contraire à l'esprit du mandat, ne peut en aucun cas être considéré comme un *extraneus emptor*, un tiers à l'opération de réalisation de la sûreté réelle: c'est dire que son acte avait une réelle connexité avec son obligation *ex mandato*. S'il offre le remboursement (avec intérêts) de ce que le rachat a coûté au

¹⁴²⁶ Voir sur ce texte M.TALAMANCA, *Bona fides*, p.215 ss.

mandataire¹⁴²⁸, l'héritier du mandant, solvable, a donc droit, non seulement à la récupération du bien, mais aussi de ses fruits, parce que, dans l'esprit du mandat, le mandataire ne faisait que conserver provisoirement la chose au profit du mandant. On voit par ce texte toute l'habileté de Paul à élargir la portée du contrôle du juge sur le comportement global du mandataire-*fideiussor* à partir, sans doute, de la clause *ex fide bona*, mais surtout à partir du « *ob eam rem* »: c'est parce qu'il doit montrer de la bonne foi « *in omni contractu* ».

Toutefois, c'est là un habile raisonnement de Paul qui semblait faire l'objet d'un *ius controuersum*, ce qui ressort de la comparaison avec un rescrit de 203¹⁴²⁹. Le comportement du *fideiussor* est considéré comme blâmable et sanctionnable par la chancellerie impériale, mais il est cette fois considéré comme sanctionnable par l'*actio doli*. Or celle-ci est une action subsidiaire qui n'est délivrée par le prêteur que si l'on ne trouve absolument pas d'autre moyen pour sanctionner ce dol¹⁴³⁰, ou du moins s'il existe un doute, comme le soulignait Labéon, concernant sa sanction par un quelconque autre moyen¹⁴³¹. Donc, en 203, soit on considérait que dans ce cas l'action de mandat ne pouvait sanctionner un pareil dol, soit (et c'est à notre avis plus probable) il y avait un *dubium* au sens labéonien du terme, un doute provenant peut-être d'un *ius controuersum*. Les solutions consistèrent moins en une interprétation analytique de la *fides bona* qu'en une vue pragmatique et opportuniste.

2.1.1.1.2.2. Une interprétation pragmatique de la connexité (B)

¹⁴²⁷ M.TALAMANCA, *Bona fides*, p.216, a bien raison de souligner l'étrangeté de l'expression: l'expression ne peut vouloir dire, en contexte, « dans tout contrat », mais bien « *in toto contractu* »: dans l'ensemble du contrat: toutefois, l'expression est à rapprocher du texte précédemment étudié, « *omnis temporis bonam fidem* », toute la durée du contrat.

¹⁴²⁸ C'est le sens de *omni debito*: le prix qu'a versé le mandataire pour racheter le bien est simplement requalifié en impense utile ou nécessaire réalisé à l'occasion de l'exécution du mandat, et c'est la seule réclamation à laquelle peut prétendre le mandataire. En effet, à supposer que le bien ait pris une grande valeur, et si le mandataire frauduleux pouvait se permettre de le revendre à l'héritier au prix du marché actuel, il le ferait sans doute sans difficultés, mais justement tirerait profit de l'opération, ce qui serait totalement contraire à l'esprit du mandat romain: il n'a le droit qu'aux intérêts moratoires, calculés entre le moment de l'achat du bien engagé et le remboursement fait par l'héritier.

¹⁴²⁹ CJ.2.20.1: Imperatores Severus, Antoninus *Si fideiussor a creditore pignora emit, oblata quantitate sortis et usurarum tibi dominium cum fructibus, quos bona fide percepit, consultius restituet, ne fidei ruptae gratia de dolo possit actio exerceri.* * sev. et ant. aa. clementinae. * <a 203 accepta d. iii id. mai. plautiano et geta cons.>

¹⁴³⁰ cf Ulpian 11 ad ed. 4.3.1.4., commentant largement les termes de l'édit *de dolo*, « *si alia actio non erit* ».

¹⁴³¹ cf. Ulpian, Dig. 4.3.7.3. 11 ad ed., citant Labéon: cette solution de principe posée par le juriste augustéen à propos de la subsidiarité de l'*actio doli* a sans doute fait autorité, et ce qu'Ulpian critique dans sa position, c'est la solution d'espèce qu'il avait donnée pour exemple et qui n'est plus retenue à l'époque d'Ulpian.

Si dans son principe, la clause *ex fide bona* permet une compréhension extensive de la connexité avec le *negotium*, les limites de cette connexité sont souvent difficiles à déterminer et font l'objet idéal d'une controverse sur l'*interpretation* de la clause *ex fide bona*.

La clause *ex fide bona* ne peut suppléer l'existence d'une obligation civile; elle permet d'avoir une conception extensive de l'*actione teneri*, elle ne fonde pas à elle seule l'*actione teneri*. La cause efficiente qui explique qu'il y a un *oportere*, reste le *ob eam rem* anaphorique de l'*intentio*: la clause *ex fide bona* introduit plutôt un point de vue élargi sur le rapport entre le *ob eam rem* et le *oportet*. Mais permettons-nous un peu de réalisme juridique. Le problème vient à notre avis de l'architecture générale de la procédure formulaire. Si la jurisprudence classique a été favorable à une telle interprétation extensive de l'*actione teneri* en vertu de la mention de la bonne foi, c'est tout d'abord parce qu'elle avait sous les yeux un arsenal restreint de moyens de défense pour appréhender des comportements frauduleux (1°), et parce que les voix de droit offertes par les actions de bonne foi restaient les plus diplomatiques et les plus adaptées à un contentieux entre personnes souvent liées par une *societas uitae*(2°).

1° Sans doute les juriconsultes, parce qu'ils savent qu'il y a une clause *ex fide bona*, et que le juge peut contrôler de manière approfondie la « *bona fides* », favorisent une conception extensive de l'*ob eam rem*: tout ce qui entre dans l'*ob eam rem* sera contrôlé « *ex fide bona* ». Ainsi, les juristes favorisèrent une interprétation constructive de la connexité (*ob eam rem*), pour laisser à la clause (*ex fide bona*) produire tous ses effets dans la répression du dol, mais en aucun cas ils ne peuvent purement et simplement dire que ce qui est contraire à la bonne foi dans l'absolu, rentre automatiquement dans la cause, même si par pragmatisme ils veulent étendre ce que contient la cause..

Il convient donc de noter que les juristes ont pu chercher à étendre ainsi le champ de l'*actione teneri* par pragmatisme, d'abord en ce qu'un système juridique a lui aussi horreur du vide, et que le *dolus* ne recevait pas de répression très efficace avant Aquilius Gallus: le périmètre des actions de bonne foi était voué, coûte que coûte, à s'étendre pour pallier à ce défaut. Mais cette logique n'allait pas changer après l'introduction des « *formulae de dolo* », bien au contraire, à notre avis. En effet, un comportement dolosif nuisible à autrui pourrait certes être sanctionné par l'action de

dol, mais celle-ci est subsidiaire, et ne semble en réalité que délivrée au compte-gouttes par le préteur. Et les prudents savent une chose: là où l'action prétorienne de dol serait difficile à obtenir, l'action civile de bonne foi pourrait « *competere ipso iure* ». Dans la logique du « *si alia actio non erit* » caractéristique de la promesse édictale de l'action de dol, ils tendirent à donner une extension toujours plus grande à l'*actione teneri* des *iudicia in quibus additur ex fide bona*, pour qu'un demandeur victime de fraude se voie dédommagé grâce à un moyen plus commode à obtenir que l'action de dol. Ils pouvaient justifier d'autant plus facilement qu'il y avait une *alia actio*, que la clause *ex fide bona* semblait viser avec une particulière énergie tout ce qui se rapproche d'un comportement dolosif. A l'inverse, nous avons vu que, lorsqu'une action de bonne foi entre en concurrence avec une simple *condictio indebiti*, Ulpien lui-même semble moins enclin à étendre l'*actione teneri*, alors qu'il paraissait lui donner une très forte extension là où la concurrence portait sur la *condictio furtiva* ou la *condictio ob turpem causam*, c'est-à-dire des cas où il y avait encore concurrence potentielle avec une action de dol ou une *actio furti*.

Enfin, notons que ce pragmatisme, qui est surtout le fait des Sabinieniens (mais non uniquement) procède de l'économie d'ensemble de la procédure formulaire: face à ce catalogue d'actions, qui quoique bien fourni, reste nécessairement limité, il y a une sorte de nécessité mécanique à étendre l'*actione teneri* des actions de bonne foi. Dans la mesure où les situations visées étaient difficilement répréhensibles, parce que les moyens étaient difficiles à obtenir du préteur (action de dol, actions décrétales, *restitutiones*), il paraissait opportun d'étendre le champ d'application des actions civiles « *quae ipso iure competunt* »: on pouvait chercher à étendre bien sûr l'*actione teneri* de la *condictio*, et c'est d'ailleurs ce qu'on fit, car, abstraite, ne disant pas sans cause, elle était finalement fort malléable. Mais elle était fort hasardeuse, n'offrait pas les avantages d'une procédure souple, et faisait souvent courir le risque de la *pluris petitio*: n'était-il pas plus naturel d'étendre encore plus le champ d'application d'actions à *intentio incerta* qui posaient le principe d'un *liberum officium iudicis*, et qui donnaient dans leur formulation même une prise pour saisir la fraude? N'était-il pas plus simple de se rattacher à ce standard de jugement? La justification semblait d'autant plus facile à trouver qu'elle était inscrite dans la formule, « *ex fide bona* »; il ne restait qu'à interpréter constructivement la connexité au *negotium (ob eam rem)*. C'est donc aussi par pragmatisme et par opportunisme sans doute que les juristes ont donné une portée toujours plus forte à l'*actione teneri* des actions de bonne foi.

2° Notre hypothèse serait encore que, puisqu'elle avaient initialement une coloration euphémique, il convenait de les interpréter le plus largement possible afin de rendre possible leur substitution à des voies de droits qui seraient par nature plus offensantes par leur formulation. Si, entre des parties liées par une *societas uitae*, le préteur peut éviter d'avoir à statuer sur la délivrance d'une *actio doli*, d'une *actio de ui aut metus*, ou même d'une *actio furti*, il ne pourra que s'en féliciter: proposer une action de bonne foi, ses formulations neutres qui ne visent aucun fait blâmable, est toujours à préférer. Les actions de bonne foi sont les modes de règlement des contentieux les plus diplomatiques qui soient dans l'album. La possibilité qu'a le juge d'absoudre en cas de *satisfactio inter moras litis* les rend même préférables aux *condictiones* de droit strict, où règne encore au début de l'époque classique le principe que « *post litem contestatam reum condemnari oportere* ». Ce sont les actions qui, quoiqu'infamantes pour beaucoup d'entre elles, offrent la possibilité la plus élargie d'une issue autre que la condamnation.

Le rôle de la clause *ex fide bona* est donc fort complexe dans cette extension de l'*actioe teneri*, et c'est encore ce que montre la sanction des conventions atypiques.

2.1.1.2. « bona fides exigit, ut quod conuenit fiat » (Javolenus): la sanction audacieuse des conventions atypiques adjointes aux contrats (Sous-section 1)

Faisons ce syllogisme: dans les *iudicia bonae fidei*, « *omnia quae contra bonam fidem fiunt ueniunt in iudicium* », or, « *bona fides exigit, ut quod conuenit fiat* ». Dès lors, parce que la bonne foi exige de respecter ce qui a été convenu, le manquement à toutes sortes de conventions adjointes au contrat peut être sanctionné par l'action qui protège naturellement ce contrat.

Le juriste de Tyr en 2.14.7.5. rappelle ce principe sur l'intégration à l'action des pactes et conventions adjoints *in continenti*.

Quin immo [pactum] interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conuenta inesse bonae fidei iudiciis.(...)ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est quae in ingressu contractus facta sunt.

Le pacte « *format actionem* »: il modèle l'action, ce qui revient ici à dire qu'il définit l'*actione teneri*. « *Pacta conuenta inesse bonae fidei iudiciis* »: Et c'est manifestement le caractère de *bonae fidei iudicium* qui impose cette intégration. Une justification implicite de cette intégration des pactes, d'ordre plus substantiel, se trouve dans l'expression finale d'Ulpien en 2.14.7.5: *ea pacta insunt, quae legem contractui dant*. Les pactes adjoints au moment de la formation du *contractus* et qui donnent leur loi au contrat seront nécessairement pris en compte pour mesurer la bonne foi dans l'exécution. Cette phrase appelle deux remarques:

-Il n'y a rien de proprement étonnant à cela: un contrat suppose des modalités, la circonscription d'un objet. Malgré la typicité contractuelle propre au droit romain, chaque contrat effectif est différent et offre sa marge de liberté: que dans un contrat de vente d'un fonds, on convienne de ce que le vendeur devra opérer une mancipation, n'a rien de proprement miraculeux; que dans un contrat de dépôt, on puisse prévoir que la remise se fera à tel ou tel lieu, non plus. L'« inhérence » de ce genre de pacte ne doit rien, véritablement, à la clause *ex fide bona*: au mieux, elle doit plutôt au fait que ces contrats n'obéissent à aucune condition de solennité (et au fait que l'*intentio* soit *incerta*); en effet, si les conventions nues ne peuvent s'adjoindre à la stipulation

pour former l'action, c'est avant tout parce que la stipulation, à la différence des contrats protégés par une action de bonne foi, est un contrat *uerbis*, et que seul est pris en compte ce qui correspond aux formes de la stipulation. Mais les juristes seraient parvenus à sanctionner ce type de clause sans l'appui de la clause *ex fide bona*. La difficulté ne réside pas en ce qu'un contrat non solennel précise les modalités de son exécution, mais lorsque la convention adjointe à ce contrat semble véritablement étrangère aux prestations typiques du contrat, ou lorsqu'elle va contre son essence même. Dans quelle mesure la clause *ex fide bona* permet-elle de considérer que ces conventions donnent leur loi au contrat?

-La seule véritable difficulté réside dans la définition très générale que donne Ulpien des « *pacta quae legem contractui dant* »: ce sont ceux « *quae in ingressu contractus fiunt* »: ceux qui sont faits au moment de l'entrée dans le rapport contractuel. Cela voudrait-il dire qu'une convention adjointe, pour peu qu'elle soit faite au moment de la formation du contrat protégé par un *iudicium bonae fidei*, est une convention qui donne sa loi au contrat, ce qui lui permettra d'être sanctionnée par l'action naissant du contrat? Cela supposerait-il que la *fides bona* permet de sanctionner n'importe quelle convention adjointe au contrat? Ainsi, la seule véritable question est de savoir si et dans quelle mesure la nature de *iudicium bonae fidei* et la clause *ex fide bona* ont des conséquences sur l'infléchissement de la typicité contractuelle¹⁴³², et la typicité de l'*actione teneri*. Il nous semble là encore que la clause a servi d'appui à des constructions jurisprudentielles affinées, en constante évolution, et parfois divergentes.

La possibilité de sanctionner des conventions atypiques adjointes aux contrats semble bien avoir partie liée à la clause *ex fide bona* (I), mais cette possibilité, souvent controversée, est liée à une stratégie argumentative qui ne repose qu'indirectement sur la clause (II).

¹⁴³² Deux types de difficultés peuvent se présenter face à une clause atypique qui va contre la *natura* du contrat. Soit la clause n'est pas intégrable au contrat, mais les éléments constitutifs du contrat sont présents: une action naît du contrat, mais ne pourra sanctionner le pacte adjoint *in continenti*. L'autre situation est celle où la convention adjointe dénature tellement le contrat dans son économie qu'il y manque un élément capital pour qu'il soit constitué: alors il n'y a pas d'action qui naisse de ce contrat. En termes modernes et anachroniques, on pourrait dire que dans le premier cas, la sanction de la nullité sera que la clause est réputée nulle, sans vicier le contrat dans son ensemble, dans le second cas, la sanction de cette nullité est la nullité du contrat dans son ensemble. Le cas auquel nous nous attachons à présent est essentiellement (mais non uniquement) le premier, le second étant plus particulièrement réservé à l'étude de la genèse de l'*actio praescriptis uerbis*.

2.1.1.2.1. *La sanction des conventions atypiques liée à la clause ex fide bona (I)*

La sanction des conventions atypiques semble bien liée à la clause *ex fide bona*: comme le montre une lettre de Javolenus(A) mais cette sanction, bien établie dans les *iudicia bonae fidei*, est souvent envisagée sans référence à la clause *ex fide bona* (B).

2.1.1.2.1.1. *Dig. 19.2.21 (Iavol. 11 epist.): la référence à la bona fides dans l'intégration des pactes adjoints à l'action (A)*

Javolénus se voit poser une question sur le sens et la fonction d'une clause dans un contrat de vente qui prévoyait que, tant que l'acheteur n'aurait pas versé l'intégralité du prix, il devrait verser un loyer au vendeur pour jouir de la chose. Ce texte d'interprétation difficile nous paraît, malgré les nombreuses divergences en doctrine sur son sens, traiter d'un problème lié aux conventions adjointes. Un premier problème est le sens de la question posée au maître de Julien, laquelle semblait être assez mal formulée: *an soluta pecunia merces accepta fieri debeat*¹⁴³³? Une fois le prix à la vente payé, l'obligation de payer un loyer doit-elle être éteinte par *acceptilatio*?

En l'espèce l'*emptor* n'avait sans doute pas payé le loyer de l'année en cours, mais venait de verser, la somme égale au prix et on demandait si, après paiement du prix, la dette en vertu d'un loyer prévu par cette clause subsistait, et au cas où elle subsistait, si elle devait être éteinte; Javolénus répond que la *bona fides* « *exigit ut quod conuenit fiat* »: il considère que la *bona fides* implique que soit fait ce qui a été convenu.

Pour comprendre l'intérêt d'une pareille phrase dans la réponse de Javolenus, il convient de se demander à quelle action songe ce dernier, à l'*actio uenditi*, à l'*actio empti*, à l'*actio locati*, ou à l'*actio conducti* (1°), avant de voir qu'il justifie par la *bona fides* la sanction par voie d'action des pactes adjoints atypiques (2°).

¹⁴³³ La question, comme le relève M.TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, p.128, se trouve curieusement posée, puisque le correspondant de Javolénus demande s'il faut faire l'*acceptilatio* de ce loyer: or, comme on le sait d'après Gaius, III,169-170, l'*acceptilatio* est un mode d'extinction des obligations réservé aux contrats *uerbis*: tout au plus peut-on imaginer le stratagème décrit par Gaius qui consiste à déduire une obligation née d'un contrat consensuel dans une stipulation, pour ensuite l'éteindre par *acceptilatio*.

1° Certains considèrent cette phrase comme une lapalissade inutile¹⁴³⁴ : il est vrai qu'elle paraît d'une trivialité déconcertante. La trivialité apparaît d'autant plus forte si l'on songe à l'*actio locati* : la *fides bona* exigerait qu'on paie la *merx* dans une *locatio conductio* ! A dire vrai, l'obligation de payer la *merx* n'a nul besoin de se réclamer de la bonne foi dans l'*actio locati* ; cette obligation existerait même si ce contrat était « de droit strict », et la *bona fides* serait une justification surabondante.

Il nous paraît fort probable qu'il traite de l'*actio uenditi* ou bien de l'*actio empti*. Le livre 11 des *Epistulae* semble traiter des deux, en plus de différentes autres matières, et Lenel considère qu'il n'y a pas d'ordre précis dans cette oeuvre. Le titre 19.2 est certes réservé à l'*actio locati* et *conducti*, mais l'emplacement dans le Digeste est très loin d'être une preuve fiable. De surcroît, l'extrait, qui appartient à la masse édictale, a été inséré incidemment dans les extraits de la masse sabinienne, au milieu d'un raisonnement de Paul¹⁴³⁵ sur ces contrats de *locatio-conductio* assez particuliers, où, selon Paul, le *locator* ne s'oblige pas, tandis que le *conductor* s'oblige : sa place en 19.2. est donc de toute manière assez curieuse. Et de fait, le texte finit par « *non amplius praestat is uenditori* » : les parties sont toujours qualifiées par rapport au contrat de vente, qui semble être, au demeurant, une *emptio pura*, et non une *emptio sub condicione*, selon Javolenus¹⁴³⁶.

Enfin, Javolénus semble particulièrement enclin à donner une extension très large au champ des actions des contrats nommés pour y faire entrer des contrats avec des clauses très atypiques. Ainsi en Dig. 18.1.79, concernant là encore l'*actio uenditi*, il emploie aussi l'expression « *ut id quod conuenerit fiat* » pour désigner la convention atypique ressemblant à une *locatio-conductio*, adjointe à la vente et susceptible d'être sanctionnée selon lui par l'*actio uenditi*.

¹⁴³⁴ M.TALAMANCA, *loc.cit.*, p.128.

¹⁴³⁵ Dig. 19.2.20.2 Paulus 34 ad ed. *Interdum locator non obligatur, conductor obligatur, veluti cum emptor fundum conducit, donec pretium ei solvat.* (Dig. 19.2.21 Javolenus 11 epist. *Cum venderem fundum, convenit, ut, donec pecunia omnis persolveretur, certa mercede emptor fundum conductum haberet: an soluta pecunia merces accepta fieri debeat? respondit: bona fides exigit, ut quod convenit fiat: sed non amplius praestat is venditori, quam pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non esset.*) Dig. 19.2.22pr. Paulus 34 ad ed. *Item si pretio non soluto inempta res facta sit, tunc ex locato erit actio.* Il nous paraît vraisemblable qu'a contrario, si le prix a été versé, et vu que l'*emptio* était *pura*, il n'y a pas d'*actio locati* en ce cas, et le *uenditor* n'a que l'*actio uenditi*.

¹⁴³⁶ Javolenus considérerait bien une pareille *emptio uenditio* comme une *emptio pura*, à lire 18.6.17: l'*emptor-conductor* d'un esclave ne peut, certes, *acquirere per seruum* parce que ce pacte de location implique que le vendeur a voulu reporter tous les effets de la tradition; toutefois cela n'est pas un argument suffisant pour en inférer une *emptio condicionalis*; en revanche, le *periculum* dans ce genre de situation a été transféré à l'*emptor-conductor*, aux dires de Javolénus, ce qui milite indéniablement en faveur d'une *emptio pura*, et s'opposerait à la discipline générale de l'*emptio sub condicione*.

2° Il est à supposer alors que le problème qui se pose est plutôt la possibilité de réclamer l'exécution de ce pacte imposant un versement de loyer, par l'*actio uenditi*¹⁴³⁷, ou bien si le juge à l'*actio empti* doit imposer au vendeur de faire l'*acceptilatio* du loyer¹⁴³⁸, en cas de versement du prix de la vente. Dès lors, la phrase prend tout son sens: les actions qui naissent de la vente, grâce à la clause *ex fide bona* (*bona fides exigit ut quod conuenit fiat*), sanctionneront-t-elles aussi ce pacte adjoint, qui pourtant est en apparence très loin des *naturalia* du contrat de vente? La référence à la *bona fides* est en réalité une référence à la propriété caractéristique des *iudicia bonae fidei* d'intégrer au programme judiciaire l'examen des pactes adjoints *in continenti* pour définir ce à quoi peut être condamné le défendeur.

La réponse de Javolénus n'a rien d'évident, et représente dans une certaine mesure un coup de force, pour sanctionner une convention certes étrangère au contrat de vente, mais non assez pour qu'il y voie une dénaturaison de la typicité de la vente. En effet, l'interprétation du contrat pouvait donner lieu à controverses, notamment si, comme dans le cas intéressant Paul, il y avait une *lex commissoria*, car l'*emptor* pouvait chercher à considérer qu'il ne s'agissait que d'une *locatio-conductio condicionalis*, qui servait à indemniser le vendeur seulement dans le cas où il ne verserait pas le *pretium* et où la vente serait résolue¹⁴³⁹; il pouvait encore considérer, en se réfugiant derrière l'*id quod dictum*, qu'une *actio uenditi* ne saurait protéger un paiement de loyers. Mais Javolénus propose une autre interprétation. L'*id quod conuenit* renvoie à l'*id quod actum*, par opposition à l'*id quod dictum*; il convient donc de s'attacher à la portée de la clause dans l'économie du contrat de vente, peu importe que les parties aient qualifié cette prestation de *merces*: elle sert à indemniser le vendeur pour le temps où

¹⁴³⁷ Dès lors, la première question, semblant mal formulée avait peut-être un sens dans un iudicium bonae fidei: l'acheteur avait intenté une action pour réclamer le prix de la vente passé un certain délai; l'*emptor* était prêt à le payer *inter moras litis*, mais la question se posait de savoir s'il pouvait en contrepartie réclamer que la *merces* soit éteinte par *deductio in stipulatum* puis *acceptilatio*. Comme nous le verrons, le juge peut contraindre les parties, à interposer des *stipulationes*.

¹⁴³⁸ En quel cas il faut supposer que ce pacte a été déjà été versé dans le moule de la stipulation. Ou bien, pour éteindre un pacte, il était prudent, pour l'éteindre définitivement, de l'éteindre par *acceptilatio* après *deductio in stipulationem*, puisqu'un *prius pactum* peut renaître à partir d'un autre pacte.

¹⁴³⁹ Il risquait ainsi d'être interprété comme dans un schéma *emptio condicionalis/locatio condicionalis*, dont la nature ne serait connue qu'à la réalisation d'un terme: l'*emptor* cherchait sans doute à considérer l'obligation de payer le prix et l'obligation de payer le loyer comme deux obligations conditionnelles alternatives: le cas serait alors à rapprocher, *mutatis mutandis*, de celui qui intervient en cas de *pactum displicentiae* rendant la vente suspensive, analysé par Mela pour un problème fort différent: Dig. 19.5.20.1 Ulpianus 32 ad ed. *Item apud melam quaeritur, si mulas tibi dedero ut experiaris et, si placuissent, emeris, si displicuissent, ut in dies singulos aliquid praestares, deinde mulae a grassatoribus fuerint ablatae intra dies experimenti, quid esset praestandum, utrum pretium et merces an merces tantum. et ait mela interesse, utrum emptio iam erat contracta an futura, ut, si facta, pretium petatur, si futura, merces petatur: sed non exprimit de actionibus. puto autem, si quidem perfecta fuit emptio, competere ex vendito actionem, si vero nondum perfecta esset, actionem talem qualem adversus desultorem dari. Même si le texte a été considérablement remanié, sans doute pour des raisons de raccourcissement et de passage au style indirect, son fonds nous paraît classique; d'ailleurs, assez étrangement, une telle location serait sanctionnée selon Ulpien par l'*actio praescriptis uerbis*.*

il n'a pas été payé alors que l'acheteur avait commencé à jouir de la chose, et non uniquement pour le cas où la vente serait résolue: c'était un moyen, pour le vendeur, de contraindre le débiteur à mettre de la diligence dans son paiement, en contrepartie de la faveur qu'il lui accordait, à savoir la possibilité de ne pas payer au comptant: ce n'était pas plus choquant que des *usurae* définies conventionnellement. L'*actio uenditi* servirait donc aussi à sanctionner cette convention.

Après avoir justifié, au nom de la *fides bona*, l'intégration du pacte au contrat, le maître de Julien, dans la seconde partie de sa réponse, traite de la sanction effective que recevra ce pacte. C'est toujours en fonction de la convention dans l'économie du contrat que le juge pourra modérer ces « loyers ». Donc si l'acheteur a versé le prix de la vente au bout de 6 mois, il ne devra que la moitié du loyer annuel fixé qui sera divisé, *officio iudicis*, en deux¹⁴⁴⁰: le juge calculera la somme au prorata de la période où l'intégralité du prix n'avait pas été versée¹⁴⁴¹. Cette interprétation, *a contrario*, devait être précisée: s'il y avait, comme dans le cas intéressant Paul, une *lex commissoria* fixant un délai d'un an, le *uenditor* ne devait pas, lui non plus, chercher à se prévaloir de ce délai pour récupérer le montant des loyers pour tout le délai prévu par la *lex commissoria*, si l'*emptor* avait versé l'intégralité de la somme au bout de 6 mois.

On le comprend bien: « *bona fides exigit ut quod conuenit fiat* » semble être la *ratio decidendi* de l'intégration de ce pacte à l'*actio uenditi*. La *bona fides*, dans le contrat de vente, sera appréciée en fonction de tout ce qui a donné sa loi au contrat, peu importe sa formulation: elle implique une exécution scrupuleuse de tout ce qui a été convenu au contrat de vente, indépendamment des termes employés, et la convention donnait sa loi au contrat de vente, si on l'interprète selon l'*id quod actum*. La réponse est brève, et il est couramment admis qu'elle a été raccourcie. En tous les cas, il ne nous semble pas que la *fides bona* serve à Javolénus comme « fondement juridique »

¹⁴⁴⁰ Il n'y a pas à être étonné de ce pouvoir de modérer les loyers *pro ratione temporis*, qui est aussi une conséquence de la clause *ex fide bona*, mais surtout une suite du *quidquid de l'intentio*.

¹⁴⁴¹ Cette interprétation est en fait très importante: en effet, le *uenditor* ne doit pas se prévaloir de ce que, les loyers n'ayant pas été payés, par exemple pendant six mois, le versement du prix au bout de ces six mois ne serait pas intégral motif pris de ce que ce versement viendrait d'abord éponger la dette locative: il ne devra que les loyers pour ces six mois, et il ne continueront pas de courir. En effet, une fois le paiement du prix effectué, le *uenditor* ne doit pas croire qu'il resterait un contrat de locatio-conductio qui obligerait l'*emptor* à payer des « loyers »: considéré sous l'angle de l'*actio locati*, le pacte était devenu un pacte nu. Mais un problème plus grave pourrait se poser au juge, dans un pareil contrat où ont lieu deux flux de paiement: que devait-il entendre par paiement intégral du prix? En effet, supposons que l'*emptor* a versé un loyer, puis a payé une somme égale non pas au prix de la vente, mais au prix de la vente moins un loyer? Le cours des loyers était arrêté, si l'on considérait que cette somme s'était imputée sur le paiement du *pretium*; en revanche, le cours des « loyers » continuait à courir, si l'on considérait que l'intégralité du prix n'avait pas été versée. Dans l'état où se présente le texte, on ne peut savoir ce que Javolénus aurait répondu.

du pacte: elle invite plutôt à une certaine interprétation réaliste du pacte: elle l'enjoint à scruter sa portée réelle (*l'id quod conuenit*) pour voir s'il contrevient véritablement aux *naturalia* de *l'actio uenditi*. Et cette solution fut généralement admise à titre de principe par tous les prudents de l'époque classique, au point qu'il n'y avait pas spécialement de raison de faire référence à la *fides bona*.

2.1.1.2.1.2. La sanction des pactes adjoints sans référence à la *fides bona* (B)

Nous ne montrerons que quelques exemples d'intégrations audacieuses de pactes adjoints, sans que la *fides bona* en soit explicitement la *ratio decidendi*.

D'après Ulpien¹⁴⁴², Labéon¹⁴⁴³ semble avoir lui aussi admis que certaines conventions atypiques soient intégrées à l'action. Un contrat de vente prévoyait que, si l'*emptor* ou son héritier revendaient le bien, le *venditor* devrait toucher la moitié de la plus-value réalisée par cette revente. Labéon a répondu que dans ce cas, l'*actio uenditi* permettrait de récupérer la moitié de la plus-value. La réponse est intéressante et a d'autant plus de poids que Labéon, contrairement aux Sabinieniens, a une conception plus stricte de la typicité contractuelle en droit romain, et force est de constater qu'il est lui aussi prêt à admettre des conventions atypiques pour « *formare actionem* ». Remarquons toutefois qu'il ne se réclame pas d'un principe; aussi est-il difficile de dire jusqu'à quel point la *ratio decidendi* est fondée sur la *bona fides*. A notre avis, l'*actio uenditi* suffira pour sanctionner ce pacte, parce que le pacte ne fait jamais qu'aménager d'une façon particulière le *pretium* dans la vente: une part déterminée et certaine, avec de surcroît une part incertaine mais déterminable selon des règles certaines, et qui de surcroît correspond à une *pecunia*.

De la même manière, Pomponius rappelle en commentant Sabinus¹⁴⁴⁴ que si je vends un terrain à un certain prix, et qu'un pacte adjoint prévoie que la moitié de l'immeuble construit par l'acheteur me sera retransmis, l'*actio uenditi* pourra servir à contraindre

¹⁴⁴² Dig. 19.1.13.24 Ulpianus 32 ad ed. *Si inter emptorem praediorum et venditorem convenisset, ut, si ea praedia emptor heresve eius pluris vendidisset, eius partem dimidiam venditori praestaret et heres emptoris pluris ea praedia vendidisset, venditorem ex vendito agendo partem eius, quo pluris vendidisset, consecuturum.*

¹⁴⁴³ C'est ce qui ressort du §22: (« *labeo ait* »), les trois paragraphes qui suivent étant des propositions infinitives.

¹⁴⁴⁴ Dig. 19.1.6.2 Pomponius 9 ad sab. *Sed si aream tibi vendidi certo pretio et tradidi, ita ut insula aedificata partem dimidiam mihi retradas, verum est et ut aedifices agere me posse ex vendito et ut aedificatam mihi retradas: quamdiu enim aliquid ex re vendita apud te superesset, ex vendito me habere actionem constat.*

l'acheteur aussi bien à construire cette maison qu'à m'en restituer la moitié. Il est difficile de dire, là encore, si et dans quelle mesure l'*actio teneri* est déterminé par la *bona fides*: il existe un contrat de vente (*merx et certum pretium*) mais cette intégration semble d'autant plus audacieuse que les prestations prévus par le pacte ne sont pas directement assimilables à une *pars pretii*: l'une consiste en un *facere*, l'autre en un *retradere*. C'est une conception très audacieuse du *pretium* qu'exprime Pomponius: elle est toutefois liée à un compromis entre la position conservatrice qui refuse de qualifier de *pretium* une prestation *in faciendo* ou un paiement qui est fait autrement que sous la forme de *pecunia*, et la position sabinienne qui considère qu'un *pretium* n'est pas nécessairement déterminé sous forme de *pecunia*, au point que Sabinus considérait la *permutatio* comme une *emptio uenditio*¹⁴⁴⁵. Il faut simplement qu'une part de la prestation du vendeur soit un *pretium*.

Paul, plus tard, n'a aucune difficulté à admettre des conventions atypiques¹⁴⁴⁶. Dans le second cas qu'il traite, il s'agit d'une sorte de clause créant au profit du vendeur un droit de préemption, sans doute définie à un certain prix, ou du moins réputée définie au même prix ou déterminable indépendamment de la volonté des parties; dans le premier cas, l'acheteur devra, en plus de payer le prix, louer la chose au vendeur à un certain loyer déterminé. Là encore, il semble admettre sans difficulté¹⁴⁴⁷ l'intégration d'un pareil pacte à l'*actio uenditi*, mais sans référence à la *fides bona*; au contraire, il semble même faire référence à la typicité du contrat de vente lui-même, dans un de ses éléments essentiels, à savoir le *pretium*. Aussi est-ce davantage un problème d'adéquation entre le pacte et la notion d'*emptio uenditio*.

L'intégration du pacte adjoint relève donc davantage d'un combat cher aux Sabinien, qui est l'extension de la notion de *pretium*. La *fides bona* (nullement convoquée, d'ailleurs, dans cet extrait) impose certes de respecter la « parole donnée », mais c'est une conception très extensive de la notion de *pretium* qui permet de sanctionner effectivement cette exigence de respect des pactes. Dans le cas considéré, le *pretium* peut même représenter, non pas une valeur positive dans le

¹⁴⁴⁵ Il est d'ailleurs à noter que l'assimilation de la *permutatio* à une *emptio uenditio* chez les Sabinien ne se réclame jamais de la *bona fides* en tant qu'elle *exigit ut quod conuenerit fiat*.

¹⁴⁴⁶ Dig. 19.1.21.4 et 5 Paulus 33 ad ed. *Si tibi fundum vendidero, ut eum conductum certa summa haberem, ex vendito eo nomine mihi actio est, quasi in partem pretii ea res sit. Sed et si ita fundum tibi vendidero, ut nulli alii eum quam mihi venderes, actio eo nomine ex vendito est, si alii vendideris.*

¹⁴⁴⁷ Ces deux solutions sont d'ailleurs reprises par Hermogénien au IV^e siècle, avec une généralisation dont on mesure difficilement la portée: Dig. 18.1.75 Hermogenianus 2 iuris epit. *Qui fundum vendidit, ut eum certa mercede conductum ipse habeat vel, si vendat, non alii, sed sibi distrahat vel simile aliquid paciscatur: ad complendum id, quod pepigerunt, ex vendito agere poterit.*

pretium au sens strict, mais (sans doute) une valeur négative, à savoir une diminution du loyer par rapport à la valeur locative. Le pacte sera donc sanctionné en définitive, non parce que la *fides bona* le réclame, mais parce que son objet est analysé comme une *pars pretii*. Sans doute l'audace de pareilles analyses laissait-elle place, là encore, à des controverses, parce que le rôle de l'*interpretatio bonae fidei* dans l'intégration des pactes adjoints au contenu de l'action est ambivalent.

2.1.1.2.2. *L'ambivalence de l'interpretatio bonae fidei dans la sanction des pactes adjoints (II)*

La notion de bonne foi est loin d'assurer par miracle et automatiquement la sanction de toute convention adjointe. Au cas par cas, bien d'autres paramètres entrent en compte, avec lesquelles l'analyse de la *fides bona* se combine dans un processus complexe, qui offrait lieu à des dissensions autant qu'à des évolutions.

Aussi l'intégration des pactes adjoints au contenu typique de l'obligation protégée par une action de bonne foi reste-t-elle discutée (A), et la bonne foi impose avant tout une interprétation réaliste du contenu du pacte adjoint (B).

2.1.1.2.2.1. *L'intégration discutée des pactes adjoints au contrat (A)*

Cette intégration des pactes adjoints, possible en principe, reste dans les faits discutée. Nous ne le montrerons qu'à travers deux exemples célèbres, concernant l'*actio uenditi*: la position de Labéon et de Trébatius critiquée par Javolénus en 18.1.79 (1°), et la difficulté première que rencontrèrent les prudents à sanctionner les pactes commissaires (2°).

Javolénus montre dans un texte célèbre¹⁴⁴⁸ une forte dissension avec Labéon et Trébatius sur un cas peut-être rare mais qui devait se rencontrer¹⁴⁴⁹: le vendeur avait

¹⁴⁴⁸ Voir l'analyse qu'en fait notamment R.SANTORO, *Contratto nel pensiero di Labeone*, cit., p.142 ss.

¹⁴⁴⁹ Dig. 18.1.79 Iavolenus 5 ex post. Lab. *Fundi partem dimidiam ea lege vendidisti, ut emptor alteram partem, quam retinebas, annis decem certa pecunia in annos singulos conductam habeat. labeo et trebatius negant posse ex vendito agi, ut*

vendu la moitié d'un fonds avec une « *lex* », c'est-à-dire une convention, selon laquelle l'acheteur serait obligé de prendre à ferme pendant 10 ans l'autre moitié non vendue.

Labéon et Trébatius considèrent que l'*actio uenditi* ne saurait sanctionner une pareille convention. Notons qu'ils ne disent pas qu'il n'y a pas eu vente, et qu'il ne saurait y avoir d'*actio uenditi* dans l'absolu: on peut déduire, d'ailleurs, de la réponse de Javolenus, qu'un prix certain a sans doute été prévu dans le cas considéré¹⁴⁵⁰. Ils ne disent même pas que le pacte est un pacte nu, et sans doute seraient-ils prêts à le sanctionner par l'*actio locati*. Simplement, cette clause n'a rien à faire selon eux dans un contrat de vente et ne saurait être rattachée à un de ses éléments essentiels ou naturels, en conséquence de quoi ce pacte ne saurait trouver sa sanction dans l'*actio uenditi*¹⁴⁵¹. Significativement, Javolénus reprend ici l'expression « *ut id quod conuenerit fiat* » comme en 19.2.21 (*bona fides exigit ut id quod conuenit fiat*). Il semblerait que pour eux, le principe, somme toute trivial, que « *bona fides exigit ut id quod conuenerit fiat* », ne saurait infléchir la typicité de la vente. Cela n'implique d'ailleurs pas qu'ils ne reconnaissent pas ce principe: ils ont eux aussi scruté l'*id quod conuenit*, l'*id quod actum*, à notre avis, mais pour eux, le résultat est sans appel et l'*id quod conuenit* contrevient manifestement dans ce cas à la *natura* du contrat de vente.

C'est dire deux choses: la *fides bona* n'est certainement pas le fondement de l'action. L'existence de l'action (ou des actions) ne doit rien à la *fides bona*. Sans doute la notion implique-t-elle pour le juge d'examiner tout ce qui a donné sa loi au contrat, et Labéon ainsi que Trébatius l'ont sans doute fait, il ont cherché l'*id quod conuenit*, mais ce n'est pas la présence de la clause *ex fide bona* qui détermine aveuglément la possibilité de sanctionner le pacte: au contraire, ce pacte, même scruté *ex fide bona*, ne saurait donner sa loi au contrat ni définir le contenu d'un *oportere ex uendito*. D'autre part, la convention adjointe est invalidée ou validée uniquement sur un fondement: la notion de *pretium*, constitutive de la vente. Une telle convention ne saurait se rattacher au *pretium* selon eux, qui est l'objet typique de l'*actio uenditi*. Elle

id quod conuenerit fiat. ego contra puto, si modo ideo uilius fundum uendidisti, ut haec tibi conductio praestaretur: nam hoc ipsum pretium fundi uideretur, quod eo pacto uenditus fuerat: eoque iure utimur.

¹⁴⁵⁰ Contra R.SANTORO, *loc.cit.*, p.144.

¹⁴⁵¹ Cela a une importance particulière dans un *iudicium bonae fidei*: la question de savoir si la vente et la convention adjointe représentent une même *causa* conditionne largement la possibilité d'une *compensation ex eadem causa*, d'une *exceptio doli* inhérente, de l'invocabilité et de la portée d'un *pactum de non petendo* etc.

n'est pas pour Labéon un aménagement du *pretium*¹⁴⁵², et ce même si elle est mathématiquement évaluée en *pecunia*.

D'ailleurs, Javolénus doit significativement justifier davantage la sanction de ce pacte par l'*actio uenditi*, en montrant que le contenu du pacte peut être assimilé à un *pretium*. C'est donc davantage un travail sur la notion de *pretium*, qu'il conduit à une extension assez large: le fait d'avoir à payer des loyers pendant dix ans pour la partie du fonds non vendu peut être selon lui assimilée à un *pretium* correspondant à une *merx*, le fonds vendu. Mais lui-même se sent obligé d'ajouter une condition pour que son raisonnement soit opérant (*si modo*) : pour que cela apparaisse comme un *pretium*, il faut que le *pretium* au sens strict soit plus bas qu'il ne le serait naturellement (autrement, le pacte pourrait apparaître sans interdépendance avec la vente, ou, pour le dire en termes plus modernes, sans cause dans le contrat de vente), et qu'il soit plus bas justement parce qu'il y aurait des loyers payés. La justification ne doit donc rien, sur le fonds, à la *fides bona*. Celle-ci, au plus, impose de rechercher de manière approfondie et de regarder sur un mode téléologique toute l'économie de la convention, derrière les simples paroles (« *ideo...ut* »: c'est là une représentation téléologique de l'*id quod actum*).

Mais l'on voit, au contraire, que pour Labéon et Trébatius, la *fides bona* ne saurait imposer par elle-même un tel élargissement de l'*actione teneri*. Sans doute la clause *ex fide bona* impose-t-elle au juge de tenir compte de ces pactes, de les interpréter, elle ne fonde pas leur sanction immédiate, pas plus qu'elle n'a permis initialement de sanctionner à tout va les pactes commissaires.

2° La sanction d'un pacte commissaire¹⁴⁵³ n'a rien d'évident. L'objet typique de l'*actio uenditi* étant le paiement du *pretium*, une telle convention qui prévoit la résolution de la vente et qui peut en prévoir souvent les suites naturelles (restitution des fruits, de la chose vendue, dédommagements pour détérioration etc.) est pour ainsi dire contraire à la discipline caractéristique de l'*actio uenditi*. Et il semblerait d'après

¹⁴⁵² Sans doute pour Labéon, à la différence de ce qui était envisagé en 19.1.13.24 où la diminution dans le loyer que paierait le uenditor pour louer la chose qu'il vendait pouvait être assimilée à une pars pretii, dans le cas considéré, Labéon et Trébatius n'arrivaient pas à assimiler à un prix un loyer qui serait payé pour une *res* qui avait justement été exclue de la vente! Ils pouvaient uniquement le tolérer s'il s'agissait de la même *res* que le *venditor* allait *conducere*, parce qu'alors la connexité serait suffisante entre les deux conventions.

¹⁴⁵³ Voir notamment sur le problème du pacte commissaire E.LEVY, p. E. CHEVREAU, *op. cit.*, p.289-290, P. ZILLOTTO, *art. cit.*, p., qui donne une bibliographie complétée sur ce problème épineux que nous ne prétendons aborder que de biais.

Ulpien¹⁴⁵⁴ que cette question a subi des réponses suffisamment divergentes pour que la chancellerie impériale intervienne et reconnaisse que le pacte commissoire devait être sanctionné par l'*actio uenditi*.

Pourtant, la majorité des jurisconsultes a fini par rendre cette sanction possible. Il nous semble que l'histoire de cette sanction montre à quel point la clause *ex fide bona* est loin d'assurer un effet automatique à la sanction des pactes adjoints.

Elle paraît n'avoir d'abord rien eu d'évident lorsque ce pacte était considéré comme une condition suspensive, et non comme une convention adjointe à la vente. Alors, il était impensable de sanctionner cette convention par l'*actio uenditi*, parce que la *demonstratio* était tout simplement inexacte (*quod uendidit*). A ce titre, la clause *ex fide bona* ne saurait en aucune manière pallier les défauts dans ce prérequis: l'*oportere* est « causé » par le *ob eam rem*, et l'acheteur ne pouvait être tenu par le pacte uniquement sur le fondement de la clause *ex fide bona*. Sans doute le préteur délivrait-il alors une action « *uenditi proxima in factum* »¹⁴⁵⁵.

Ce premier problème ne se posa plus lorsque la majorité des prudents admit que la *lex commissoria* représentait une condition résolutoire. Mais même lorsqu'on en vint à la considérer comme une condition résolutoire, il semblerait que le problème ait continué à se poser et que sa sanction par l'*actio uenditi* n'ait encore rien eu d'évident, aux dires du texte d'Ulpien¹⁴⁵⁶, puisqu'il nous rappelle lacunairement que c'est une « *quaestio decisa* » par la chancellerie impériale sous les Sévères¹⁴⁵⁷. Le problème venait du fait que l'*emptio uenditio* était résolue.

De même, Pomponius semble évasivement sous-entendre que le problème a dû se poser, et que pour certains il y avait quelque chose d'étonnant à sanctionner un pareil pacte par l'*actio uenditi*¹⁴⁵⁸. Sans doute n'y voit-il pour sa part aucune objection, mais

¹⁴⁵⁴ Dig. 18.3.4pr. Ulpianus 32 ad ed. *Si fundus lege commissoria venierit, hoc est ut, nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemptus fieret, videamus, quemadmodum venditor agat tam de fundo quam de his, quae ex fundo percepta sint, itemque si deterior fundus effectus sit facto emptoris. Et quidem finita est emptio: sed iam decisa quaestio est ex vendito actionem competere, ut rescriptis imperatoris antonini et divi severi declaratur.*

¹⁴⁵⁵ C'est l'expression encore utilisée par Paul pour l'action qui sanctionnera la clause d'essai dans la vente (*pactum displicentiae*): Dig. 18.5.6 Paulus 2 ad ed. *Si convenit, ut res quae venit, si intra certum tempus displicisset, redderetur, ex empto actio est, ut sabinus putat, aut proxima empti in factum datur.*

¹⁴⁵⁶ Voir *supra* Dig. 18.1.6.1.

¹⁴⁵⁷ Il est étonnant qu'il ne fasse pas preuve de sa légendaire manie des citations et ne nous cite aucun des acteurs de la controverse jurisprudentielle, ce qui a conduit de nombreux romanistes à penser à un raccourcissement du texte par les compilateurs: cf. E.Levy

¹⁴⁵⁸ Dig. 18.1.6.1. Pomponius 9 ad Sab. *Si fundus annua bima trima die ea lege venisset, ut, si in diem statutum pecunia soluta non esset, fundus inemptus foret et ut, si interim emptor fundum coluerit fructusque ex eo perceperit, inempto eo facto restituerentur et ut, quanti minoris postea alii venisset, ut id emptor venditori praestaret: ad diem pecunia non soluta placet venditori ex vendito eo nomine actionem esse. nec conturbari debemus, quod inempto fundo facto dicatur actionem ex vendito futuram esse: in emptis enim et venditis potius id quod actum, quam id quod dictum sit sequendum est, et cum lege id dictum sit, apparet hoc dumtaxat actum esse, ne venditor emptori pecunia ad diem non soluta obligatus esset, non ut omnis obligatio empti et venditi utriusque solveretur.*

il doit le justifier en interprétant le pacte comme une résolution des seules obligations du vendeur et non comme une résolution de toutes les obligations: il doit montrer qu'il restait bien une *obligatio ex uendito*, et donc une action *ex uendito*, et ne peut en aucun cas simplement justifier simplement au nom de la *fides bona* la possibilité d'une *actio uenditi* pour sanctionner le respect du pacte¹⁴⁵⁹.

Plus tôt encore, Neratius nous rapporte le propos d'Ariston à ce sujet¹⁴⁶⁰, position qui apparaît ambiguë. Il semblerait que ce dernier ait considéré la *lex commissoria* comme une clause résolutoire, et non comme une vente conditionnelle. D'abord l'emploi de « *reuenisset* » (qui provient plutôt de *re-ueneo* que de *reuenio*), suggère qu'il y a bien eu vente, puisqu'il présente métaphoriquement la résolution comme une revente: c'était donc une *emptio pura*, et Neratius ne manifeste sur ce point aucune dissension avec Ariston. Mais à quelle action ce dernier songeait-il lorsqu'il disait « *iudicium dandum* », pour la restitution des fruits en cas de résolution? L'emploi, à une époque classique, de l'expression « *iudicium dandum* », par opposition à « *actionem habere* », « *actio competit* », pourrait être un indice montrant qu'il ne s'agit pas d'une *actio ciuilis* prévue dans l'album, ni donc d'une *actio empti* directe. Il pourrait tout à fait s'agir d'une action de dol, « *fidem fallere* » représentant un comportement caractéristique de l'acheteur dolosif. Mais il pouvait tout aussi bien

¹⁴⁵⁹ Voir E. CHEVREAU, *op.cit.*, *ibid.* La façon dont Pomponius justifie l'intégration de ce pacte, à partir de la recherche de l'*id quod actum*, est en réalité étrange: *hoc actum esse ne uenditor emptori...obligatus esset, non ut...* Il ne se soucie pas du tout de nous prouver que la *lex commissoria* fait de la vente une *emptio pura* sous clause résolutoire plutôt qu'une *emptio sub condicione*: cette problématique, qui a dû être affrontée au premier siècle, et qui a été surmontée plus tôt qu'en matière de *pactum displicentiae* et d'*in diem addictio*, semble parfaitement étrangère à la justification de sa solution; d'ailleurs, même lorsqu'il se place du point de vue adverse, il emploie le verbe « *solui* »: il prouve que le problème n'est pas le traditionnel dilemme *emptio pura-emptio sub condicione*, et que, quelle que soit la solution retenue, l'*emptio* était de toute façon bien considérée comme *pura* au moment de la conclusion du contrat de vente, mais qu'elle était assortie d'une condition résolutoire. Il semblerait qu'il interprète le fond essentiel de ce pacte comme susceptible de produire un moyen de défense pour le vendeur à l'*actio uenditi* (*ne uenditor emptori obligatus esset*), une « exception inhérente », et comme non susceptible en revanche de produire un moyen de défense pour l'*emptor*: il s'intéresse d'abord aux moyens de défense que pourrait engendrer un pareil pacte. Cela semble confirmer qu'en principe, Pomponius considère d'abord la valeur de ces « pactes » sous l'angle des moyens de défense, et sans doute de l'inhérence de l'exception de pacte propre aux *iudicia bonae fidei*: le pacte produit, à terme, une exception pour le vendeur à l'*actio empti*, et non pour l'acheteur à l'*actio uenditi*: la valeur première d'une *lex commissoria*, à ses yeux, c'est un moyen de défense pour le vendeur, et non pour l'acheteur, si l'on scrute minutieusement l'*id quod actum*: si l'*emptor* essaie de réclamer la chose ou certaines prestations par une *actio empti* au delà du terme convenu dans la *lex commissoria*, le vendeur bénéficiera *ipso iure* d'un moyen de défense. C'est sur ce raisonnement négatif que le pacte adjoint peut s'incorporer en revanche à l'*actio uenditi*: c'est parce qu'il n'a pas malencontreusement éteint l'*actio uenditi*; positivement, il n'y a rien d'étonnant à ce que les suites prévues dans ce pacte soient alors sanctionnées par l'*actio uenditi*, elle ne contreviennent pas à la nature de la vente, et le pacte donne bien sa loi au contrat. Mais l'on voit qu'en raisonnant ainsi, et de façon en réalité très processuelle à notre avis, Pomponius semble confirmer que l'« *interpretatio bonae fidei ad quam omnia haec rediguntur* » (Neratius) est principalement axée sur les moyens de défense produits par les pactes extinctifs. La prise en compte des pactes adjoints est d'abord une prise en compte de l'inhérence de l'exception de pacte, et la recherche de l'*id quod actum* impliquée par l'*interpretatio bonae fidei* semble en principe davantage orientée sur une appréciation de la *bona fides* du défendeur. Le pacte commissoire donne sa loi au contrat, et, puisqu'il ne peut s'analyser comme un pacte *de non petendo* pour l'acheteur, le vendeur peut le sanctionner très naturellement par l'*actio uenditi*: c'est une clause du contrat, une *conuentio*.

¹⁴⁶⁰ Dig. 18.3.5 *Nerva 5 membr. Lege fundo uendito dicta, ut, si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit, de fructibus, quos interim emptor percepisset, hoc agi intellegendum est, ut emptor interim eos sibi suo quoque*

gloser l'*intentio* de la clause *ex fide bona*, d'où l'emploi d'*oportere*¹⁴⁶¹, et la mention de la *fides*. A tout le moins, si Ariston songeait à l'*actio empti*, l'emploi de « *iudicium dandum* » prouve qu'il avait conscience du caractère singulier et du geste très fort que ferait le prêteur en suivant sa solution et en accordant dans ce cas l'*actio empti*.

Quoi qu'il en soit, il nous semble fort probable que la possibilité de tenir l'acheteur par l'*actio uenditi* pour sanctionner la clause résolutoire n'est pas seulement un problème de *fides bona* mais un problème d'interprétation de la *demonstratio*, et notamment de la fonction du *uendit*, comme le soulignait déjà E. Levy, dont nous proposons d'affiner la solution. Si l'on considère que le *uendit* a une valeur perfective et résultative, on ne peut assurément pas considérer qu'une vente résolue peut être visée, puisque le résultat caractéristique de la vente n'est pas vérifié; si on l'interprète comme un passé simple, alors une vente, qui a certes été résolue, eut bien lieu, et la *demonstratio* est vraie. Par ailleurs si l'on considère que « *uendit* » renvoie à l'acte négotial comme rencontre de volontés, la phrase est vraie; si l'on considère ce *uendit* sous l'angle perfectif du point de vue de son résultat comme un ensemble caractéristique d'obligations, à savoir l'obligation typique à la charge de l'*emptor* du fait d'un *uendere*, alors la *demonstratio* est fausse. Une foi considérée comme vraie, il reste en principe une obligation: c'est pourquoi Pomponius cherche avant tout à montrer qu'il reste une obligation, que la « résolution de la vente » n'est pas une disparition de l'obligation *ex uendito*.

La clause *ex fide bona* ne peut, à nouveau, justifier à elle seule une sanction effective du pacte atypique, parce qu'elle n'y joue qu'un rôle indirect.

2.1.1.2.2.2. Le rôle indirect de la clause *ex fide bona*: une interprétation réaliste du contenu du pacte (B)

La sanction des conventions adjointes *in continenti* au contrat d'où naît une action de bonne foi reste selon nous avant tout un problème d'interprétation de la *demonstratio*

iure perciperet: sed si fundus revenisset, aristo existimabat venditori de his iudicium in emptorem dandum esse, quia nihil penes eum residere oporteret ex re, in qua fidem fefellisset.

¹⁴⁶¹ Pourrait-il s'agir d'une *actio ciuilis in factum*, d'une *actio* « *prescriptis uerbis* »? Il est permis d'en douter, du fait qu'Ariston est sabinien. En revanche, il est possible que l'*actio uenditi* soit rendue avec une *praescriptio pro actore*, « *ea res agatur...* », comme celle énoncée par Gaius en IV,129.

(1°), et le rôle de la clause *ex fide bona* n'est qu'indirect, en ce qu'il enjoint une recherche de l'*id quod actum* (2°).

1° La présence de la clause *ex fide bona* n'a pas pour fonction primordiale de subvertir la typicité de l'action au nom de la bonne foi. Que certains Sabinien aient choisi cette voie comme une voie de droit commun est une chose, et c'est vrai: aller chercher des moyens périlleux ou difficiles à obtenir (action décrétable, action de dol? action *praescriptis uerbis*? *condictio certi*? *incerti*?) pouvait leur paraître une peine inutile s'ils pouvaient rattacher ces conventions à un contrat nommé. Mais que la clause ait pour fonction de dénaturer l'action-même dans laquelle elle s'insère est autre chose, et totalement improbable. Ce qui a conduit à permettre une intégration aussi osée des conventions atypiques à l'action, c'est avant tout l'infléchissement de la conception rigide qu'on pouvait avoir de la typicité des contrats, et une certaine largeur de vue concernant leurs éléments constitutifs.

La vraie question qui se pose au regard des pactes adjoints est de ce fait avant tout un problème d'interprétation de la *demonstratio* et de ses relais anaphoriques « *qua de re agitur* » et « *ob eam rem* »; la convention a-t-elle une connexité suffisante avec le type contractuel visé dans la *demonstratio*? la convention, par ailleurs, est-elle contraire à l'un des éléments constitutifs du type? une *locatio conductio* prévue dans un contrat de vente fait-elle vraiment partie des obligations *ex uendito*? Une vente est-elle vraiment une vente si elle prévoit pour une des parties le droit de la résoudre? Une société est-elle une société si elle prévoit des parts inégales? Un mandat est-il un mandat s'il conduit, et ce de façon même minimale, à enrichir un mandataire?¹⁴⁶²

Ce qui justifie la sanction du pacte, c'est de le considérer comme donnant sa loi au contrat sans dénaturer le type: ainsi Javolénus doit justifier qu'une clause atypique représente en partie l'équivalent d'un *pretium*, et que donc il peut rentrer dans ce que l'on réclame par l'*actio uenditi*. S'il considère que certains pactes sont valables et représentent l'équivalent d'un *pretium*, c'est tout autant parce qu'il a une certaine

¹⁴⁶² On pourrait remarquer, qu'incidemment, non seulement la jurisprudence, mais le préteur a pu jouer un rôle dans la délimitation de l'*actioe teneri* eu égard aux conventions adjointes: en effet, comme nous le dit Gaius en IV.130, pour éviter d'éteindre le *ius persequendi* dans son ensemble par la *deductio in iudicium*, lorsque le demandeur voulait réclamer en justice uniquement l'une des prestations prévues au contrat, en se laissant le droit d'agir par la suite pour les autres, il pouvait réclamer du préteur une « *praescriptio pro actore* », dont Gaius nous donne des exemples (*ea res agatur de fundo mancipando*)! « *de uacua possessione tradenda* », etc.). Voir à ce propos L. Pellicchi, *Prescriptio*, p. Lorsque le demandeur prétendait exercer son action uniquement pour réclamer la prestation prévue dans une convention adjointe, le préteur pouvait alors examiner incidemment, pour savoir s'il allait insérer ou non une pareille *praescriptio*, si la convention atypique pouvait donner sa loi au contrat. Dès lors il devait bien, en filigrane, définir ce qui entrait ou non dans l'action.

façon d'interpréter la *demonstratio* et les éléments essentiels pour qu'elle soit vraie; notamment le sens de « *uendit* ». C'est peut-être parce qu'il interprète plus souplesment le « *ob eam rem* » qui la relaie dans l'*intentio*. Au même titre, si un pacte commissaire, ou une *in diem addictio* sont sanctionnables par l'*actio uenditi* et représentent des clauses résolutoires et non des conditions, c'est un travail d'interprétation de la notion de vente: on a admis, ingénieusement, qu'un contrat puisse définir les modalités de l'anéantissement du *negotium* sans anéantir l'ensemble des obligations; la phrase « *quod uendit* » restait vraie, le « *ob eam rem* » anaphorique de l'*intentio* avait donc un référent, même si le contrat de vente avait été anéanti.

De même, la validité des pactes prévoyant une répartition différente des pertes et des gains dans un contrat de société est appréciée au regard de la *natura societatis*: les débats entre Mucius et Servius sur les pactes de répartition différente des pertes et des gains témoignent du point auquel un tel principe « *bona fides exigit ut id quod conuenit fiat* » ne saurait être la *ratio decidendi* choisie par Servius: choisir l'*id quod conuenit* plutôt que la *natura* du *contractus* serait dans ce cas hors de propos, puisque très précisément, les pactes qui repartissaient d'une manière différente les pertes et les gains, étaient jugés par Quintus Mucius « *contra naturam societatis* »¹⁴⁶³; le problème est donc un travail sur la notion de *pars societatis*. D'ailleurs, nombreux sont ceux qui cherchent à justifier la différence entre les parts en montrant que le travail d'un des associés est l'équivalent d'une « part », pour sauver le principe égalitaire qui procède de la *natura societatis*: « *pretium operae partis uelamentum* » selon la belle expression de Celse¹⁴⁶⁴. La démarche et le raisonnement sont les mêmes que ceux qui cherchent à montrer qu'une prestation *in faciendo* peut constituer un élément du *pretium* dans l'action de vente. Ici, on cherche à montrer que le pacte ne déséquilibre pas l'égalitarisme de principe imposé par la notion de *societas* concernant les parts¹⁴⁶⁵. Il n'est point question de respect de la parole donnée, mais bien d'une analyse constructive de la notion de *pars*. En bref, la vraie question est de savoir si de

¹⁴⁶³ Gaius, III,149; IJ III

¹⁴⁶⁴ Dig. 17.2.52.2 Ulpianus 31 ad ed.

¹⁴⁶⁵ Voir ,sur les manières dont la position de Servius a pu être accueillie par la jurisprudence ultérieure, F.BONA, *op.cit.*, p.29-34.

pareilles conventions sont compatibles avec le « *quod societatem coierunt* » de la *demonstratio*¹⁴⁶⁶.

Sans doute, dans les actions de bonne foi la difficulté était moindre à intégrer des pactes à la *causa* définie dans la *demonstratio*, que par exemple dans l'*actio ex stipulatu*. Mais cela ne tenait pas tant, nous semble-t-il, à la présence ou à l'absence de la clause *ex fide bona*, qu'à ce qui est décrit dans la *demonstratio*: dans l'action *ex stipulatu*, la mention d'un mode de formation solennel (*stipulare*) conduisait nécessairement, pendant longtemps, à rejeter hors de l'action tout ce qui ne prenait pas la forme d'une stipulation; dans les actions de bonne foi, le problème n'était pas celui du mode de formation visé dans la *demonstratio*, mais du type contractuel visé, et donc c'était la souplesse qu'on donnait au type qui déterminait l'intégration du pacte.

En bref, la norme juridique opératoire pour intégrer effectivement un pacte à l'action, et pour qu'il produise un « *oportere* », sa cause efficiente, reste la *demonstratio*, et ses relais, « *qua de re agitur* » et le « *ob eam rem* » qui la représente dans l'*intentio*. La *fides bona* ne saurait justifier à elle seule un quelconque respect aveugle de la volonté des parties. Certes elle « *exigit ut quod conuenit fiat* », mais il n'y a d'*oportere* que parce que la convention peut être rattachée à l' « *ob eam rem* »¹⁴⁶⁷.

Bien entendu, une fois considérée comme donnant sa loi au contrat, l'exécution de bonne foi du contrat suppose nécessairement l'exécution de ce qui est prévu par la convention adjointe, mais il n'y a là rien d'étonnant. En revanche, en tant que la

¹⁴⁶⁶ Enfin, l'évolution semble largement tributaire d'une évolution de la notion de *natura*: la « *natura* », qui semblait avoir à l'aube de l'époque classique une portée fortement impérative, est de plus en plus envisagée dans sa dimension supplétive: contrairement à une phrase comme celle d'Ulpien en 19.1.11.1 à propos de la vente, ou même à une phrase de Papinien à propos du mandat en Dig.19.5.5.4 (*potest mandatum ex pacto excedere suam naturam*), la *natura societatis* mucienne assumait pleinement une fonction d'ordre public. Mais un auteur de l'époque tardo-classique peut dire que le pacte « *format actionem* »; il modèle l'action, au lieu de se modeler sur sa *demonstratio*; il peut largement défigurer sa *forma*, pourvu qu'il ne touche pas à son essence. Même si les termes ne sont pas encore présents chez Ulpien, la distinction des savants en *essentialia/naturalia/accidental* pointe à l'horizon. Par ailleurs, on sera étonné de voir que la matière de l'intégration des pactes à l'action est avant tout abordée dans l'*emptio uenditio*, la *locatio conductio*, et dans une moindre mesure dans la *societas*. Rares sont les textes concernant les autres contrats, si ce n'est ceux qui traitent du standard d'appréciation de la faute. Et pour cause: l'*emptio uenditio* est le contrat par excellence; la *locatio conductio*, en dépit de sa typicité contractuelle, est toutefois assez fortement élastique pour accueillir trois formes très particulières (*rei, operarum, operis*); la *societas*, elle aussi, connaît comme type contractuel des variantes notoires qui en font quasiment des sous-types. C'est sans doute parce qu'elles sont les plus utilisées et qu'elles donnent lieu plus facilement à des contentieux, mais c'est aussi parce que les autres ont une typicité trop rigide: les pactes a priori « *extra naturam* » risquent d'y contrevenir trop facilement, au point d'anéantir le contrat, et conséquemment toute action. Notamment, le principe de la gratuité dans le commodat, le dépôt et dans le mandat, rend ces actions assez peu flexibles, quoiqu'on l'entende différemment dans chaque action: la plupart des pactes adjoints « *extra naturam* » vicieraient intégralement le contrat au point d'être *contra naturam*.

¹⁴⁶⁷ A ce titre, nous rejoignons encore l'opinion réaliste de M.TALAMANCA, *Bona fides* p., selon laquelle il serait naïf de croire que la jurisprudence est parvenue à sanctionner de pareils pactes au nom d'une vénération ou d'une importance particulière qu'elle aurait accordée à la bonne foi; une pareille vénération aurait conduit à des raisonnements simplistes, ce que les textes démentent.

clause impose une recherche de l'*id quod actum*, elle participe indirectement à la sanction des conventions atypiques.

2° Comme le rappelle Ulpien dans une définition célèbre, faire preuve de *bona fides* c'est s'en tenir à l'*id quod actum*¹⁴⁶⁸.

Si la *fides* est la propriété à laquelle est notamment associé le respect de la parole donnée (*fit quod dicitur*), la *fides bona*, en tant que *fides* du *bonus uir*, implique de surcroît un scrupule particulier dans le respect de la parole donnée, une certaine manière de comprendre l'obligation qu'on a envers son cocontractant, et donc une certaine façon de comprendre ce qu'est le respect de la parole donnée: en un mot, la façon dont un *bonus uir*, qui a un souci de sa *fides*, comprendrait ce à quoi il s'est obligé: (*quidquid ob eam rem dari fieri oportet*). A l'inverse, dans le cas d'une obligation certaine, une obligation de *dare*, il n'y a point de place pour une controverse sur ce qu'est ce respect: il n'est question que de *fides* simple, d'où l'emploi insistant de ce terme par Ulpien lorsqu'il commente le titre « *de rebus creditis* ». On comprend dès lors que ce n'est pas tant qu'il serait question de *fides* dans les actions de bonne foi, et d'absence de *fides* dans les actions contractuelles dites de droit strict, mais plutôt que les actions contractuelles de droit strict relèvent elles aussi de la *fides* qui se manifeste par un *dare* qui est la conséquence d'un *credere*, tandis que les actions de bonne foi imposent une recherche de ce qu'est la *bona fides* lorsqu'il est question de *dare facere*. Et dans ce cas, l'adjectif *bona* dans « *bona fides* » prend tout son sens: si la *fides* peut représenter un « *fit quod dicitur* »; la *bona fides* impose quant à elle un « *fit quod actum* », un « *fit quod conuenit* ».

Comment le *bonus uir* comprendrait alors la bonne exécution de l'obligation? Il ne le comprendra que par rapport à ce qui a été effectivement convenu, sans jouer sur les mots: le *bonus* n'est pas un *astutus*; c'est le fait d'un *malus* de se réfugier derrière les mots: Pomponius rappelait bien cela, à propos de l'expression « *fundus inemptus factus* »: « *in emptis enim et venditis potius id quod actum, quam id quod dictum sit sequendum est* »¹⁴⁶⁹.

¹⁴⁶⁸ Dig. 19.1.11.1 Ulpianus 32 ad ed. *Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari conuenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. quod si nihil conuenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate.*

¹⁴⁶⁹ cf. encore Javolenus: Dig. 19.2.51pr. Javolenus 11 epist. *Ea lege fundum locavi, ut, si non ex lege coleretur, relocare eum mihi liceret et quo minoris locassem, hoc mihi praestaretur, nec conuenit, ut, si pluris locassem, hoc tibi praestaretur, et cum nemo fundum colebat, pluris tamen locavi: quaero, an hoc ipsum praestare debeam. respondit: in*

Si la *fides bona* s'écarte négativement de la *fides* entendue dans un sens étroit, parce qu'elle est la *fides* des *boni*, et qu'un *bonus* ne saurait s'en tenir mesquinement à l'*id quod dictum*, mais respecte l'*id quod actum*, l'*id quod conuenit*, alors incidemment, mesurer cette *bona fides*, « *explorare, aestimare bonam fidem* » ne peut se concevoir que par rapport à l'*id quod actum*, et non par rapport à l'*id quod dictum*. La clause impose alors au juge une recherche de l'*id quod actum*, et son attention se portera nécessairement sur les conventions qui entourent le contrat, et il doit les interpréter sans s'en tenir à l'*id quod dictum*. Elle impose un certain mode d'interprétation des conventions, et sans doute, pour une grande partie de la jurisprudence, elles doivent être interprétées dans le sens qui leur convient le mieux pour être intégrées au contrat.

Dès lors, c'est la recherche de l'*id quod actum* impliquée par un « *iudicium bonae fidei* » qui permet incidemment de « sauver » certains pactes atypiques, dont l'*id quod dictum* ne serait pas valable au regard de la *natura* du *contractus*. Ainsi, une *merces* selon l'*id quod dictum* peut devenir une *pars pretii* selon l'*id quod actum*¹⁴⁷⁰, susceptible d'être réclamée par l'*actio uenditi*; une clause, qui selon l'*id quod dictum*, semble avoir anéanti la vente pour de bon (*fundus inemptus*), peut, selon l'*id quod actum*, représenter une simple résolution des obligations du vendeur ou du moins un pacte *de non petendo* au bénéfice du seul vendeur; un contrat qui ressemble, selon l'*id quod dictum*, à une sorte de *locatio operis* peut, selon l'*id quod actum*, être qualifiable de société et remplir les conditions pour être sanctionnée par l'*actio pro socio*¹⁴⁷¹. Une répartition inégale du *damnum* et du *lucrum*, considérée en principe comme interdite selon l'*id quod dictum* au regard de la *natura societatis*, peut être valable selon l'*id quod actum*, si l'on entend par *lucrum* le bénéfice net (*lucrum omni damno deducto*), et par *damnum* un déficit net¹⁴⁷² (*damnum omni lucro deducto*). De même, une clause laissant à l'*arbitratus* du *dominus* le soin d'approuver la bonne

huiusmodi obligationibus id maxime spectare debemus, quod inter utramque partem conuenit. cf. encore Ulpian: « nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari quod inter contrahentes actum est ».

¹⁴⁷⁰ Dig. 18.1.79 voir supra.

¹⁴⁷¹ voir par exemple Dig. 17.2.44 Ulpianus 31 ad ed. *Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si plures, quod excedit tu haberes, mihi videtur, si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis.* (cas légèrement différent de 19.5.13, qui offre la seconde solution uniquement). Voir encore 17.2.52 (Julien cité par Ulpian) et, 17.2.52.7 (Papinien cité par Ulpian) pour un cas similaire à 17.2.44.

¹⁴⁷² voir Dig. 17.2.30 Paulus 6 ad sab. *Mucius libro quarto decimo scribit non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat: seruius in notatis mucii ait nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto: sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur.*

réalisation de l'ouvrage¹⁴⁷³ et représentant selon l'*id quod dictum* une sorte de pure condition potestative, ou encore une clause laissant à un des associés le soin de fixer les *partes*¹⁴⁷⁴, peut, selon l'*id quod actum* et par une interprétation au regard de la clause *ex fide bona*, être considérée comme renvoyant à un « *arbitratus boni uiri* », et donc être valable¹⁴⁷⁵.

Ainsi, la clause *ex fide bona* implique plutôt un certain mode d'interprétation des conventions, plutôt qu'elle ne fonde un quelconque respect de la parole donnée¹⁴⁷⁶.

Certes, une pareille règle pourrait tout autant montrer, selon l'*id quod actum*, que la clause voire le contrat dans son ensemble n'est pas valable, ne peut être sanctionné par l'action. Ainsi, une clause qui selon l'*id quod dictum* peut apparaître comme une *pars pretii*, pourrait selon l'*id quod actum* apparaître comme étrangère au contrat.

Les solutions concrètes sont alors définies selon d'autres impératifs. Pour un Sabinien comme Javolénus, une pareille règle « *bona fides exigit ut quod conuenit fiat* » pouvait être instrumentalisée et devenir une « machine à sauver » les clauses atypiques: si la *fides bona* impose au juge de prendre en compte ces pactes, de vérifier leur validité, elle impose aussi tendanciellement de les interpréter en partant du principe que le contrat doit être compris comme entre *boni uiri*. Tendanciellement, on doit donc les comprendre dans le sens le plus conforme à la *natura* du *contractus*: cela permet, éventuellement, de « sauver » certains pactes dont l'*id quod dictum* serait *prima facie* contraire ou étranger à la nature du contrat. Dès lors, le débat pouvait porter sur l'articulation exacte entre l'anaphorique « *ob eam rem* » (le *negotium* de la *demonstratio* avec sa typicité) et la clause « *ex fide bona* » (la compréhension de l'accord comme entre *boni uiri*).

Il convient donc encore de ne pas mésinterpréter cette doctrine: la *fides* n'est pas la source juridique sur laquelle reposent les conventions, et l'*actioe teneri* n'est pas fondé sur la *fides bona*; autrement, la *fides* suffirait à produire spontanément des

¹⁴⁷³ Dig. 19.2.24pr. Paulus 34 ad ed. *Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitratu domini opus adprobetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset, idemque servatur, si alterius cuiuslibet arbitrium comprehensum sit: nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono conuenit. idque arbitrium ad qualitatem operis, non ad prorogandum tempus, quod lege finitum sit, pertinet, nisi id ipsum lege comprehensum sit (...)*

¹⁴⁷⁴ voir 17.2.76-17.2.79, où Paul concorde avec Proculus.

¹⁴⁷⁵ Cela est même posé comme une règle interprétative générale en Dig. 50.17.22.1 Ulpianus 28 ad sab. *Generaliter probandum est, ubicumque in bonae fidei iudiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris eius condicio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse*. Toutefois, il va de soi, que sa « généralité » n'est qu'apparente et rencontre de nombreuses limites: confier dans la vente le soin de fixer le prix au uenditor est impossible, et la règle ne saurait sauver une pareille clause, ni même le contrat, qui serait nul. Mais cette règle interprétative est en réalité très proche de notre article 1157 du Code Civil: « lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun ».

¹⁴⁷⁶ Ainsi, l'ensemble des dispositions de notre code civil sur l'interprétation des conventions, s'inspire plus ou moins de l'*interpretatio bonae fidei*.

obligations et des actions pour sanctionner des pactes nus, la parole donnée. Le lien est indirect: pour évaluer la bonne foi du défendeur et la bonne exécution de l'obligation, et pour comprendre ce que ferait le *bonus uir*, il convient de comprendre au mieux tout ce qui a fait la matière de l'accord: l'*id quod actum*, l'*id quod conuenit*. C'est par rapport à lui qu'on mesure l'exécution de bonne foi d'un acheteur, d'un vendeur, d'un preneur ou d'un bailleur. C'est parce que la clause *ex fide bona* encourage particulièrement le juge à tenir compte de l'élément de la bonne foi qu'il va rechercher l'*id quod inter contrahentes actum*, la recherche de ce qui était vraiment en jeu entre des parties contractantes. Le juge tient compte des pactes parce que c'est la façon la plus adéquate d'« *explorare bonam fidem* » dans ce type d'institutions. La *fides bona* est donc l'élément de la formule qui leur permet d'être intégrés accessoirement à l'action sous certaines conditions. Ce n'est donc pas parce que la clause *ex fide bona* exprimerait une nouvelle source du droit que les juristes se sentent autorisés à prendre en compte ce qui donne sa loi au contrat; c'est parce que justement ces clauses, qui prétendent donner leur loi au contrat, doivent être comprises selon l'*id quod actum*, qu'on peut dépasser leur littéralité pour voir si elle contreviennent vraiment à la *natura* de l'institution visée dans la *demonstratio*.

Il semblerait d'ailleurs que la conception « promissoire » de la *fides* (*fit quod dicitur*) l'ait à cette époque en partie emporté : mais rappelons-le, il est significatif que ce soient avant tout la vente et la location, ces deux contrats habités par la *fides* promissoire, qui donnent à l'élément de la volonté et de l'intention des parties un rôle prépondérant. La manière d'interpréter la substance des obligations est, malgré l'unité de la clause *ex fide bona*, tributaire, pensons-nous, de la double acception de la *fides*¹⁴⁷⁷.

Le rôle de la clause *ex fide bona*, dans l'élargissement de l'*actione teneri*, semble donc ambivalent: parfois il ne semble que rhétorique, du moins cache-t-il souvent d'autres considérations. Il en va de même lorsque, sur le fondement de la clause, on prétend, « *bonae fidei ratione* », limiter l'*actione teneri*.

¹⁴⁷⁷ Dans le cadre de la *societas*, institution oscillant entre l'aspect promissoire et potestatif de la *fides*, il y aurait, à ce titre, tout lieu de mettre en rapport avec la distinction opérée par L.LOMBARDI, *Dalla Fides*, cit., p.174-175, une étude fine et détaillée comme celle de F.BONA, *op.cit.*, p.102, sur les conceptions divergentes de la *fides bona* entre Labéon et Cassius. La démarche qu'il fait dans le cadre restreint du standard de responsabilité en matière de renonciation unilatérale dans les *societates quaestus*, pourrait s'appliquer potentiellement à toute la doctrine classique du I^{er} siècle sur la *societas*.

2.1.2. « *nihil magis quam bonam fidem praestare* » (Ulpien): l'*interpretatio bonae fidei* et la limitation de l'*actione teneri* (Section 2)

Les Romains n'ont jamais défini clairement une théorie de la responsabilité contractuelle; il n'en ont même pas très clairement la notion. Mais un vocable équivoque en tient lieu, « *praestare* »¹⁴⁷⁸, dont les constructions sont fort équivoques: on peut *praestare dolum, culpam*, mais on peut encore *praestare curam, praestare diligentiam*. Aussi le terme est-il fort ambigu; « *praestare culpam et diligentiam* » est un véritable zeugma sémantique, puisque le verbe semble pris dans deux sens radicalement opposés: celui d'obligation et celui de responsabilité. De surcroît, tantôt on dit d'un débiteur *debet praestare*, ou *oportet eum praestare*, en modalisant l'énoncé par un verbe spécifique, tantôt *praestat*. L'idée de garantie, appuyée par l'étymologie (*praes stare*) a été avancée¹⁴⁷⁹ pour donner un sens unitaire à ce verbe, qui téléscopie des notions que nous distinguons (comme charge du risque, responsabilité, et contenu de l'obligation). Assurément, derrière ses multiples compléments d'objet s'est dessinée toute une gamme de « degrés de responsabilité ». C'est essentiellement une variété de standards de comportement exigibles d'un débiteur qui s'est dessinée, et cela avant tout dans le cadre des *iudicia bonae fidei*. Et pour cause, la *fides bona* est elle-même souvent le complément d'objet de ce « *praestare* »: on s'interrogera donc légitimement sur le rapport qu'elle entretient avec ces « degrés » de responsabilité, qui conditionnent l'*actione teneri* et la possibilité d'une condamnation.

Les actions de bonne foi imposent une appréciation du comportement du défendeur dans l'exécution de ses obligations; mais à l'aune de quel comportement idéal juger son agir? En d'autres termes, que doit-il *praestare*?

A cet objet s'appliquent de multiples standards, et l'on trouve au Digeste de multiples généralisations, qui ont été longtemps soupçonnées d'interpolations. Notre modeste étude n'a pas pour but de prendre position sur le problème général de la

¹⁴⁷⁸ Voir sur toute la question R. Cardilli, *L'obbligazione di praestare*, cit., en général et p.109.

¹⁴⁷⁹ Voir R.CARDILLI, *op. cit.* p.109 ; voir Varron, *Ling. Lat.*, 6§74. Il nous paraît notable que lorsque le verbe est employé sans modalisateur (*oportere, debere*, adjectif verbal), sa valeur originelle de *stare praes* est davantage conservée.

responsabilité contractuelle en droit romain. Simplement, elle se distanciera de toute théorie « interpolationniste »¹⁴⁸⁰ et se limitera à un objet précis. Quel rôle tient la clause *ex fide bona* dans la fixation du comportement idéal à exiger d'un débiteur? A notre avis, elle a représenté une ligne directrice bien avant que les juristes classiques n'ébauchent en filigrane une théorie de la responsabilité contractuelle, en d'autres termes, avant qu'ils ne fassent du *dolum* ou de la *culpa* des compléments d'objets du « *praestare* ». Est-elle un instrument d'aggravation de la responsabilité ou un instrument de limitation du *praestare*? « *praestare bonam fidem* » représente-t-il une conception restrictive, ou extensive de la faute contractuelle? En quoi représente-t-elle d'ailleurs une ligne directrice définissant les principes d'appréciation du comportement d'un défendeur?

Elle nous semble imposer une tendance à limiter l'*actioe teneri*, mais non dans le sens où l'a entendue la doctrine interpolationniste au XXème siècle.

La clause *ex fide bona* semble bel et bien entretenir un rapport privilégié, mais non exclusif, avec le *dolus malus* (sous-section 1), non exclusif, parce qu'elle ne fait que fixer tendanciellement les bornes d'une responsabilité subjective à l'adresse du *iudex* (sous-section 2).

Sous-section 1: Le rapport privilégié de la *fides bona* avec le *dolus malus* et ses limites

Sous-section 2: Les bornes d'une responsabilité subjective et l'*officium iudicis*

¹⁴⁸⁰ Nous nous écarterons grandement de la théorie d'Arangio-Ruiz, *Responsabilita contrattuale*, qui présente essentiellement l'état du droit tel qu'il ressort de la compilation comme un reflet des évolutions post-classiques.

2.1.2.1. Un rapport privilégié avec le dolus malus sans exclusion d'autres standards (Sous-section 1)

Le lien entre bonne foi et dol mauvais est trop évident pour qu'il puisse donner lieu à controverse. La difficulté est plutôt de comprendre en quoi la *fides bona* n'est pas simplement la contraposée du dol, ou bien en quoi sa mention dans la formule pouvait représenter originellement une limitation du standard de responsabilité au dol.

Si la clause *ex fide bona* semble bien focaliser l'attention sur le dolus malus (I), loin s'en faut qu'elle exclue un *praestare culpam, diligentiam, ou custodiam* (II).

2.1.2.1.1. La focalisation constante sur la contrariété avec le dolus malus (I)

Nous l'avons déjà dit: l'ordre dans la formule, « *fides bona* », semble exactement calqué sur celui de l'expression « *dolo malo* ».

La focalisation sur le *dolus malus* apparaît nettement dans l'oeuvre de Cicéron à époque républicaine (A), mais encore très largement dans la jurisprudence classique (B).

2.1.2.1.1.1. Un rapport privilégié entre fraus, dolus malus et fides bona chez Cicéron (A)

Cicéron semble très naturellement porté à présenter les actions de bonne foi comme des actions qui visent la répression du dol, comme nous l'avons déjà souvent vu. Il le fait fort naturellement dès qu'il parle des actions infamantes (1°), mais même les actions non-infamantes convoquent naturellement chez lui l'idée de dol ou de fraude (2°).

1° Dans le *Pro Roscio Comoedo*¹⁴⁸¹, le caractère « capital » d'une action de tutelle, de fiducie ou de société est expliqué par la gravité des accusations sous-jacentes: les expressions « *fidem frangere* », « *socium fallere* », « *pupillum fraudare* » montrent nettement une focalisation sur des attitudes dolosives. Le cas de la société est d'autant plus intéressant que « *socium fallere* » est encore le comportement visé par le *Pro Roscio Amerino* comme celui que l'action *pro socio* vient sanctionner de façon privilégiée¹⁴⁸².

Dans le *Pro Caecina*¹⁴⁸³, il semble particulièrement attentif à cette idée de fraude, par opposition aux actions nées des stipulations, qui semblent sanctionner automatiquement la simple non-exécution de l'*obligatio uerbis*. Il est d'ailleurs significatif qu'il emploie le langage adapté aux actions délictuelles pour parler du mandat, de la fiducie, de la société ou de la tutelle (*delictum, poena*).

2° Mais il ne semble pas limiter ce propos aux actions infamantes: lorsqu'il présente le tribunal du préteur comme un grand spectacle qui illustre tous les forfaits dont est capable la nature humaine, il présente aussi les *actiones locati conducti empti uenditi* au milieu d'exemples tirés de la répression criminelle, d'actions populaires comme celles de la loi Plaetoria, d'actions pénales comme l'*actio furti* ou l'*actio de dolo malo*¹⁴⁸⁴. Mais il est significatif qu'il appelle ces actions des *iudicia de fide mala*. Sans doute ne vise-t-il pas par cette expression de simples fautes techniques.

Sans doute l'idée de fraude lui paraît-elle être le dénominateur commun de tous ces *iudicia in quibus additur ex fide bona*. Significativement, dans les Topiques, au §66,

¹⁴⁸¹ §16: *Si qua enim sunt privata iudicia summae existimationis et paene dicam capitis, tria haec sunt, fiduciae, tutelae, societatis. Aequae enim perfidiosum et nefarium est fidem frangere quae continet vitam, et pupillum fraudare qui in tutelam pervenit, et socium fallere qui se in negotio coniunxit.*

¹⁴⁸² *Pro Roscio Amerino* §116 *Videte iam porro cetera, iudices, ut intellegatis fingi maleficium nullum posse quo iste sese non contaminarit. In rebus minoribus socium fallere turpissimum est aequaeque turpe atque illud de quo ante dixi; neque iniuria, propterea quod auxilium sibi se putat adiunxisse qui cum altero rem communicavit. Ad cuius igitur fidem confugiet, cum per eius fidem laeditur cui se commiserit? Atque ea sunt animadvertenda peccata maxime quae difficillime praecaventur. Tecti esse ad alienos possumus, intimi multa apertiora videant necesse est; socium cavere qui possumus? quem etiam si metuimus, ius officii laedimus. Recte igitur maiores eum qui socium fefellisset in virorum bonorum numero non putarunt haberi oportere.*

¹⁴⁸³ *Pro Caecina*, §7: *Si quis quod spondit, qua in re verbo se uno obligavit, id non facit, maturo iudicio sine ulla religione iudicis condemnatur; qui per tutelam aut societatem aut rem mandatam aut fiduciae rationem fraudavit quempiam, in eo quo delictum maius est, eo poena est tardior?*

¹⁴⁸⁴ *De Natura Deorum* III§74: *Sed exeamus e theatro, veniamus in forum! Sessum ite, precor! Quid ut iudicetur? Qui tabularium incenderit. Quod facinus occultius: at se Q. Sosius, splendidus eques Romanus, ex agro Piceno, fecisse confessus est. Qui transcripserit tabulas publicas; id quoque L. Alenus fecit, cum chirographum sex primorum imitatus est; quid hoc homine sollertius? Cognosce alias quaestiones, auri Tolossani, coniurationis Iugurthinae; repete superiora: Tubuli de pecunia capta ob rem iudicandam; posteriora: de incestu rogatione Peducaea; tum haec cotidiana: sicae, venena, peculatus, testamentorum etiam lege nova quaestiones. Inde illa actio OPE CONSILIOQUE TUO FURTUM AIO FACTUM ESSE; inde tot iudicia de fide mala, tutelae mandati, pro socio, fiduciae, reliqua, quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato contra fidem fiunt, inde iudicium publicum rei privatae lege Plaetoria, inde everriculum malitiarum omnium, iudicium de*

après avoir attiré l'attention sur les *iudicia in quibus additur ex fide bona*, sur l'action de fiducie « *ut inter bonos bene ogier oportet* » et sur l'*actio rei uxoriae*, sur la nécessité pour les avocats de consulter des prudents dans le cadre de pareils procès, il explique cette nécessité par le fait que ce sont les prudents qui ont circonscrit le sens précis de certains concepts: *dolus malus*, *fides bona*,, *aequum bonum*. L'*aequum bonum* se réfère à la clause *aequius melius* de la formule de l'*actio rei uxoriae*; la *fides bona* à la clause *ex fide bona*. Mais pourquoi présente-t-il le *dolus malus* avant la clause *ex fide bona*, alors que ce n'est pas une citation des termes présents dans les formules évoquées? Pourquoi ne présente-t-il d'ailleurs que le *dolus malus*, et non la *culpa*, la *diligentia*, la *custodia*? Le *dolus malus* lui paraît être la notion visée de manière privilégiée par le concept de *fides bona*, et c'est le seul qu'il voit comme un dénominateur commun à tous les *iudicia in quibus additur ex fide bona*, certain et bien établi.

Inversement, c'est quand il songe à la répression du dol et des comportements frauduleux avant l'invention des *formulae de dolo*, qu'il présente de longs développements sur les actions de bonne foi. Ainsi en va-t-il du célèbre passage en *De off.* III.61: c'est avant tout la répression du silence dolosif dans la vente, alors que l'*actio empti* n'est pas infamante, qui l'amène à parler des actions de bonne foi, et il présente abstraitement, sans faire de différence entre les actions, la mention de la *fides bona* comme le pivot de la repression des attitudes dolosives.

Il nous paraît donc assez peu discutable que Cicéron, derrière la clause *ex fide bona*, identifie avant tout une répression du dol, de la fraude, comme un dénominateur commun à tous ces *iudicia*, et que derrière elle il entend de manière privilégiée « *dolus malus* ». Elle permet une appréhension particulièrement efficace de tout comportement dolosif.

Sans doute n'est-il pas juriste, mais une même impression se dégage de la lecture de la jurisprudence classique.

2.1.2.1.1.2. La focalisation persistante sur la contrariété au dol dans la jurisprudence classique (B)

dolo malo, quod C. Aquillius familiaris noster protulit; quem dolum idem Aquillius tum teneri putat, cum aliud sit simulatum, aliud actum.

On retrouve des traces de cette focalisation sur le *dolus malus* lorsqu'il est question de *fides bona* durant toute la période du Haut-Empire. Différents témoignages l'attestent, directement ou indirectement, que ce soit la mise en parallèle lexicale des standards de responsabilité *dolus bona fides* vs. *culpa/diligentia*(1°), la limitation de la responsabilité de droit commun à la faute dolosive dans certains rapports d'obligation(2°), la justification donnée par certains jurisconsultes à l'interdiction d'exclure conventionnellement la responsabilité pour dol (3°), ou enfin le régime particulier que reçoit la faute dolosive dans les actions de bonne foi(4°).

1° Il semblerait que la *bona fides* soit explicitement considérée comme visant le *dolus malus* par Proculus¹⁴⁸⁵. En considérant que dans l'exécution d'une prestation définie dans un pacte adjoind, le vendeur ne doit pas seulement manifester de la *bona fides*, mais encore de la *diligentia*, ou en d'autres termes n'est pas seulement responsable de son dol, mais encore de sa *culpa*, Proculus semble considérer que la *bona fides* n'est pas à proprement parler la *diligentia*. Dès lors, la clause *ex fide bona* semble viser littéralement un *dolus malus*. C'est ce que vient nous préciser le *id est*. A supposer qu'il ne soit pas de la main même de Proculus, il n'y a pas de raison particulière de l'attribuer aux compilateurs. Donc, à supposer que cette glose soit tardo-classique ou post-classique, il n'y a aucune raison de considérer qu'elle dénature le texte: elle peut refléter l'idée qui n'est somme toute pas invraisemblable, que la clause *ex fide bona* insiste particulièrement sur la répression des comportements dolosifs; et la même idée se retrouve chez Ulpien citant Celse¹⁴⁸⁶.

D'ailleurs, parfois, les compilateurs eux mêmes semblent sous-entendre que la *bona fides* vise le *dolus*, et non la *culpa*: à preuve, les raccordement qu'ils font entre des textes d'Ulpien et de Paul à propos de l'*actio pro socio* intentée contre l'héritier de l'associé¹⁴⁸⁷. S'ils ajoutent la phrase de Paul mentionnant la *culpa*, c'est bien que pour eux, la *bona fides* mentionnée par Ulpien se réfère avant tout au *dolus*.

¹⁴⁸⁵ Dig. 18.1.68pr. Proculus 6 epist. *Si, cum fundum venderes, in lege dixisses, quod mercedis nomine a conductore exegisses, id emptori accessurum esse, existimo te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere, id est non solum ut a te dolus malus absit, sed etiam ut culpa.*

¹⁴⁸⁶ Dig. 19.1.13.16 Ulpianus 32 ad ed. *In his autem, quae cum re empti praestari solent, non solum dolum, sed et culpam praestandam arbitrator: nam et celsus libro octavo digestorum scripsit, cum convenit, ut venditor praeteritam mercedem exigat et emptori praestet, non solum dolum, sed et culpam eum praestare debere.*

¹⁴⁸⁷ Dig. 17.2.35 Ulpianus 30 ad sab. *Nemo potest societatem herede suo sic parere, ut ipse heres socius sit: in heredem autem socii proponitur actio, ut bonam fidem praestet.* Dig. 17.2.36 Paulus 6 ad sab. *Et acti etiam culpam, quam is praestaret in cuius locum successit, licet socius non sit.*

Lexicalement, le rapport de contrariété privilégié qu'entretient le *dolus malus* avec la *bona fides* est encore mis en lumière lexicalement dans la confection de certaines formules d'actions décrétales: lorsqu'Ulpien considère que l'action de dol ne peut être délivrée par le prêteur en considération des rapports de parenté, des rapports clientélares, ou en vertu de la dignité de la personne, il propose qu'une formule adaptée au cas soit rendue avec mention de la *bona fides*: par là même le rapport entre la mention de la bonne foi et celle du dol montre que la *bona fides* peut viser indirectement mais de manière exclusive la simple contrariété au dol ou à la fraude.

2°ans certaines actions de bonne foi, il existe effectivement une tendance à limiter la responsabilité à la faute dolosive. Le dépôt en est l'exemple le plus parfait: sans doute est-ce l'exemple de la formule *in factum* qui paraît imposer une responsabilité exclusivement pour dol. De même, certains juriconsultes semblent avoir considéré que la responsabilité du mandataire se limite à la *praestatio doli*. La référence la plus explicite à cette limitation se trouve dans les *Differentiae* de Modestin, mais semble surgir incidemment dans d'autres textes¹⁴⁸⁸. L'action *pro socio* semblait elle aussi pour certains juristes ne viser que les fautes dolosives d'un associé, comme en témoignent les *Institutes* de Justinien.

3°Un autre témoignage de cette focalisation sur le *dolus malus* se trouve dans l'effet de la clause *ex fide bona* sur la limitation de la responsabilité dans les pactes adjoints. En effet, de très bonne heure, le standard de responsabilité défini pour une institution donnée a pris un caractère supplétif. Or, si un pacte adjoint peut limiter la responsabilité du défendeur, il ne peut en aucun cas exclure le dol. La responsabilité pour faute dolosive est pour ainsi dire d'ordre public. Ulpien (ou Celse?) le justifie en

¹⁴⁸⁸ Dig. 19.5.24 Africanus 8 quaest. *Titius sempronio triginta dedit pactique sunt, ut ex reitu eius pecuniae tributum, quod titius pendere deberet, sempronius praestaret computatis usuris semissibus, quantoque minus tributorum nomine praestitum foret, quam earum usurarum quantitas esset, ut id titio restitueret, quod amplius praestitum esset, id ex sorte decederet, aut, si et sortem et usuras summa tributorum excessisset, id quod amplius esset titius sempronio praestaret: neque de ea re ulla stipulatio interposita est. titius consulebat, id quod amplius ex usuris sempronius redegisset, quam tributorum nomine praestitisset, qua actione ab eo consequi possit. Respondit pecuniae quidem creditae usuras nisi in stipulationem deductas non deberi: verum in proposito videndum, ne non tam faenerata pecunia intellegi debeat, quam quasi mandatum inter eos contractum, nisi quod ultra semissem consecuturus esset: sed ne ipsius quidem sortis petitionem pecuniae creditae fuisse, quando, si sempronius eam pecuniam sine dolo malo vel amisisset vel vacuum habuisset, dicendum nihil eum eo nomine praestare debuisse. Quare tutius esse praescriptis verbis in factum actionem dari, praesertim cum illud quoque convenisset, ut quod amplius praestitum esset, quam ex usuris redigeretur, sorti decederet: quod ipsum ius et causam pecuniae creditae excedat. La raison que donne Africanus (ou l'auteur qu'il cite, sans doute Julien) pour préférer utiliser une *actio praescriptis uerbis* plutôt qu'une action de mandat afin de sanctionner ce contrat de prêt atypique, est justement que le mandat aurait l'inconvénient de limiter la responsabilité au dol.*

considérant que le *dolus* est contraire à l'idée de *iudicium bonae fidei*¹⁴⁸⁹. Sans doute trouvera-t-on cette justification superfétatoire et davantage rhétorique, et les Romains auraient su y parvenir sans la présence d'une clause *ex fide bona*, mais:

-d'une part, le choix d'une justification précisément aussi rhétorique prouverait tout de même, au point de vue lexical, qu'Ulpie considère avant tout la *bona fides* sous l'angle de la contrariété au dol. Car quoique cette justification soit rhétorique, il faut que la *bona fides* entretienne un rapport privilégié avec le problème du *dolus malus*, autrement, elle semblerait, non pas rhétorique, mais tout simplement absurde et l'on ne verrait pas pourquoi on pourrait exclure en revanche la *culpa*.

-la justification n'est pas totalement rhétorique: en principe, les pactes limitatifs sont réglementés par le texte et l'esprit de l'édit *de pactis*. Or les actions de bonne foi et leurs formules sont par essence exclues du champ d'application de l'édit *de pactis* et ne reçoivent jamais d'*exceptio pacti* (inhérence des pactes adjoints à la formule): par ailleurs, elles ne reçoivent jamais non plus de *replicatio doli* (inhérence des exceptions de dol). Ce sera donc le seul juge, très souvent, qui aura connaissance du pacte: c'est donc la clause *ex fide bona* qui représente pour les juristes le critère qui réglementera ces aménagements de la responsabilité contractuelle. Il était donc important de préciser cette règle.

-cette explication d'Ulpie, fondée sur la *bona fides* et la présence de la clause *ex fide bona*, n'est pas isolée; on la retrouve incidemment chez Pomponius, dans son commentaire à Sabinus¹⁴⁹⁰. Elle est donnée par le même Ulpie, à propos de l'action de dépôt¹⁴⁹¹:

-par ailleurs, elle se réclame d'un principe plus général qui est que la responsabilité pour dol n'est jamais exclue: par exemple si l'acheteur fait preuve de *mora*, le vendeur n'a plus à répondre en principe de sa *culpa*, mais il continue de répondre de son *dolus* selon Pomponius¹⁴⁹². Rien ne peut donc l'exonérer totalement: la responsabilité pour dol est bien un principe impératif, qu'aucun événement, qu'aucune convention des

¹⁴⁸⁹ Dig. 50.17.23 Ulpianus 29 ad sab.(...)nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est:

¹⁴⁹⁰ Dig. 19.1.6.9 Pomponius 9 ad sab. Si venditor sciens obligatum aut alienum vendidisset et adiectum sit " neve eo nomine quid praestaret", aestimari oportet dolum malum eius, quem semper abesse oportet in iudicio empti, quod bonae fidei sit. Il n'est pas exclu que quod bonae fidei sit remplace une allusion trop marquée par la procédure formulaire.

¹⁴⁹¹ Dig. 16.3.1.7 Ulpianus 30 ad ed. Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est. Sans doute sa place dans la chaîne du commentaire d'Ulpie ferait penser qu'il parlait de la formule in factum, et que cette mention est un tribonianisme; mais il est tout aussi vraisemblable que le texte ait été déplacé, puisque les compilateurs devaient fondre coûte que coûte les commentaires sans laisser de traces de l'existence de deux formules.

¹⁴⁹² Dig. 18.6.18 Pomponius 31 ad q. muc. Illud sciendum est, cum moram emptor adhibere coepit, iam non culpam, sed dolum malum tantum praestandum a venditore. Il est possible que la règle soit ainsi posée par Quintus Mucius.

parties ne peut écarter, et il semblerait que les jurisconsultes reportent cet effet à la *bona fides*..

4°De manière plus générale, le dol du défendeur reçoit un régime très spécifique dans une action de bonne foi. Comme nous le verrons, c'est seulement en cas de dol que le demandeur peut être invité à estimer lui-même son préjudice par un *iusiurandum in litem*. C'est seulement pour les fautes dolosives que l'héritier est tenu *in solidum*¹⁴⁹³: d'ailleurs, Ulpien semble bien considérer à ce titre que l'inhérence de la *praestatio doli* et l'inhérence de la *bona fides* sont semblables, ce qui tendrait à montrer qu'elle entretient effectivement un rapport privilégié avec le *dolus*. Pomponius encore semble considérer, dans le cadre des contrats de bonne foi passés par des *alieni iuris*, que c'est seulement lorsqu'il y a dol du *paterfamilias* que le montant de la condamnation n'est pas limité au pécule¹⁴⁹⁴. Le *dolus* reçoit donc bien un régime particulier dans un *iudicium in quo additur ex fide bona*. Toute une série de conséquences néfastes pour le défendeur sont donc strictement conditionnées au *dolus malus*.

Il n'en faut pas nécessairement déduire que toutes les actions de bonne foi ont connu une limitation générale à la responsabilité pour dol. Les textes nous montrent fort bien que la *fides bona* n'exclut pas d'autres standards de responsabilité.

2.1.2.1.2. *La fides bona et le praestare diligentiam (II)*

¹⁴⁹³ Dig. 50.17.152.3 Ulpianus 69 ad ed. *In contractibus, quibus doli praestatio vel bona fides inest, heres in solidum tenetur*. Le texte est peut-être remanié parce que l'original faisait allusion à la procédure formulaire.

¹⁴⁹⁴ Dig. 15.1.36 Ulpianus 2 disp.

De nombreuses institutions imposent une conception plus large de la faute contractuelle. Point n'est besoin de rappeler que la *culpa* fait très souvent l'objet d'un *praestare* dans les actions de bonne foi. Or il est invraisemblable, non seulement que la responsabilité pour *culpa* ou pour absence de *diligentia* soit une invention post-classique voire une série d'interpolations, mais il est même assez peu vraisemblable que la responsabilité dans les actions de bonne foi ait été limitée globalement et invariablement au dol.

La *fides bona* peut tout à fait imposer une *diligentia*: séparons donc l'idée positive de *diligentia* associée à la *fides* (A), de celle de *culpa* qui entretient un rapport plus ambigu avec la *fides bona* (B).

2.1.2.1.2.1. La clause *ex fide bona* et l'idée de *diligentia* (A)

Rappelons simplement que l'un des doublons les plus fréquents associant le mot *fides* est celui de « *fides et diligentia* ». La *diligentia* est sans doute l'une des vertus les plus célébrées par Cicéron; elle est la vertu liée à l'*amicitia*. Manquer de *diligentia* est manquer à ses devoirs d'ami, de patron, de *bonus uir*. Elle représente non pas tant un pouvoir, une capacité technique, mais une bonne volonté, un zèle scrupuleux dans l'exécution d'un office ou d'un service. La clause *ex fide bona* peut sans difficulté fonder une appréciation de la *diligentia*. Un homme qui prétend avoir un crédit social, une *bona fides*, en un mot le *bonus uir*, ne peut pas simplement s'abstenir de tout dol: négliger les affaires de ses amis, de ses clients est là encore incompatible avec l'attitude d'un *bonus uir*, car un *bonus uir* n'agit pas avec légèreté.

C'est ce que montre particulièrement bien l'extrait du plaidoyer de Cicéron concernant l'action de mandat (1°), l'équivalence de la faute lourde avec le dol chez certains auteurs(2°), si bien que c'est peut-être une nouvelle conception négative et plus psychologique de la *bona fides* qui conduit à limiter la responsabilité au dol (3°).

1°Même l'action de mandat, qui selon certains auteurs reçoit une responsabilité limitée au dol, sanctionne la négligence caractérisée du mandataire selon un célèbre

texte du *Pro Roscio Amerino* de Cicéron¹⁴⁹⁵ : l'infamie qui caractérise la condamnation au titre du mandat n'a pas lieu uniquement dans le cas où la faute est dolosive (*malitiosius*), mais même lorsque le mandataire a géré l'affaire de son ami avec une négligence particulière (*neglegentius*). Soupçonner dans ce cas le jeune Cicéron de se tromper est hors de propos : ayant fraîchement quitté son maître Quintus Mucius, il ne commettrait pas ce genre d'erreur. Il n'a non plus aucun intérêt à mentir sciemment devant un jury de *recuperatores* sur une règle de droit, d'autant que, si cela se voit, cela réduirait à néant son raisonnement *a fortiori* : l'action de mandat ne visait pas uniquement le dol, et ce dès l'époque des *maiores* dont parle Cicéron.

Toutefois, cette négligence doit être caractérisée, d'où l'emploi du comparatif adverbial « *neglegentius* », au lieu de « *neglegenter* ». Il semblerait donc que l'esprit de l'action de mandat ne soit pas de rendre responsable un ami pour les fautes techniques qu'il aurait commises dans l'exécution de son mandat, mais bien plutôt pour le manque de zèle à accomplir son mandat : *de bona fide agitur, cui non congruit de apicibus iuris disputare* comme le disait Ulpien¹⁴⁹⁶ de la caution qui avait oublié de soulever certaines exceptions techniques contre le créancier qui le poursuivait ; qu'il soit frauduleux dans l'exécution de son mandat, ou simplement qu'il le gère avec une particulière négligence, montre dans les deux cas une attitude profondément égoïste violant l'*amicitia* qui représente l'esprit même du contrat de mandat. Cicéron considère d'ailleurs explicitement que cette négligence est une violation de la *fides*.

¹⁴⁹⁵ *In privatis rebus si qui rem mandatam non modo malitiosius gessisset sui quaestus aut commodi causa verum etiam neglegentius, eum maiores summum admisisse dedecus existimabant. Itaque mandati constitutum est iudicium non minus turpe quam furti, credo, propterea quod quibus in rebus ipsi interesse non possumus, in eis operae nostrae vicaria fides amicorum supponitur; quam qui laedit, oppugnat omnium commune praesidium et, quantum in ipso est, disturbat vitae societatem. Non enim possumus omnia per nos agere; alius in alia est re magis utilis. Idcirco amicitiae comparantur ut commune commodum mutuis officiis gubernetur. [112] Quid recipis mandatam, si aut neglecturus aut ad tuum commodum conversurus es? cur mihi te offers ac meis commodis officio simulato officis et obstas? Recede de medio; per alium transigam. Suscipis onus officii quod te putas sustinere posse; quod maxime videtur grave eis qui minime ipsi leves sunt. Ergo idcirco turpis haec culpa est, quod duas res sanctissimas violat, amicitiam et fidem. Nam neque mandat quisquam fere nisi amico neque credit nisi ei quem fidelem putat. Perditissimi est igitur hominis simul et amicitiam dissolvere et fallere eum qui laesus non esset, nisi credidisset. [113] Itane est? in minimis rebus qui mandatam neglecterit, turpissimo iudicio condemnatur necesse est, in re tanta cum is cui fama mortui, fortunae vivi commendatae sunt atque concredita, ignominia mortuum, inopia vivum adfecerit, is inter honestos homines atque adeo inter vivos numerabitur? In minimis privatisque rebus etiam neglegentia in crimen mandati iudiciumque infamiae vocatur, propterea quod, si recte fiat, illum neglegere oporteat qui mandavit non illum qui mandatam receperit; in re tanta quae publice gesta atque commissa sit qui non neglegentia privatum aliquod commodum laeserit sed perfidia legationis ipsius caerimoniam polluerit maculaque adfecerit, qua is tandem poena adficietur aut quo iudicio damnabitur? [114] Si hanc ei rem privatim Sex. Roscius mandavisset ut cum Chrysogono transigeret atque decideret, inque eam rem fidem suam, si quid opus esse putaret, interponeret, ille qui sese facturum recepisset, nonne, si ex eo negotio tantulum in rem suam convertisset, damnatus per arbitrum et rem restitueret et honestatem omnem amitteret? [115] Nunc non hanc ei rem Sex. Roscius mandavit sed, id quod multo gravius est, ipse Sex. Roscius cum fama vita bonisque omnibus a decurionibus publice T. Roscio mandatam est; et ex eo T. Roscius non paululum nescio quid in rem suam convertit sed hunc funditus evertit bonis, ipse tria praedia sibi depectus est, voluntatem decurionum ac municipum omnium tantidem quanti fidem suam fecit.*

¹⁴⁹⁶ Dig. 17.1.29.4 Ulpianus 7 disp.

2° A ce titre, *praestare bonam fidem* impose originellement une vision plus large du contenu du *praestare* que *praestare dolum malum* entendu au sens strict.

Cette vision s'est trouvée réexprimée en termes de *dolus* et de *culpa lata*, et d'assimilation de la *culpa lata* au *dolus*, par Nerva père puis par Celse, sans doute à propos de l'action de dépôt, où le *praestare* est en principe limité au *dolus*¹⁴⁹⁷. Pratiquement, la diligence minimale qu'un dépositaire doit apporter à la chose d'autrui est celle qu'il porte à ses propres affaires, et c'est pourquoi une négligence encore plus forte que pour ses propres affaires est assimilable au dol. Il est d'ailleurs possible que ce débat ait été rendu plus compliqué par la présence de deux formules: Celse tranche en faveur d'une assimilation au dol, par une référence au concept de *fides*, ce qui tendrait à faire penser qu'il avait en vue la formule « *ex fide bona* ». Significativement, c'est le même Proculus qui d'après Celse, refuse d'assimiler *culpa latior* et *dolus*, et qui faisait un *distinguo* « *non tantum bonam fidem, sed etiam diligentiam, id est non tantum dolum sed etiam culpam* » en soulignant . Peut-être sa position sur le dépôt ne concernait-elle donc que la formule *in factum*.

Puisque cette idée de *diligentia* n'est qu'une extrapolation de l'idée de *dolus malus*, cela pourrait prouver une limitation originaire du *praestare* au *dolus malus*. Toutefois, si Proculus apporte la précision que le vendeur qui vend un bien loué en s'engageant à fournir les loyers du bail à l'acheteur doit non seulement y mettre de la *bona fides* mais encore de la *diligentia*¹⁴⁹⁸, ce n'est pas nécessairement que la *fides bona* serait pour lui la simple contraposée du dol. Bien au contraire, il veut peut-être apporter une précision contre une mauvaise interprétation de la *fides bona* et contre une assimilation trop rapide de cette dernière à la *bona fides* dite subjective. Cette dernière, définissable comme l'ignorance justifiée d'une situation juridique réelle conduisant à léser les droits d'autrui, peut effectivement recevoir une définition purement négative comme absence d'intention dolosive, ou absence d'intention de s'enrichir en ayant conscience de léser autrui. Une pareille définition de la *bona fides*, qui caractérise notamment le possesseur de bonne foi, pourrait se limiter à l'absence de dol, or la *fides bona* des *iudicia bonae fidei* implique précisément beaucoup plus que de simplement s'abstenir de nuire à autrui. C'est peut-être cette confusion que Proculus cherchait à prévenir dans sa réponse.

¹⁴⁹⁷ Dig. 16.3.32 Celsus 11 Dig. *Quod Nerva diceret latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit.*

Aussi la *fides bona* n'exclut-elle nullement un devoir accru de diligence. Plus ambigu est son rapport à la notion générale de *culpa*.

2.1.2.1.2.2. L'idée de *culpa* et son rapport ambigu à la *fides bona* (B)

La *culpa* entretient un rapport ambigu à la *fides* à plusieurs titres. Cette notion semble avoir été originellement travaillée et définie avant tout dans une réflexion étrangère aux actions de bonne foi, et portant sur les actions *damni iniuria* prévues par les chapitres 1 et 3 de la *lex Aquilia*. Mais le *praestare culpam* est indiscutablement un standard de responsabilité qu'on rencontre dans les actions de bonne foi dès avant l'époque classique, et il serait téméraire d'aller considérer les textes qui la mentionnent comme interpolés. Il paraît d'ailleurs fortement invraisemblable que dans un contrat comme la *locatio conductio* on ait commencé par envisager une simple responsabilité du locataire pour son *dolus malus*.

1° La difficulté à articuler *culpa* et *fides* provient du rapport ambigu entre *diligentia* et *culpa*, une fois même admis un rapport étroit entre *diligentia* et *fides*.

Car la *culpa* semble parfois la contraposée de la *diligentia*, au même titre que le *dolus malus* est contraposé à la *fides bona*. Parfois, en revanche, la *diligentia* et la *culpa* sont envisagés comme deux objets distincts et autonomes du *praestare*: c'est dire qu'ils ne se recoupent pas. Notamment la *culpa* qualifiée d'*imperitia* est en soi étrangère à la notion de *fides bona*.

L'idée à laquelle se résume le rapport de la *fides bona* à la *culpa* est la suivante à notre avis: la *fides bona* n'implique pas impérativement une appréciation de la *culpa*, bien au contraire; simplement elle ne l'exclut pas.

C'est dire deux choses:

-elle n'exclut jamais pas une convention des parties destinée à rendre le défendeur responsable de sa *culpa*, et même de sa *culpa imperitia*.

¹⁴⁹⁸ Voir *supra* Dig. 18.1.68pr. (Procul. 6 epist.)

-elle n'exclut pas une interprétation du *quidquid dare facere oportet* qui entraîne une obligation de *praestare culpam*, notamment *ratione personae*. Et ce fut la règle très tôt dans la *locatio conductio*. Il est évident que lorsque l'on confie un travail à un professionnel, les standards de diligence qu'on lui impose implique nécessairement des standards techniques.

2° La clause *ex fide bona* ne constitue, dès l'époque républicaine, en aucune manière une limitation de plein droit du *praestare* au seul dol: même si la *fides bona* fait du *dolum malum* l'objet privilégié du *praestare*, les juristes n'y virent pas une limitation automatique et générale du *praestare* au simple *dolus*, et ce déjà au moins à l'époque de Quintus Mucius, et sans doute bien auparavant. La clause *ex fide bona* offrait simplement prise à une investigation plus élargie des comportements dolosifs. En revanche, elle n'implique pas nécessairement que le juge ait une conception aussi extensive de la connexité au *negotium* lorsqu'il s'agit de simples fautes. Significativement, dans le cas de l'*actio empti*, personne ne doute que la vente a certains *essentialia* comme le *uacuam possessionem tradere*. En revanche, dès que surviennent des prestations qui ne font pas le cœur du contrat de vente, c'est là qu'un doute surgit souvent sur la *culpa* comme objet du *praestare*: dans le cas de l'exécution d'un pacte obligeant le vendeur à récupérer au profit de l'acheteur les loyers perçus sur la chose vendue, Proculus semble avoir voulu dépasser une conception limitative de l'inexécution dolosive du pacte adjoint; de même, Gaius semble encore considérer comme légitime la question de savoir si le vendeur doit « *praestare dolum tantum* » en matière de garde de la chose vendue¹⁴⁹⁹, qui n'est pas l'objet essentiel du contrat de vente (*tradere uacuam possessionem* et *purgari dolo malo*), ou s'il doit *praestare diligentiam*. En réalité, plus on s'éloigne des *essentialia* du *negotium*, plus la question du standard de responsabilité devient floue. Mais les *essentialia* du *negotium* ne sont pas nécessairement tous soumis à une quelconque limitation de responsabilité.

3° Il existe en revanche une explication socio-juridique à ce lien privilégié entre *fides bona* et repression du *dolus malus*, qui donne parfois l'impression d'une limitation de la responsabilité au *dolus malus*, notamment chez Cicéron: pratiquement, les actions

¹⁴⁹⁹ Dig. 18.6.2.1 Gaius 2 cott. rer. *Custodiam autem ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam, ut et diligentiam praestet, an vero dolum dumtaxat, videamus. et puto eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum.*

de bonne foi, pensons-nous, et surtout les actions de bonne foi infamantes, furent employés contre des individus avec qui le demandeur a un lien d'affinité très fort: on ne traîne pas en justice un proche pour une simple faute technique, ou pour une négligence légère, et sans doute cela fut-il dans un premier temps inconcevable; aussi ne l'assignait-on, en pratique, que dans des cas de négligence très lourde manifestant un grave manquement à la *fides*, ou en cas de comportement frauduleux caractérisé. Aussi le problème de la responsabilité pour *culpa levis* n'a-t-il dû se poser que plus tard, dans un second temps. Mais rien ne prouve que, lorsqu'il se posa, on commença par lui donner une réponse négative en rejetant une responsabilité pour *culpa levis* pour toutes les actions de bonne foi.

Notons enfin que la *fides bona* n'exclut nullement la *culpa*, au mieux exclut-elle une responsabilité trop stricte pour *culpa*, une *culpa levissima*. Bien au contraire: on peut tout à fait s'attendre à ce qu'un *bonus uir* répare ses fautes. On peut sans doute ne pas le condamner s'il est prêt à réparer sa *culpa* lorsque l'exécution est devenue par sa faute impossible, voire même un dommage survenu par son fait, même non fautif, parce que justement il manifeste ainsi une attitude de *bonus uir*: ce que nous considérerons à propos de la *satisfactio inter moras litis*.

Sans doute la *fides bona* n'exclut-elle pas la *culpa*; mais elle ne la convoque en aucune manière. Contrairement à la *diligentia*, la *culpa*, la *culpa-imperitia* ne peuvent analytiquement se déduire, comme objets autonomes d'un *praestare*, de la *fides bona*. Simplement, ces deux notions ne s'excluent nullement dans son principe. Au mieux la *fides bona* impose-t-elle casuistiquement de rechercher s'il y a lieu à *praestare culpam*. La seule manière d'opposer *fides bona* et *culpa* serait la suivante: dans la mesure où la conformité à la *fides bona* est aussi exigible du demandeur, oser réclamer réparation de n'importe quelle faute commise par son co-contractant pourrait apparaître contraire à la *fides bona*, au comportement d'un *bonus uir*.

En réalité, la clause *ex fide bona* ne limite pas la responsabilité au dol; elle pose et définit des limites pour une casuistique de la responsabilité subjective.

2.1.2.2. « *quid sit bene agi, magna quaestio* »: une casuistique de la responsabilité subjective reportée initialement à l'*officium iudicis* (Sous-section 2)

La question de Cicéron¹⁵⁰⁰, qui convoque tout de suite dans son esprit les actions de bonne foi et ce qu'en disait Quintus Mucius, montre selon nous deux choses:

-avant l'époque médio-classique, il n'existe pas véritablement de théorie « civile » de la responsabilité contractuelle. Il est significatif que les *Institutes* de Gaius n'en parlent pas lorsqu'ils présentent les différents contrats. Ou plutôt, la « responsabilité contractuelle » ne relève pas de la discipline qui considère abstraitement l'obligation civile et l'*ipsum ius*; elle relève simplement de la théorie des pouvoirs du juge, qui devra s'adapter à chaque institution concernée.

-la responsabilité dans les actions de bonne foi fait l'objet d'une casuistique; la clause *ex fide bona* a pour conséquence de modifier l'objet du *praestare* dans chaque institution; mais encore, à chaque cas, les solutions peuvent être différentes: « *magna quaestio* » pour Cicéron et fait d'un « *magnus iudex* » pour Scaevola.

-« *quid sit bene agi* »; il s'agit avant tout d'un critère comportemental; il s'agit avant tout d'une responsabilité subjective et d'une appréciation des comportements et des moyens mis en oeuvre pour exécuter l'obligation. C'est en cela que la clause *ex fide bona* impose une limite.

Si donc le standard de responsabilité fait l'objet d'une casuistique à reporter initialement à l'*officium iudicis* (I), cette clause ne fait pour les classiques que poser les bornes d'un principe de responsabilité subjective (II).

2.1.2.2.1. Une responsabilité contractuelle initialement reportée à l'*officium iudicis* (I)

La clause *ex fide bona* vient à l'esprit de Cicéron pour évoquer une aporie, une difficulté sur le sens d'un « *bene agi* », lequel est une reprise de la clause présente dans une formule de la fiducie « *ut inter bonos bene agier* ». *Quid sit bene agi?* Pour

Cicéron c'est une *magna questio*; pour son maître Quintus Mucius, la réponse à cette question est un travail de « *magnus iudex* ». La détermination d'un *praestare dolum, culpam, diligentiam* est reporté à la décision d'un juge, en quoi nous voyons, pour parler dans les termes de la jurisprudence classique, que l'appréciation de ce qu'est le *bene agier* est reportée à l'*officium iudicis*. « *magni esse iudicis statuere quid quemque cuique praestare oporteret* ». De manière générale, à elle seule la présence de la clause *ex fide bona* semble plutôt provoquer un doute sur le standard d'appréciation du comportement du défendeur, plutôt qu'elle n'apporte une réponse, et Ulpien se fait encore l'écho de ces doutes que fait surgir la clause: « *uenit in hoc iudicium pro socio bona fides; utrum ergo dolum tantum an etiam culpam praestari oporteat, quaesitum est* »¹⁵⁰¹.

Mais dire que cette appréciation est reportée à l'*officium iudicis* serait une tautologie si l'on se contentait de dire que la qualification d'une inexécution en faute simple, lourde ou dolosive est nécessairement le travail du *iudex*. Plusieurs indices montrent que la théorie de la prestation des fautes est originellement étrangère au droit matériel des obligations volontaires (A) et nous nous proposons à ce titre d'interpréter la théorie dite de l'utilité dans une approche plus processuelle (B).

2.1.2.2.1.1. La théorie de la gradation des fautes, originellement étrangère au droit matériel des obligations volontaires (A)

Un trait fort étonnant dans le livre III des *Institutes* de Gaius est qu'il n'aborde jamais la question d'un standard de responsabilité (*praestare dolum, culpam*) lorsqu'il parle des modes de formation volontaires de l'obligation, ni à propos des contrats *uerbis*, ni à propos des contrats consensuels. On ne saurait l'expliquer par le fait que ces points là étaient trop controversés pour ses étudiants: il présente bon nombre de controverses, même anciennes. On ne saurait non plus l'expliquer par le fait qu'il jugeait la question trop complexe: lorsqu'il présente la question épineuse de la légitimation active à l'*actio furti* pour montrer que ce n'est pas nécessairement le

¹⁵⁰⁰ *De Off.*, III.70.

¹⁵⁰¹ Dig. 17.2.52.1.

propriétaire qui en est le titulaire, il présente la question de l'*utilitas* dans les contrats où le débiteur est détenteur d'une chose, puisque c'est son intérêt qui détermine la légitimation à l'*actio furti*. On ne saurait non plus considérer que le texte a été corrompu: pour aucun des contrats consensuels il n'évoque la question du standard de responsabilité, pas plus qu'il ne l'avait fait à propos de la gestion de la tutelle au livre premier. En réalité, nous pensons que cette question du *praestare dolum/culpam/diligentiam* ne relevait pas originellement d'un droit matériel des obligations.

Le sens de la clause *ex fide bona* et l'appréciation du « *praestare* » fait l'objet d'une casuistique sans véritablement faire l'objet d'un grave *ius controuersum*(1°). La question d'un standard de responsabilité est plutôt comparable à celle qui se pose dans l'interprétation de la clause restitutoire *nec arbitrio iudicis restituetur* (2°)

1°« *quid quemque cuique praestare oportet* », disait Mucius: cette interrogation emploie des indéfinis distributifs singulatifs, montrant que la clause *ex fide bona* ne peut avoir une fonction figée et invariable comme celle de limiter la responsabilité aux comportements dolosifs, ou de fixer un standard uniforme d'appréciation de la faute. Ses effets sont variables non seulement en fonction de l'institution concernée, mais encore en fonction des sous-types d'institution et même en fonction des cas envisagés.

Ainsi, la clause *ex fide bona* ne peut avoir les mêmes conséquences en matière de *praestare* dans le cas de la *locatio conductio* et dans le cas du mandat. La clause *ex fide bona* n'a pas les mêmes effets selon le profil de l'institution concernée, en un mot, ce standard de jugement écrit dans la formule ne peut recevoir une fonction définie qu'en fonction de l'institution visée dans la *demonstratio*. Son interprétation peut alors conduire à limiter la responsabilité au dol, mais elle ne le fait jamais de plein droit.

« *quid quemque cuique praestare oportet* » vise sans doute encore une plus grande singularisation. Chaque type d'action recouvre des sous-types différents, où les obligations sont de nature fort différente: il n'est pas certain que l'appréciation de la responsabilité et du *praestare* soit la même dans le cas d'une *societas omnium bonorum*, et dans celui d'une *societas unius negotii*, à caractère nettement plus commercial. De la même façon, un locataire partiaire ne peut sans doute pas avoir les mêmes exigences vis-à-vis de son bailleur que le locataire qui conclut une opération

purement commerciale. A. Watson¹⁵⁰² a montré que sans doute dans certains types de mandats, par exemple celui du *fideiussor*, la responsabilité est en principe limitée au *dolus*, au vu de différents textes d'Ulpien; la responsabilité d'un *procurator* (qui est tenu de l'*actio mandati* à l'époque classique) semble quant à elle appréciée selon le critère de la *culpa*. Aussi la casuistique règne-t-elle au sein de chaque institution concernée par une formule « *ex fide bona* ».

Il y a plus, encore. Chaque cas a sans doute selon Mucius sa propre économie, et donc le *bene agier* n'y sera pas nécessairement apprécié de la même façon: le « *quid quemque cuique* » alors vise la singularisation maximale, l'appréciation de chaque cas concret. D'une part, un pacte peut explicitement déroger aux standards de responsabilité sur lesquels même la jurisprudence est unanime; parfois, le pacte le montre implicitement: ainsi, l'*aestimatio rei* dans le pacte peut aggraver implicitement le contenu du *praestare*, jusqu'au *periculum*. Souvent, c'est l'économie générale du *negotium* qui peut donner la solution. Significativement l'opinion de Celse¹⁵⁰³ citée par Ulpien lorsqu'il hésite entre le standard du *dolus malus* et celui de la *culpa* dans le cas de l'*actio pro socio* montre une appréciation fort casuistique du *praestare*. Celse considère en effet que l'associé qui n'a rien apporté en capital et qui est chargé de surveiller un troupeau doit « *praestare culpam* »; il le justifie par l'économie générale du contrat en rapport avec les règles du contrat de société: *pretium operae partis est uelamentum*, et cet associé répondra de toutes ses fautes et même de son *imperitia* parce que le prix de son travail (techniquement bien fait) est l'équivalent d'une part dans la société, et c'est même la seule chose qu'il apporte à la société.

Enfin, un contrat qui engendre des obligations de *dare facere* implique souvent un ensemble de prestations disparates, dont l'exécution ne sera pas nécessairement appréciée invariablement selon les mêmes standards. Prenons l'exemple du tuteur. Sa gestion du patrimoine du pupille implique des opérations fort diverses. Ainsi, endommager matériellement une chose semble être apprécié selon le critère de la *culpa leuis*, par analogie avec les critères fondés sur l'interprétation de la *lex Aquilia*; faire une mauvaise opération de prêt pour fructifier le patrimoine du pupille est

¹⁵⁰² *Mandate*, p.

¹⁵⁰³ *et Celsus libro septimo digestorum ita scripsit: socios inter se dolum et culpam praestare oportet, si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus. nimirum ibi etiam culpa praestanda est: pretium enim operae partis est uelamentum. quod si*

apprécié selon la *diligentia quam suis rebus adhibet*. De la même manière, dans la phase in *contrahendo* le vendeur est essentiellement tenu de son dol; dans l'exécution de ses obligations, sa responsabilité est largement accrue.

Il est fort possible que cette casuistique ait parfois abouti à des dissensions dès qu'il s'agissait de dégager une règle générale: « *in plerisque iudicia contraria* », même dans la bouche de Quintus Mucius, pourrait signifier que les opinions ou les sentences, dans la plupart des institutions concernées, semblaient contradictoires. Les deux cas assez célèbres sont ceux de l'*actio pro socio* et ceux de l'*actio mandati*: Justinien nous rappelle que certains voyaient la responsabilité de l'associé limitée au *dolus*, et que d'autres l'étendaient à la *culpa*. L'action de mandat semble faire l'objet de divergences elle aussi. Un célèbre texte de Modestin considère que la responsabilité est limitée au dol; certains textes affirment à titre de principe le contraire. De façon incidente, les textes présupposent parfois une responsabilité pour dol, d'autres fois pour culpa. Mais ce qui est significatif est qu'on n'ait pas la trace explicite d'un *ius controuersum* concernant le mandat. Cela tendrait plutôt à prouver que les juristes ne faisaient pas d'une pareille *regula iuris* un objet de conflit, et pour cause: si le juge doit examiner l'économie générale de chaque situation, le standard effectif qu'appliquera le *iudex* ne correspondra que très rarement au standard général. Aussi ne peut-on considérer que les jurisconsultes classiques firent de cette question un âpre *ius controuersum*, une *quaestio iuris* déterminante. Et, de même que Gaius ne présentait pas cette question en termes de droit matériel, de même il faut voir dans quel autre type d'action une réflexion similaire sur le *praestare dolum aut culpam* pouvait se poser.

2° Significativement, la question du standard de responsabilité n'est jamais abordée à propos des stipulations. Pour les obligations de *dare*, c'est naturel, puisque le schéma exécution/inexécution conduit à rejeter une approche de l'*actione teneri* en termes de responsabilité contractuelle. Mais cette question n'est jamais abordée à propos des obligations de *dare facere* sanctionnées par une action *ex stipulatu*. Elles le sont très rarement au sujet de l'*actio ex testamento*: encore faut-il préciser

rei communi socius nocuit, magis admittit culpam quoque venire. Nous restituons la ponctuation au vu du texte des Basiliques.

qu'Africanus en ce cas se réfère précisément à la discipline des actions de bonne foi¹⁵⁰⁴.

Or un intéressant parallèle nous semble à faire entre le langage qu'emploie encore la jurisprudence classique à propos des *iudicia bonae fidei* et celui qu'elle emploie, non à propos d'autres actions personnelles réipersécutoires, mais à propos d'action réelles à formule restitutoire. La question du *dolus* et de la *culpa* y est formulée dans les mêmes termes: *in iudicium dolus et culpa uenit*, la question majeure qui se pose est de savoir si le défendeur *dolo malo aut culpa desiit possidere*. C'est dans ces actions que se pose le plus souvent la question du *dolus* et de la *culpa* lorsque le défendeur à l'action réelle n'a plus la possession de la chose revendiquée, et les formulations ressemblent étrangement à celles que l'on rencontre au sujet des actions de bonne foi, avec une oscillation entre *dolus* et *dolus et culpa*, et un traitement particulier du *casus*. Un auteur comme Gaius, qui pourtant ne présente pas les degrés de responsabilité dans son étude sur les contrats au livre III, peut formuler les standards à appliquer au possesseur défendeur à l'action réelle d'une manière semblable à celles qu'on rencontre au sujet des actions de bonne foi¹⁵⁰⁵.

Ces standards portent sur le comportement du possesseur durant l'instance, mais aussi en amont de la *litiscontestatio*. Or ce n'est pas l'interprétation de l'*intentio in rem* qui fonde ce questionnement, mais l'interprétation approfondie de la clause arbitraire-restitutoire, qui est au fondement elle aussi d'un *liberum officium iudicis*.

Aussi pensons-nous qu'il en allait de même dans les actions de bonne foi, leurs « cousines » au sein des actions personnelles. La question du standard de la faute relève typiquement de l'*officium* et de l'*arbitrium iudicis*. C'est pourquoi il apparaît aussi libre et fluctuant dans certaines institutions, sans pour autant être traité comme un véritable *ius controuersum*. C'est pourquoi le principal critère directeur le critère de l'*utilitas*, mérite à notre avis une explication plus processuelle.

2.1.2.2.1.2. L'approche processuelle du critère de l'*utilitas* (B)

¹⁵⁰⁴ Dig. 30.108.12 Africanus 5 quaest.

¹⁵⁰⁵ Voir, entre autres, au titre premier du sixième livre, Dig. 6.1.36.1 Gaius 7 ad ed. Provinc. *Qui in rem conuenitur, etiam culpa nomine condemnatur* (...) voir encore au sujet du standard à appliquer à l'héritier du possesseur Dig. 6.1.51 (Pompon. 16 ad sab.) *Si in rem actum sit et in heredem possessoris iudicium datum sit, culpa quoque et dolus malus heredis in hoc iudicium uenit*. Ou encore Dig. 6.1.27.3 Paulus 21 ad ed. (...) *et in speciali in rem actione dolum praeteritum deduci*.

Bien loin de faire du degré de responsabilité un sujet de controverse, la jurisprudence s'attacha manifestement à définir des critères directeurs pour définir concrètement un standard. Il semblèrent plutôt attachés à dégager des critères qu'ils appliquaient à chaque situation concernée, pour dégager le degré de responsabilité approprié.

Les juristes, pour résoudre la question casuistique du « *quid sit bene agi* », la *magna quaestio* et du « *quid praestatur* » ont construits différents paramètres de décision. Sans doute ces critères, qui étaient multiples, ne doivent-ils pas être considérés comme des principes rigides. Bien au contraire, ils n'étaient appliqués effectivement que si le *iudex* les jugeait pertinents.

Le principal d'entre eux, et le plus célèbre, celui de l'*utilitas contrahentium*(1°), s'adjoint à d'autres paramètres (2°). Mais compris comme il le fut depuis l'époque médiévale, en termes de droit matériel, il représente une théorie en totale opposition avec la notion originaire de *fides bona*: c'est pourquoi il faut expliquer le rapport entre *fides bona* et *utilitas*, non en termes de droit matériel, mais en termes d'actionabilité et de bonne foi du demandeur (3°).

1° Le critère de l'*utilitas* remonte significativement au plus tard à Quintus Mucius, celui-là même qui prend acte d'après Cicéron de la dimension casuistique de la clause *ex fide bona*. Sans doute le fait-il à propos de l'*actio commodati*, qui à son époque n'avait qu'une formule *in factum*, mais il est assez vraisemblable qu'il ait utilisé un critère qu'il était habitué à appliquer dans le cas de formules *ex fide bona*. D'ailleurs, il est significatif que Cicéron parle autant des actions de bonne foi dans un texte qui traite du rapport de l'utile à l'honnête: c'est sans doute la question controversée à son époque, du rapport entre *utilitas* et degré de responsabilité, qui convoque dans son raisonnement la question des actions de bonne foi. Dans son optique, il serait malvenu à ses yeux que la faible utilité que je tire d'un contrat m'autorise à être plus négligent que si j'y trouvais une utilité.

Ce critère est présenté par certains textes de manière en apparence rigide: il permettrait de définir de manière fixe le standard de responsabilité dans chaque action en fonction de l'*utilitas*. En réalité, il ne s'agit pas d'un principe, mais bien d'un test, qui peut être appliqué à chaque situation concrète, mais qui peut aussi être écarté. Ainsi, dans le cas du mandat, il est fort vraisemblable qu'un *iudex* allait faire varier le standard de responsabilité selon que le mandat était conclu « *mea gratia* » ou « *mea*

et tua gratia »; on comprend ainsi qu'un mandataire *fideiussor* ne soit tenu que de son *dolus* et de ce qui y est assimilable. De la même manière, si le commodant a un intérêt à voir la chose prêtée, le degré de responsabilité accrue du commodataire est diminué. Significativement, ce type de raisonnement est rappelé par Africanus en matière de fidéicommiss et de legs, et il fait explicitement le parallèle avec les *iudicia bonae fidei*.

2° Par ailleurs, cette règle peut parfaitement être écartée, lorsqu'elle est jugée inopportune et que d'autres considérations prennent le pas sur elle.

Ainsi en va-t-il du critère de l'initiative. Les prudents déterminèrent pour l'*actio negotiorum gestorum* une responsabilité accrue; elle pouvait éventuellement s'expliquer selon le critère de l'utilitas lorsqu'il s'agissait d'un procurator omnium bonorum, qui pouvait tirer une contrepartie de cette procuratio, notamment lorsqu'il s'agissait d'un affranchi, mais non lorsque l'action se cantonna à la gestion spontanée. Sans doute le fait de s'être spontanément immiscé dans les affaires d'autrui justifiait, pour éviter des immixtions trop téméraires, une responsabilité accrue. De manière générale, le critère de l'initiative et de l'offre de contracter était un test qui pouvait être opéré par le juge: dans le cas du mandat, il est significatif que Cicéron, parlant de *culpa* dans le *Pro Caecina*, pense à celui qui se propose d'aider: on est tenu d'une gestion plus rigoureuse lorsqu'on n'a pas seulement accepté, mais proposé de rendre service. Julien accroît ainsi la responsabilité du dépositaire, pourtant simplement tenu en principe de son dol, lorsqu'il a été l'instigateur du contrat de dépôt¹⁵⁰⁶.

De même le tuteur n'était pas seulement tenu de son *dolus*, alors qu'il ne tirait aucun bénéfice de sa gestion. La gratuité conduira souvent à apprécier certains de ses actes selon le critère de la *diligentia quam suis rebus adhibet*, mais non nécessairement, et cela peut s'expliquer par la considération que la tutelle est un office public.

Sans doute d'autres critères étaient-ils encore pris en considération. La proximité et l'affinité entre les parties pouvait tenir un rôle, de même que le caractère plus ou moins « commercial » de l'opération: ainsi, en matière de *locatio conductio*, les artisans professionnels étaient tenus, semble-t-il, à une diligence accrue: c'est la nature de leur activité qui impose la prise en compte de la faute technique. De même,

¹⁵⁰⁶ Dig. 16.3.1.35 *Ulpianus 30 ad ed. Saepe evenit, ut res deposita vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur: ut puta si hoc nominatim convenit. Sed et si se quis deposito obtulit, idem Iulianus scribit periculo se depositi illigasse, ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.*

l'aspect plus ou moins commercial d'un contrat de société, à mesure qu'on s'éloignait du « *ius fraternitatis* », pouvait conduire à une conception plus rigoriste de la faute contractuelle et ce sans même qu'un pacte vienne définir explicitement un *praestare culpam*.

Enfin, la nature infamante de l'action avait pu sans doute dans une certaine mesure jouer un rôle. Il n' a sans doute jamais été question de limiter la responsabilité à la faute lourde dans l'*actio empti* ou dans l'*actio locati*. Ces institutions présentent certaines prestations typiques qui peuvent même impliquer des responsabilités « objectives ». En revanche, la nature infamante de l'action a pu initialement militer en faveur d' une limitation de la responsabilité au dol, dans la mesure où la punition d'infamie devait naturellement s'appliquer à des comportements véritablement blâmables, au même titre qu'un *furtum*, qui suppose nécessairement une attitude frauduleuse et dolosive.

Il est difficile de déterminer si une méthode articulait l'application de ces différents critères. Sans doute les méthodes étaient-elles divergentes, n'étaient jamais simplistes dès lorsqu'on avait affaire à un *magnus iudex*: choisir ou éliminer les critères pertinents faisait sans doute partie de son *liberum officium*¹⁵⁰⁷. La clause *ex fide bona* ne faisait qu'enjoindre au juge de déterminer ce que serait le point de vue du *bonus uir* dans le cas spécifié. *A contrario*, la clause *ex fide bona* ne consistait pas en une limitation *ipso iure* de l'*actione teneri*. C'était une clause dans la formule qui rendait possible une limitation « *officio iudicis* ».

3° La théorie de l'*utilitas*, qui représente le critère le plus unanimement invoqué par les prudents, constitue un paradoxe certain, qui nous semble sous-estimé.

Elle présente un caractère asymétrique : l' *utilitas* du défendeur au rapport d'obligation peut justifier un standard de responsabilité plus sévère. Puisqu'il y trouve un intérêt, le demandeur peut avoir des exigences plus grandes que la simple abstention de tout dol. Mais cela ne pourrait en rien justifier un limitation de sa responsabilité au dol, bien au contraire

En soi la théorie de l'*utilitas*, telle qu'elle fut comprise par les médiévistes, est radicalement contraire à la notion originaire de *fides bona*. Dire que le contenu de l'obligation, du *praestare* est défini par l'utilité que le débiteur trouve au contrat est

¹⁵⁰⁷ Voir à ce propos P. VOICI, « Diligentia » SDHI,

totallement aberrant si l'on prend garde à ce que signifie pour un romain la *fides bona*. Un *bonus uir* n'est pas diligent du fait qu'il trouve une utilité propre au contrat,. Ce serait même un raisonnement contraire à l'éthique d'un *bonus uir*, de dire qu'il n'avait pas à mettre autant de diligence dans les affaires d'autrui parce qu'il n'en tirait pas de profit. Seul un homme de peu accepte un pareil calcul. C'est tout le contraire de l'éthique aristocratique qui se cache derrière la notion de *fides*. "Noblesse oblige". c'est là tout le propos de Cicéron dans le livre III du De Off, qui montre qu'un *bonus uir* trouve non seulement toujours utile d'être honnête, mais va ménager autant qu'il le peut les droits d'autrui. Ainsi il est peu vraisemblable qu'un grand Pontife, membre de la *nobilitas*, comme Quintus Mucius, aille fonder une quelconque limitation substantielle de responsabilité au profit d'un débiteur sur le fait qu'il ne trouve pas d'intérêt au contrat. Ce serait absurde et reviendrait reconnaître que la manière d'agir des *boni uiri* est dictée par l'intérêt. Ce serait déduire de la *fides bona* un droit à la mesquinerie.

Pourtant cette théorie de l'*utilitas* a bien existé en droit romain, et sans doute assez tôt, si bien qu'il faut en comprendre le fondement, qui ne peut être aussi simple que la théorie des degrés de la faute.

Deux explications peuvent en être données, qui ne s'excluent pas.

Soit on peut adopter une hypothèse selon laquelle l'*utilitas* a simplement servi à alourdir le standard de responsabilité, mais non à le limiter: cela reviendrait à dire qu'initialement, à époque médio-républicaine ou au IIème siècle, les actions de bonne foi connaissaient pour la plupart d'entre elles, au moins pour les actions infamantes, une limitation de responsabilité au *dolus*, limitation de fait plus que de droit, dans la mesure où l'on avait de grands scrupules à commencer une phase contentieuse avec celui qui partage avec vous une *societas uita*.

Soit une autre hypothèse est envisageable, que nous préférons même si elle n'exclut pas radicalement la première. Nous pensons que la gradation des fautes selon l'*utilitas* peut être mieux comprise en termes d'actionabilité, si l'on se place du point de vue de la réclamation et de l'attitude du demandeur. Ce qui est contraire à la *fides bona*, c'est d'aller poursuivre quelqu'un pour une faute technique alors qu'il ne trouvait aucune utilité à ce contrat et qu'on en était l'unique bénéficiaire. En réalité c'est le demandeur qui n'agit pas comme un *bonus uir*, lorsqu'il en vient à traîner un proche (tuteur, ami mandataire, associé) pour une simple faute. Il ternit la réputation d'un proche

irréremédiablement, pour une cause pourtant légère. La limitation de responsabilité est alors, de la part du juge, plus une sanction contre le demandeur mesquin.

Il existe donc une tension, qui est bouleversée et perturbée par tout une série d'autres critères. D'un côté, le défendeur, *bonus uir*, devait mettre une diligence même s'il n'avait aucun intérêt propre à l'exécution des prestations qu'il devait, mais le demandeur, *bonus uir* lui aussi, ne devrait pas se montrer trop chicanier avec celui qui ne tire aucun profit du contrat et avec lequel il est souvent en *societas uita*.

Ainsi seulement peut être comprise selon nous la tendance à limiter la responsabilité contractuelle dans les actions de bonne foi, si l'on veut la reporter à l'interprétation de la clause *ex fide bona*.

Au mieux celle fixait-elle une certaine limite à cette casuistique de la responsabilité contractuelle, en ce sens que ce qu'on demandait à un défendeur à une action de bonne foi, c'était simplement de *praestare bonam fidem*.

2.1.2.2.2. *Le principe d'une responsabilité subjective (II)*

La clause *ex fide bona* introduit aux yeux des juristes une appréciation particulière de l'exécution des obligations. Pour parler anachroniquement, *praestare bonam fidem* introduit une appréciation de moyens, et semble tendanciellement limiter l'appréciation de l'exécution des obligations du défendeur, aux moyens mis en oeuvre: s'est-il comporté comme un *bonus uir*? Significativement, la *fides*, la *diligentia* sont justement des comportements à exiger.

« *Nihil amplius quam bonam fidem praestare oportet* »: cette phrase, qui ne signifie pas nécessairement une limitation au dol, insiste sur l'appréciation d'un comportement. « *de bona fide agitur* »: il s'agit bien d'évaluer un comportement. Le juge apprécie essentiellement les moyens mis en oeuvre par le débiteur. « *ut inter bonos bene ager* » enjoint encore une appréciation des moyens mis en oeuvre, et la clause *ex fide bona* conduit avant tout à se poser la question du « *quid sit bene agi* ».

Cette clause a, pensons-nous, une tendance limitative en ce sens qu'elle invite le juge à écarter le plus possible une conception trop stricte de la responsabilité consistant simplement à considérer abstraitement le contenu de l'obligation comme un résultat recherché par le créancier. Même si le contenu de la *bona fides* est incertain,

susceptible d'être discuté, même si son contenu peut être apprécié plus ou moins sévèrement pour le débiteur, ce que le débiteur doit ce n'est, généralement, que *bonam fidem praestare*.

On peut ainsi dire qu'elle écarte tendanciellement une responsabilité objective et pose ce qu'on peut appeler anachroniquement une responsabilité subjective, en ce que cette responsabilité est fondée sur la faute (B) et qu'elle n'admet qu'une responsabilité objective tempérée (A).

2.1.2.2.2.1. *Une responsabilité reposant en principe sur la faute (A)*

Plusieurs indices nous montrent que l'*actioe teneri* exclut assez généralement dans les actions de bonne foi une responsabilité objective (1°), et, par opposition à l'appréciation de l'inexécution dans les actions de droit strict, les actions de bonne foi sanctionnent ce qui s'apparente à des « obligations de moyens » (2°).

1°Plusieurs points montrent que cette responsabilité est tendanciellement limitée à la faute.

-En principe, le débiteur n'a pas à « *praestare casum, periculum* ». Sans doute cette exonération n'est pas d'ordre public, puisqu'elle peut être modifiée par un pacte. Mais l'idée que « *casus a nullo praestantur* » semble admise à titre de principe. Parfois, il semblerait même que la possibilité de transférer la charge d'un risque sur le débiteur par un pacte fasse l'objet de discussions: dans le cas du dépôt, il y a peut-être eu une difficulté initiale à faire peser tout le *periculum* sur le dépositaire ou le mandataire¹⁵⁰⁸; l'*actio pro socio* semble l'exclure, non pas d'ailleurs directement du fait de la clause *ex fide bona*, mais parce que cela serait contraire à la *communicatio lucri et damni* qui caractérise le lien de société.

-Alors même que l'*actio conducti* semble être l'action qui manifeste les plus fortes tendances à la responsabilité objective, dans un cas comme celui envisagé par Paul,

¹⁵⁰⁸ Dig. 17.1.39 Nerva 7 membr. Et ariston et celso patri placuit posse rem hac condicione deponi mandatumque suscipi, ut res periculo eius sit qui depositum vel mandatum suscepit: quod et mihi verum esse videtur. Il est tout à fait possible, néanmoins, que le texte original ait parlé de *fiducia cum amico*.

où l'esclave loué a commis un vol chez le locataire¹⁵⁰⁹ (ou bien a causé un dommage), Paul considère bien que c'est l'action noxale qui doit être utilisée contre le *dominus* de l'esclave, et refuse une conception trop extensive de la *fides bona* qui permettrait d'agir *ex conducto*; on ne pourra lui imputer le dommage que s'il a commis une faute dans le choix de l'esclave à louer: c'est dire qu'on ne peut le rendre responsable que d'une faute établie et avérée, comme le soulignait déjà Labéon¹⁵¹⁰, en matière de *damnum iniuria* causé par l'esclave loué, montrant qu'en ce cas, la responsabilité du bailleur doit être fondée sur son comportement ou sur son attitude blâmable¹⁵¹¹.

-On considère souvent que l'obligation de « *praestare custodiam* » a représenté originellement une responsabilité de plein droit pour les vols et dommages causés à la chose gardée. C'est sans doute vrai originellement. En revanche, de nombreux textes montrent que la *custodia* est assimilée à une responsabilité subjective dans les actions de bonne foi, et qu'elle est subsumée dans le « *praestare diligentiam* », d'où une *custodia diligens*, ou une *diligentia in custodiendo*. On a tort de considérer ces textes comme interpolés: ils montrent simplement que, dans les actions de bonne foi, le *praestare custodiam* fut enserré nécessairement dans une casuistique de la responsabilité subjective du fait de l'interprétation déterminante de la clause *ex fide bona*: le juge appréciera de manière nuancée la diligence apportée dans la garde. Significativement, l'action où les textes semblent hésiter entre *custodia* comme responsabilité de plein droit et « *custodia diligens* » est l'action de commodat. La *custodia* objective était peut-être caractéristique de la formule *in factum* de commodat, mais la formule *ex fide bona* a conduit à interpréter la *custodia* en termes de *diligentia*, parce que cette appréciation est commandée par le modèle de la *fides bona*. Ainsi s'expliquerait ce glissement: la clause *ex fide bona* a invité à considérer l'obligation de garde, typique de la formule *in factum*, en termes de diligence et de moyens mis en oeuvre dans la formule *ex fide bona*.

¹⁵⁰⁹ Dig. 19.2.45.1 Paulus 22 ad ed. *Si hominem tibi locavero, ut habeas in taberna, et is furtum fecerit, dubitari potest, utrum ex conducto actio sufficiat, quasi longe sit a bona fide actum, ut quid patiaris detrimenti per eam rem quam conduxisti, an adhuc dicendum sit extra causam conductionis esse furti crimen et in propriam persecutionem cadere hoc delictum: quod magis est.*

¹⁵¹⁰ Dig. 19.2.60.7 Labeo 5 post. a iav. epit. *Servum meum mulionem conduxisti: negligentia eius mulus tuus perit. si ipse se locasset, ex peculio dumtaxat et in rem versum damnum tibi praestaturum dico: sin autem ipse eum locassem, non ultra me tibi praestaturum, quam dolum malum et culpam meam abesse: quod si sine definitione personae mulionem a me conduxisti et ego eum tibi dedissem, cuius negligentia iumentum perierit, illum quoque culpam me tibi praestaturum aio, quod eum elegissem, qui eiusmodi damno te adficeret.*

¹⁵¹¹ Paul reprendra ce raisonnement à propos de l'action de commodat. Dig. 13.6.22 Paulus 22 ad ed. *Si servus, quem tibi commodaverim, furtum fecerit, utrum sufficiat contraria commodati actio (quemadmodum competit, si quid in curationem servi impendisti) an furti agendum sit, quaeritur. et furti quidem noxalem habere qui commodatum rogavit procul dubio est, contraria autem commodati tunc eum teneri, cum sciens talem esse servum ignorantii commodavit.*

-Les *recepta nautarum, stabularii*, imposaient originellement une responsabilité objective, que Labéon a proposé de limiter par voie d'exception. Mais le fait qu'on ait eu recours dans un certain nombre d'activités à des formules *in factum* pour imposer une responsabilité « absolue » à une certaine catégorie de cocontractants présumés parfois peu scrupuleux prouve que l'obligation de *praestare bonam fidem* était conçue comme une obligation fort limitée; c'est même ce qui ressort de l'explication d'Ulpien à propos de l'édit qui les annonce¹⁵¹².

-Significativement, lorsqu'on veut que son débiteur soit tenu d'une responsabilité « objective », on adjoint des stipulations, sanctionnés par des actions de droit strict: ainsi, pour l'éviction et les vices cachés dans la vente. Pourquoi emploie-t-on si souvent des *stipulationes*, alors qu'on aurait pu procéder à des pactes *in continenti*? C'est sans doute parce que le créancier cherche un résultat sans entrer dans une casuistique de l'exécution de bonne foi du pacte. Sans doute la bonne foi exige-t-elle à époque classique qu'un vendeur ne refuse pas les stipulations contre l'éviction ou contre les vices cachés, et ce parce que la coutume et l'usage dans la vente sont devenus tels, mais cela est un autre problème, car être contraint par l'*actio empti* à s'obliger par stipulation pour être tenu d'une responsabilité objective, et répondre de plein droit d'une responsabilité objective sont deux choses différentes; le fait d'y avoir recours prouve a contrario que le simple « *bonam fidem praestare* » ne permet pas d'imputer de plein droit une éviction ou un vice caché au vendeur: c'est son refus de stipuler contre l'éviction qui met en jeu sa responsabilité, non l'éviction en elle-même, parce que ce refus est contraire à la bonne foi.

2° La *fides bona* toutefois, en tant qu'elle se réfère à un *liberum officium iudicis*, n'exclut pas de plein droit toute forme de responsabilité objective: elle est une directive qui n'impose que tendanciellement une appréciation de la responsabilité en termes de fautes, surtout dans les prestations accessoires. La distinction entre droit strict et bonne foi pourrait ainsi s'assimiler à notre distinction entre obligations de résultats et obligation de moyens.

¹⁵¹² Ulpien 4.9.3.1: (...)et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui receperit tenetur, etiam si sine culpa eius res perit vel damnum datum est(...) Il est à noter que ce bout de phrase, au vu de ce qui précède, pourrait tout à fait être la pensée de Pomponius au style direct.

Cicéron manifeste incidemment, lorsqu'il oppose la stipulation aux actions de bonne foi¹⁵¹³, pensons-nous, grossièrement, une opposition entre l'appréciation qu'un juge fera de l'exécution d'une obligation dans une action fondée sur un contrat *uerbis*, et une action de bonne foi. Les *obligationes uerbis* sont appréciées strictement selon le schéma exécution/inexécution (*id non facit*), « *sine ulla religione iudicis* »; dans les actions de bonne foi, c'est un comportement (en l'occurrence il le qualifie de *delictum*), un manquement à une obligation de bonne foi ou de diligence qui justifie la condamnation.

Toutefois, la distinction de Cicéron est grossière en ce sens que dans le cadre de contrats *uerbis*, un débiteur bénéficie aussi de causes d'exonération même si « *quod spopondit, id non fecit* ». Mais on pourrait, *mutatis mutandis*, utiliser la vieille distinction de Demogue entre obligations de moyens et obligations de résultat. Les contrats *uerbis* du droit romain généreraient en principe l'équivalent d'obligations de résultats: si le demandeur montre que la prestation n'a pas été fournie et que la stipulation est donc « *commissa* », ce sera au défendeur de s'exonérer et montrer soit un fait du tiers, soit une cause étrangère, soit, à partir d'une certaine époque, prouver une absence de faute. Sans doute ces causes d'exonération furent-elles élaborées lentement par la jurisprudence, mais les obligations de droit strict liaient « strictement » le défendeur, d'où la formule de Cicéron « *si quod spopondit, id non fecit, sine ulla religione iudicis condemnatur* ». A l'inverse, les actions de bonne foi sanctionneraient des obligations de moyens, où c'est au demandeur de prouver un manquement à la bonne foi¹⁵¹⁴. Mais la distinction ne supposerait pas originellement l'existence de deux types d'obligations civiles, mais plutôt deux schémas processuels distincts. L'opposition entre actions de droit strict et actions de bonne foi signifierait plutôt deux méthodes différentes d'appréciation de l'exécution des contrats par le *iudex*, et la clause *ex fide bona*, dans ce schéma, ne représenterait pas simplement une limite *ipso iure* à la responsabilité du défendeur, mais bien plutôt un avantage processuel: ce serait au demandeur de montrer qu'il a manqué à la bonne foi, qu'il n'a pas mis en oeuvre tous les moyens que mettrait un *bonus uir* pour aboutir au résultat

¹⁵¹³ *Caec. §7 Si quis quod spopondit, qua in re verbo se uno obligavit, id non facit, maturo iudicio sine ulla religione iudicis condemnatur; qui per tutelam aut societatem aut rem mandatam aut fiduciae rationem fraudavit quempiam, in eo quo delictum maius est, eo poena est tardior?*

¹⁵¹⁴ Remarquons à ce titre que l'article 1147 de notre code civil (interprété par Demogue comme applicable aux obligations de résultat) s'inspirerait davantage du régime des actions dites de droit strict (en tant qu'il exclut explicitement la bonne foi comme cause d'exonération), tandis que notre article 1137 serait plutôt inspiré du régime des actions de bonne foi

recherché: c'est d'ailleurs ce qui expliquerait l'existence de voie de droit prétorienne comme les *recepta nautarum, stabulariorum et cauponum*: dans ces cas particuliers, le préteur a jugé préférable que certains prestataires soient tenus objectivement par l'action, et c'est à eux de montrer, par voie d'exception, que la perte ou la détérioration ne leur est pas imputable. En ce cas, le demandeur n'aura pas à prouver un manquement à la bonne foi.

2.1.2.2.2. Des cas de responsabilité objective tempérée (B)

Des cas apparents de responsabilité objective se présentent dans la discipline des actions de bonne foi. Mais elles sont très particulières. Car l'absence de *fides bona* est malgré tout la condition nécessaire pour une condamnation à l'*id quod interest*. Notons que ces cas concernent typiquement les *actiones empti uenditi locati conducti*, c'est-à-dire des actions non-infamantes, qui ne peuvent être assimilées à de pseudo-actions délictuelles visant tout particulièrement un manquement à la *fides bona*, et où les intérêts des parties au contrat sont nécessairement contradictoires. La question du *quid praestatur* et de la réparation y prend une tournure particulière. Car seule la contrariété à la *fides bona* peut fonder une condamnation à l'*id quod interest*. Ainsi, la bonne foi devient un paramètre qui porte essentiellement non sur le principe, mais sur le montant de la condamnation: le juge tempèrera *ex aequo et bono* ce montant selon que le débiteur était de bonne ou de mauvaise foi. C'est ce que montre à plusieurs reprises Julien à propos de l'*actio empti* (1°) et Servius à propos de l'*actio conducti* (2°), et ils sont suivis en cela par d'autres prudents.

1°Le juge n'évaluera pas de manière uniforme la condamnation du fait du paramètre de la *bona fides* comme nous le montre Julien par deux fois à propos de l'*actio empti*.

Ulpian¹⁵¹⁵ nous dit que Julien fait une « *differentia in condemnatione ex empto* », le terme nous paraissant technique et renvoyant à la *condemnatio* comme *pars formulae*,

(obligations de moyens), bien qu'il ait pour but de mettre fin à la théorie de l'*utilitas* et de la gradation des fautes élaborée précisément par le droit savant au sujet des actions de bonne foi.

¹⁵¹⁵ Dig. 19.1.13pr. Ulpianus 32 ad ed. *Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero*

au « *eius condemna* », lequel « *eius* » ne fait que reprendre *quidquid...oportet ex fide bona*, et la clause *ex fide bona* constituant donc le fondement de cette « *differentia in condemnatione* ». Si le bien vendu est atteint d'un vice caché, le vendeur ne devra que la différence entre le prix payé et la valeur réelle de la chose au cas où il ignorait ce vice; à l'inverse, s'il connaissait ce vice, la condamnation tiendra compte de tous les *detrimenta* subis par le vendeur, *damnum emergens* comme *lucrum cessans*. Julien considère de même¹⁵¹⁶ que l'éviction de la chose vendue conduira non pas à condamner à l'*id quod interest*, comme le permet l'*intentio incerta*, mais juste au *pretium* si le vendeur n'avait pas d'attitude dolosive et ne savait pas que le bien vendu était *alienum*. Le critère de la *fides bona* détermine effectivement le montant estimé de la condamnation: dans un cas, où le vendeur n'est pas dolosif, c'est la restitution du prix; dans l'autre cas, c'est le paiement de l'*id quod interest*. La bonne foi a une vertu limitative pour le défendeur: elle limite le montant et la nature de la réclamation: restitution du prix, et non réparation du préjudice. Ainsi Julien fait implicitement de la bonne foi un critère différenciateur, et fait dépendre le montant de la condamnation ou le principe de la condamnation essentiellement de la présence de cette clause dans la formule. Mais notons que, par le « *posse defendi* », l'existence même d'un devoir de restitution du prix en cas d'éviction n'allait pas de soi, et c'était Julien qui défendait là une position controversée. Le principe restait donc celui d'une responsabilité subjective¹⁵¹⁷.

sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morborum perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum.

¹⁵¹⁶ Dig. 19.1.11.18 Ulpianus 32 ad ed. *Qui autem habere licere vendidit, videamus quid debeat praestare. et multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur per se venientesque a se personas non fieri, quo minus habere liceat, an vero per omnes. nam si per se, non videtur id praestare, ne alius evincat: proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex empto non tenebitur. sed Iulianus libro quinto decimo digestorum scribit, etiamsi aperte venditor pronuntiet per se heredemque suum non fieri, quo minus habere liceat, posse defendi ex empto eum in hoc quidem non teneri, quod emptoris interest, verum tamen ut pretium reddat teneri. ibidem ait idem esse dicendum et si aperte in venditione comprehendatur nihil evictionis nomine praestatum iri: pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi: neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventionem, ut emptor rem amitteret et pretium venditor retineret.*

¹⁵¹⁷ Cf. encore une autre solution, de Julien, similaire, Dig. 18.1.45 Marcianus 4 reg. *Labeo libro posteriorum scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, trebatio placere ita emptori praestandum quod interest, si ignorans interpola emerit. quam sententiam et pomponius probat, in qua et iulianus est, qui ait, si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri, si sciebat, etiam damni quod ex eo contingit: quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum quod vendidit praestet.*

2° Tout comme dans le cas précédent concernant l'*actio empti*, Servius tempérerait lui aussi la condamnation dans une *actio conducti* selon le critère de la bonne foi¹⁵¹⁸ : si quelqu'un a loué un fonds sur lequel poussent des herbes empoisonnées ayant causé la mort du troupeau, il ne peut être tenu envers le locataire pour l'*id quod interest*, pour l'intégralité du préjudice subi, que s'il avait connaissance de cette herbe empoisonnée, donc s'il avait une attitude dolosive au moment de la formation du contrat; autrement, il ne doit pas réclamer le loyer, et donc on peut en déduire qu'il est éventuellement tenu par l'*actio conducti* seulement à hauteur de ce loyer qu'il a perçu. Telle fut la solution préconisée dès l'époque de Servius¹⁵¹⁹.

Ulpien rappelle d'ailleurs une solution similaire en matière d'*actio conducti* déjà ancienne puisqu'elle fut partagée par Méla, non pas lorsqu'il s'agit d'un vice de la chose, mais d'une destruction de la chose durant l'exécution du contrat¹⁵²⁰. Si un immeuble loué et dont le loyer annuel avait été versé s'écroule (sans faute du loueur) au bout de six mois, le locataire pourra simplement réclamer par l'*actio conducti* la somme égale à la moitié du loyer, non la réparation intégrale du préjudice subi. Il est significatif que le problème soulevé par Méla ait été de savoir si l'on pouvait (ce qu'il rejette) en ce cas employer la *condictio indebiti*. Lorsque l'action ne sert qu'à récupérer, pour ainsi dire, un paiement devenu sans cause, elle fonctionne comme une *condictio* de type strict et objectif. Le critère de la bonne foi n'y entre aucunement en jeu, sinon en ce que ne pas restituer un paiement devenu sans cause serait contraire à la bonne foi, tout comme Julien considérait que l'éviction de l'acheteur ouvrait droit au remboursement du prix.

On ne sait pas si ces cas apparents de responsabilité objective furent des solutions trouvées uniquement à l'époque classique. En tous les cas, elles montrent que le juge, en tenant compte de la bonne foi, peut limiter le montant de la condamnation, même dans ces institutions particulières que sont la *locatio conductio* et l'*emptio uenditio*.

¹⁵¹⁸ Dig. 19.2.19.1 Ulpianus 32 ad ed. *Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest nec ignorantia eius erit excusata: et ita cassius scripsit. aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur: hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur, si scisti, si ignorasti, pensionem non petes, et ita servio labeoni sabino placuit.*

¹⁵¹⁹ Notons toutefois que cette limitation n'a rien d'absolu, et relève de la *condemnatio*, donc davantage de l'*officium iudicis* que de la *ueritas* de l'*oportere*. C'est pourquoi il est tout à fait susceptible de dérogations. Le texte montre ainsi deux solutions différentes dans l'action *conducti*, selon le cas considéré. Car si des vases endommagés avait été loués et ont laissé échapper le vin, alors la solution préconisée par Cassius est que le loueur devra de toute manière réparer l'intégralité du préjudice subi, même s'il ignorait le vice: on se retrouve là devant un des rares cas de responsabilité purement objective.

¹⁵²⁰ Dig. 19.2.19.6

La limitation de l'*actione teneri* par l'*interpretatio bonae fidei* n'est donc pas une limitation de plein droit de la responsabilité contractuelle au *dolus*.

La clause *ex fide bona* vise avec une particulière intensité le *dolus malus*, et ce de manière privilégiée, ce qui explique que l'on puisse très efficacement réprimer toutes les formes de *dolus malus* connexes au *negotium*, et que l'on puisse avoir une conception assez élastique de ce qu'est un *dolus malus*. Certes, le standard minimal commun à toutes les formules *ex fide bona* étant le *dolus malus*, le lien entre *fides bona* et *dolus malus* est net.

Mais la clause n'exclut pas la *culpa*; elle ne la convoque pas non plus nécessairement, au mieux convoque-t-elle une *culpa lata quae dolo malo aequiparatur*, et c'est à la jurisprudence qu'il est revenu de justifier des standards de responsabilité plus sévères, qui ne sont pas à prendre comme des principes rigides, ni impératifs, ni même toujours supplétifs; ils représentent des critères directeurs, un modèle initial que le juge sera amené à amender au cas par cas, selon l'économie générale du *negotium* qui lui est présenté, soit en aggravant, soit en limitant le contenu du *praestare*.

En revanche, cette clause semble bien introduire pour les prudents une limitation générale à la responsabilité contractuelle, en ce qu'elle exclut tendanciellement une responsabilité objective, de droit strict, et en ce qu'elle impose avec insistance au juge d'apprécier l'exécution de l'obligation avant tout en termes de moyens mis en oeuvre par le défendeur, et non de résultats obtenus.

Toutefois, comme cette limitation n'est pas de plein droit, mais qu'elle est faite *officio iudicis*, elle n'exclut pas, *iure ciuili*, des formes de responsabilité objective: simplement, la présence de la clause *ex fide bona* conduit à limiter le contenu de la prétention du demandeur: il ne peut généralement pas exiger l'*id quod interest*.

Ainsi, la clause *ex fide bona* joue un rôle ambivalent dans la délimitation de l'*actione teneri*, et sur la possibilité d'une condamnation. Mais elle nous paraît avoir un rôle beaucoup plus déterminant et univoque: quand bien même le principe d'une condamnation, l'*actione teneri*, est établi et avéré, son interprétation conduit avant tout à envisager des obstacles à la condamnation contre la *stricta iuris ratio* lorsque celui qui était débiteur se montre être, après la *litis contestatio*, un défendeur de bonne foi.

2.2. Chapitre Second. La bonne foi du défendeur comme obstacle à la condamnation: l'*interpretatio bonae fidei* et les tempéraments de procédure dans les actions de bonne foi

Dans la mesure où elle détermine l'*actioe teneri*, la clause *ex fide bona* bien entendu détermine *a contrario* les cas où le débiteur n'est pas tenu par l'action. Mais le défendeur peut montrer sa bonne foi dans la phase *apud iudicem* quand bien même il aurait manqué à son obligation, et c'est à ce titre que l'interprétation de la clause *ex fide bona* entraîne une série de tempéraments aux règles générales de procédure formulaire.

Une idée les résume: alors qu'en principe, c'est le seulement le défendeur qui est tenu par l'*intentio* de la formule, qui fixe les termes du litige *tempore litis contestatae*, la bonne foi ne peut être « *aestimata* » qu'« *ut inter bonos* », et selon le *tempus rei iudicatae*: la soumission aux exigences de bonne foi s'apprécie ainsi tout au long de l'instance, et cette exigence pèse aussi indirectement sur le demandeur. Un certain nombre d'effets liés à la clause *ex fide bona* dérogent aux règles générales du *ius civile*, à la *stricta iuris ratio*: puisque c'est un *condemnari ex fide bona oportere* qui naît de la *litis contestatio* et de la délivrance du *iudicium*, la clause *ex fide bona* conduit à deux types de conséquences implicites qui dans d'autres formules ne peuvent reposer que sur des indications explicitement fournies par le préteur au juge:

- l'interprétation de la clause *ex fide bona* lui donne les mêmes fonctions qu'une clause restitutoire-arbitraire. Ou pour le dire autrement, les prudents interprètent le *condemnari oportere* comme un *condemnari oportere nisi restituetur*, avec des effets similaires à ceux des formules arbitraires.

- son interprétation lui donne les mêmes fonctions qu'une exception, et conduit le juge à déterminer le principe et le montant de la condamnation en fonction des obligations et des comportements, passés ou présents, du demandeur. A ce titre, l'interprétation qu'en donnent les prudents lui donne les mêmes effets qu'une *exceptio doli generalis*.

C'est pourquoi l'interprétation des formules à clause *ex fide bona* a conduit à deux grands types d'entorses aux règles communes de la procédure formulaire:

-une entorse à l'effet fixateur de la *litis contestatio*: la bonne foi s'apprécie sans égard pour le *tempus litis contestatae*, et sa manifestation cruciale est dans la phase *apud iudicem* (section 1)

-une entorse à l'unilatéralité de la formule: c'est a contrario le demandeur lui-même qui doit se soumettre à l'exigence de bonne foi(section 2).

Section 1: l'entorse à l'effet extinctif et fixateur de la *litis contestatio*: l'office du juge et l'examen de la bonne foi du défendeur *post litem contestatam*

Section 2: l'entorse à l'unilatéralité de la formule: l'office du juge et l'examen de la mauvaise foi du demandeur

2.2.1. . Les entorses à l'effet extinctif et fixateur de la *litis contestatio*: l'office du juge et la 'satisfactio post acceptum iudicium' (Section 1)

Apprécier l'exigence de bonne foi et la soumission du défendeur à cette exigence ne se limite pas à examiner son comportement comme débiteur avant la *litis contestatio* qui fixe en principe les termes du litige. Si la délivrance de la formule établit un *condemnari ex fide bona oportere*, et non un simple *condemnari oportere*, la condamnation se fonde sur un manquement « actualisé » à la bonne foi, de la part du défendeur, qui peut *a contrario* la manifester en cours d'instance. Le *condemnari ex fide bona oportere* est comparable, du point de vue de sa discipline interprétative, au *condemnari oportere nisi restitatur* des formules arbitraires et c'est ce qui lui donne une portée de nature beaucoup plus procédurale.

Que doit faire le *iudex* si le défendeur propose une « *satisfactio* » (exécution, réparation) après la délivrance de la formule, en cours d'instance? La réponse n'est en rien évidente dans la procédure formulaire, alors que c'est une règle générale de procédure civile dans la plupart des législations modernes, que, même en cours d'instance, l'exécution de la prestation qu'on doit est libératoire.

En quoi l'office du juge lui permet-il d'absoudre le défendeur qui satisfait en cours d'instance? Quelle part prend-il dans la détermination de la juste *satisfactio*?

C'est parce que la clause *ex fide bona* invite le *iudex* à tenir compte de la bonne foi manifestée en cours d'instance que le juge peut absoudre le défendeur qui satisfait *post acceptum iudicium* (Sous-section 1) et qu'il peut évaluer *secundum bonam fidem* le montant de cette *satisfactio* (Sous-section 2).

Sous-section 1: La *satisfactio post acceptum iudicium*: une cause d'absolution *secundum*

bonam fidem

Sous-section 2: *La litis aestimatio*: l'office du juge et l'évaluation *secundum bonam fidem*

2.2.1.1. *L'entorse à l'effet extinctif: la satisfactio post acceptum iudicium et l'absolution secundum bonam fidem (Sous-section 1)*

En matière de droits personnels, l'effet fixateur et novatoire de la *litis contestatio* a une conséquence désastreuse pour le défendeur. Il ne peut éteindre son obligation par un paiement survenu après la *litis contestatio* et la délivrance de la formule, qui a éteint l'obligation et figé les termes du litige¹⁵²¹: le *dari oportere* est éteint pour ne laisser place qu'à un *condemnari oportere*. C'est là la portée qu'ont donnée les juristes républicains à l'effet extinctif et novatoire de la *litis contestatio*¹⁵²²: il se manifeste dans sa forme la plus brutale dans un procès fondé sur la formule de l'*actio certae creditae pecuniae*. Le paiement survenu après la délivrance de la formule n'a pas d'effet libératoire, en principe, et l'on ne pourra le faire valoir, éventuellement, que par une *exceptio doli* insérée dans la formule de l'*actio iudicati*. Telle est la situation exprimée par Gaius lui-même: *Stricto iure*, la formule a figé les termes du litige¹⁵²³. Mais les actions de bonne foi constituaient au début de l'époque classique une entorse originale à ce principe. Puisque l'exigence de bonne foi survit à la *litis contestatio* (I) la bonne foi peut encore être manifestée cours d'instance et sera appréciée effectivement *tempore rei iudicatae*(II).

2.2.1.1.1. *Le fondement: l'appréciation de la bonne foi indifférente au tempus litis contestatae (I)*

Ce qui constituait originellement une propriété spécifique des actions de bonne foi nous est mal connu et son étude se heurte à différentes difficultés philologiques(A), mais il nous semble possible de reconstituer son fondement dans la formule: c'est l'indifférence des exigences de la bonne foi au *tempus litis contestatae* (B)

2.2.1.1.1.1. *Les difficultés philologiques d'une étude de la satisfactio inter moras litis (A)*

¹⁵²¹ RZ, p.297.

¹⁵²² Inst., III.180.

¹⁵²³ Gaius, Inst. IV, 114. *Superest, ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is, cum quo agitur, post acceptum iudicium satisfaciat actori, quid officio iudicis conueniat, utrum absolueret an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat(...)*

Du fait du triomphe de la position sabinienne (1°), on connaît mal la position de leurs adversaires (2°), qui exprime l'originalité initiale des actions de bonne foi (3°).

1° Cette conséquence théorique qui ne fait pas de la *satisfactio post acceptum iudicium* une cause d'absolution dans le cas des actions personnelles a été combattue de manière radicale par Sabinus et Cassius, sans doute conscients du caractère artificiel du régime de la *litis contestatio*. Selon eux, d'après Gaius, « *omnia iudicia absolutoria sunt* »¹⁵²⁴ : il est difficile de savoir ce que cet adage (*uolgo dicitur*) signifie exactement, et notamment *iudicium* : l'instance *apud iudicem* permet-elle toujours au juge d'absoudre ? Ou bien, par référence au *condemnari oportere* qui naît de la *litis contestatio*, suite à quoi les *iudicia* seraient dits en principe *condemnatoria*, ils considèrent la possibilité d'une solution même si le *condemnari oportere* est vérifié au moment de la *litis contestatio*, d'où l'idée de *iudicia absolutoria*. En tous les cas, selon eux les conditions substantielles de la condamnation doivent être aussi réunies au jour de la condamnation, et non uniquement au moment de la *litis contestatio*. En termes de droit matériel, la *deductio in iudicium* éteint selon eux l'obligation civile, mais laisse subsister une obligation naturelle : le paiement de la dette est donc valable après la *litis contestatio* et doit être pris en compte par le juge qui pour cette raison absoudra le défendeur.

Sans doute les Sabinieniens ne sont-ils pas les premiers à avoir eu cette idée, et peut-être commença-t-on à envisager la possibilité d'une libération en cas de *satisfactio inter moras litis* dans certaines actions de droit strict lorsqu'elles visaient un *incertum* : Ateius¹⁵²⁵, un disciple de Servius cité par Labéon et retransmis par Javolénus, semble ainsi considérer qu'une *solutio* est encore possible dans la phase *apud iudicem* dans le cas où l'héritier était obligé, par un legs *per damnationem*, de donner au légataire un fonds qui n'appartenait pas au testateur mais qu'il n'avait pu racheter¹⁵²⁶. Mais c'est peut-être une particularité du legs *per damnationem*¹⁵²⁷. En tous les cas, si la position sabinienne *omnia iudicia absolutoria esse* s'est construite d'abord au cas par cas, c'est sans doute à propos des formules à *intentio*

¹⁵²⁴ Gaius, *Inst.*, IV, 114.

¹⁵²⁵ Dig. 32.30.6 Labeo 2 post. a iav. Epit.

¹⁵²⁶ Dig. 32.30.6 Labeo 2 post. a iav. Epit. *Si aedes alienas ut dares damnatus sis neque eas ulla condicione emere possis, aestimare iudicem oportere ateius scribit, quanti aedes sint, ut pretio soluto heres liberetur. Idemque iuris est et si potuisses emere, non emeris.* Le texte parle en effet de la libération de l'héritier défendeur sans référence à une quelconque condamnation. C'est donc qu'il peut se libérer dans la phase *apud iudicem*. Il est en tous les cas inutile de suspecter ce texte d'interpolation au motif que dans la *cognitio extra ordinem* la *litiscontestatio* n'a plus d'effet extinctif sur les créances et les dettes. Il n'y a pas de raison à notre avis de penser qu'il s'agit d'un autre Ateius que le disciple de Servius contemporain de Labéon. Il est significatif que ce soit un grand sabinien comme Javolénus qui nous transmette cette position.

¹⁵²⁷ En effet, l'héritier peut sans doute être libéré même dans la phase *apud iudicem* par une *solutio* solennelle *per aes et libram* lorsqu'il s'agit de choses certaines, et c'est peut-être par analogie avec cette possibilité que, dans l'action incertaine *ex testamento* le juge peut absoudre le défendeur qui paie l'estimation du bien qu'il ne pouvait acheter.

incerta.

Et telle est la doctrine qui a triomphé avant même le déclin de la procédure formulaire. Il est difficile de dire si c'est la concurrence de la *cognitio extra ordinem* qui a conduit à ce triomphe. Mais il est en tous les cas extrêmement difficile d'étudier l'office du juge face à la *satisfactio inter moras litis* comme une propriété originale des *iudicia bonae fidei* à l'époque préclassique ou classique: le Digeste reproduit essentiellement l'opinion de juristes favorables à la position sabinienne, selon laquelle c'est une règle générale que le paiement de la dette après l'instance est libératoire. Quant à notre seule source classique en dehors du Digeste, Gaius est justement favorable à la doctrine sabinienne « *omnia iudicia absolutoria esse* ». Il relate pourtant, très évasivement, la position de ses adversaires.

2° Cette position sabinienne semble encore représenter une difficulté, au moins théorique, à l'époque de Gaius, qui, quoique Sabinien, relate la position des Proculiens, dans un texte malheureusement mutilé¹⁵²⁸, et qui n'est bien évidemment pas reproduit par les *Institutes* de Justinien. C'est le seul, pourtant, qui nous présente de manière explicite leur vue générale sur les conséquences de la *satisfactio inter moras litis*. Pour eux, elle n'a pas d'effet libératoire sur le *condemnari oportere*.

Les « Proculiens » tolèrent deux exceptions à l'impossibilité d'une absolution pour *satisfactio post litis contestationem*:

-Les formules dites arbitraires: la clause « *neque/nisi (arbitrio tuo) restituetur* », dite clause restitutoire, est présente dans l'ensemble des formules des *actions in rem*¹⁵²⁹, et dans une série d'actions personnelles, (*sunt etiam in personam tales actiones*), civiles¹⁵³⁰ ou prétorienes¹⁵³¹. C'est la raison qu'ils donnent eux-mêmes (d'où l'emploi du subjonctif-*exprimatur*): la formule prévoit précisément cette absolution.

-Les *iudicia bonae fidei*: c'est Gaius qui nous donne une raison qu'il partage (d'où l'emploi de l'indicatif « *est* »), raison de principe, mais raison lacunaire, qui est restée fameuse: « *in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis* »: l'office du juge est libre.

Ce passage de Gaius appelle plusieurs remarques:

¹⁵²⁸ *Inst.* IV,114 (...) *hoc est, quod uolgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia absolutoria esse. [.] de bonae fidei autem iudiciis idem sentiunt, quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis. tantumdem et de in rem actionibus putant, quia formulae uerbis id ipsum exprimatur [. . . . vv. 7] sunt etiam in personam tales actiones in quibus ex-primitur [. . . . vv. 7] actum fuit.*

¹⁵²⁹ *Supra.*

¹⁵³⁰ Par exemple l'*actio ad exhibendum* possède un *nec exhibebitur* semblable au *nec (arbitrio tuo) restituetur*.

¹⁵³¹ Par exemple l'*actio de dolo*, mais même la plupart des actions prétorienes.

-Dans les formules arbitraires, la possibilité d'une absolution est exprimée très clairement (*formulae uerbis id ipsum exprimatur*); à l'inverse, aucune directive précise dans un *iudicium in quo additur ex fide bona* n'enjoint au juge de tenir compte d'une éventuelle *satisfactio post litis contestationem*. On rejoint là une donnée que l'on retrouvera à propos du pouvoir de compensation: qui s'opère selon Gaius « *nec aperte uerbis* », par opposition à la compensation prévue explicitement dans certaines formules par le préteur¹⁵³². Une pareille possibilité n'a pourtant pu être créée *ex nihilo* mais s'est nécessairement dégagée d'une interprétation de la formule. Elle est présentée semble-t-il comme une particularité non des actions à *intentio incerta*, mais bien comme une particularité des *iudicia bonae fidei*.

-L'explication de Gaius dans le cadre des *iudicia bonae fidei* est très lacunaire, et l'on peut y voir deux raisons qui d'ailleurs ne s'excluent pas. Ou bien elle est lacunaire parce qu'il en a déjà parlé lorsqu'il parlait de la compensation: malheureusement, les pages 210 et 211 du manuscrit de Vérone ne sont pas non plus lisibles. Ou bien il donne une explication lacunaire, et pour cause, il est sabinien: il ne se souciera pas de prouver avec maints détails une dérogation à une règle qu'il combat. La justification trop spécifique de l'exception ne ferait que confirmer a contrario le bien-fondé de la règle générale. D'ailleurs, si, pour le cas des formules arbitraires, il emploie le subjonctif (*exprimatur*) pour se distancier de cette explication, ce n'est pas, bien entendu, parce qu'il n'est pas d'accord avec l'énoncé, qui factuellement est incontestable. C'est parce qu'il refuse de cautionner une pareille justification, en tant que Sabinien. Autrement, ce serait reconnaître que, si le préteur a prévu cette possibilité dans certaines formules en insérant la clause arbitraire, c'est qu'elle serait exclue dans d'autres. Quant à cette possibilité dans le cadre des *iudicia bonae fidei*, il la justifie donc d'une façon extrêmement générale, « *liberum est officium iudicis* », principe qu'il a déjà entrevu pour la compensation, et qui renvoie à un « *nec aperte uerbis* »: la règle est implicitement contenue dans la formule. Une pareille justification ne le dérange pas, il l'exprime à l'indicatif et l'assume, parce qu'elle ne va pas foncièrement contre la règle sabinienne, qui est que, de toute façon, la possibilité d'une absolution en cas de *satisfactio post l.c.* ne dépend pas de sa prévision explicite dans une formule. L'explication est toutefois là encore lacunaire pour la même raison: la justification de la dérogation renforcerait le bien-fondé d'une règle générale qu'il combat en tant que sabinien.

¹⁵³²

Inst., VI,61-65

3° Toutefois, les Proculiens devaient avoir une raison bien précise de considérer que la *formula ex fide bona* permettait l'absolution du défendeur qui aurait satisfait en cours d'instance, alors que d'autres formules ne le permettaient pas. D'ailleurs, le rappel du principe (*liberum officium*), ne nous donne aucune justification véritable: la possibilité d'une *absolutio* est une manifestation du *liberum officium iudicis*, mais la justification spécifique de la règle ne peut être simplement qu'on a laissé carte blanche au juge de faire ce qu'il veut. C'est plutôt une justification *a posteriori*, où Gaius se contente de justifier évasivement les dérogations des Proculiens. En fait, en invoquant ce principe, il n'a rien dit. Au mieux, cela veut dire que le juge a une marge de liberté plus forte dans la conduite du procès, dans la direction de l'instance. En quoi, alors, cette possibilité d'absoudre est-elle la manifestation d'un *liberum officium iudicis*?

Les Proculiens, à notre avis, ne donnaient pas de justification spécifique pour la dérogation dans les *iudicia bonae fidei*, c'est Gaius qui la donne pour eux en invoquant le *liberum officium*. Et ce parce qu'elle n'avait sans doute plus besoin d'être justifiée: en effet, les Proculiens nous reflètent, sans doute, dans son principe comme dans ses dérogations, un état du droit conservateur propre à la procédure formulaire de l'époque républicaine.

C'est donc une particularité sans doute ancienne, et sans doute fondamentale, dans les *iudicia bonae fidei*. D'ailleurs, elle est tellement fondamentale que, dans le manuscrit de Vérone, le copiste s'est senti obligé, par mégarde, de rajouter *N.R.* (= *nisi/nec restituetur*), dans la formule *ex fide bona* du dépôt mentionnée par Gaius en IV.47¹⁵³³. Cette particularité nous paraît d'autant plus ancienne que l'action de dol possède une clause restitutoire, à notre avis non pas sur le modèle des actions réelles et des actions *ad exhibendum* ou sur l'*actio aquae pluviae arcendae*, mais bien pour assurer les mêmes effets qu'un *iudicium bonae fidei*, qui permettait si fréquemment une sanction du dol.

On pourra donc formuler ainsi la particularité des *iudicia bonae fidei* aux yeux des Proculiens: alors que rien, dans la formule, ne prescrit directement au juge d'absoudre en cas de *satisfactio inter moras litis*, il a pourtant ce pouvoir. Rien ne le prescrit directement: « *nec aperte uerbis* », disait Gaius pour le pouvoir de compenser, par opposition à la compensation de l'*argentarius* ou à la *deductio* du *bonorum emptor*. C'est encore *nec aperte uerbis* que s'offre au juge la possibilité d'absoudre, par opposition aux formules dotées explicitement d'une clause restitutoire. Cela ne veut pas dire, qu'implicitement, elle n'en donne pas le pouvoir. C'est donc sans doute l'interprétation de la formule, et

notamment l'interprétation de la clause *ex fide bona*, qui a justifié pareil pouvoir. C'est à notre avis la modalité d'appréciation de la *bona fides* qui a fondé une pareille dérogation.

2.2.1.1.1.2. *L'exigence de bonne foi survivant à la litis contestatio (B)*

L'effet le plus général de la *litis contestatio* est que le juge devra apprécier les termes du litige tels qu'ils se présentaient au moment de la délivrance de la formule.

Cette règle supporte bien sûr de nombreuses dérogations. Les atténuations apportées à l'effet fixateur de la *litis contestatio* se rencontrent dans d'autres actions. La principale de ces atténuations consiste à évaluer le montant du dommage, ou la valeur de la chose litigieuse selon le *tempus rei iudicandae*. Elle peut être prévue par la formule: la *condemnatio* peut être orientée vers le futur, et, au lieu d'un « *quanti ea res est* », on trouve un « *quanti ea res erit* »: c'est en principe le cas des formules de toutes les actions réelles, mais encore de nombreuses actions prétorienne.

Toutefois, remarquons deux choses:

-le fait que le montant de la condamnation s'évalue selon la valeur de la *res* au jour du jugement n'implique pas nécessairement la possibilité de se libérer par *satisfactio post litis contestationem*; la *causa* a été fixée *tempore litis contestatae* et cela impose simplement de calculer d'une certaine manière la valeur de l'objet litigieux. Significativement, dans les actions arbitraires, et notamment dans les actions réelles, malgré la présence d'un *quanti ea res erit*, le préteur n'a pas jugé inutile d'insérer en plus une clause restitutive pour assurer la possibilité d'une absolution en cas de restitution *post litis contestationem*.

-La prise en compte du *tempus rei iudicatae* n'est nulle part spécifiquement prévue dans la formule *ex fide bona*: il n'y a même pas de verbe au futur auquel on puisse le rattacher¹⁵³⁴.

¹⁵³³ En revanche, au même paragraphe elle n'apparaît pas dans la formule *in factum* de l'action de dépôt, ce qui semble particulièrement étrange. Le N.R. a peut-être été ajouté au mauvais endroit par le copiste.

¹⁵³⁴ Une explication serait de considérer que « *oportet* » remplacerait un plus ancien « *oportebit* » qui se référerait au *tempus rei iudicandae*: une pareille explication pourrait se prévaloir de la note de Valérius Probus « OEFB » pour « *oportebit ex fide bona* »: toutefois, outre qu'à notre avis, cette formulation ne s'est jamais rencontrée dans les actions, mais bien dans certains types de stipulations comme la *cautio rem pupilli saluam fore*, on ne voit pas, alors, pourquoi, s'il y avait eu une formulation plus ancienne en « *oportebit* », on aurait changé à époque classique la formulation en « *oportet* », sans que cela conduise à la conséquence inverse, à savoir la prise en compte du *tempus litis contestatae*. Car on ne verrait pas l'utilité de ce changement.

Et ce qui est le plus paradoxal est que le principe du *tempus rei iudicatae* a une portée beaucoup plus large dans les actions de bonne foi que dans les autres formules: il ne s'agit pas uniquement d'évaluation du montant d'un préjudice. En fait, l'ensemble des événements connexes à l'affaire et survenus après la *litis contestatio* peuvent être examinés par le *iudex*. Mais qu'est-ce qui, dans la formule, permet de tenir compte d'événements, de faits survenus *post litis contestationem*?

C'est parce que l'exigence de bonne foi n'est pas concernée par l'effet extinctif de la *litis contestatio* (1°), si bien que le juge a le pouvoir de prendre en compte des comportements dolosifs survenus seulement durant l'instance (2°).

1° Une explication, assez commune, consisterait à voir dans la *fides bona* le fondement de l'obligation: comme l'obligation ne serait pas une obligation civile, mais une obligation fondée sur la morale, elle n'aurait que faire du moment de la *litis contestatio*, qui ne l'éteindrait pas. Outre qu'il nous paraît peu vraisemblable que la clause soit l'expression du « fondement moral » de l'*oportere*, cette explication de toute façon ne tiendrait pas: la règle de l'absolution pour *satisfactio inter moras litis* existe alors même que les actions de bonne foi sont considérées par les prudents comme civiles et que les effets de la *deductio in iudicium* s'y rencontrent avec la même vigueur que dans les actions dites de droit strict: Proculus peut à la fois considérer que les *iudicia bonae fidei* supportent ce tempérament alors même qu'il considère que la *deductio in iudicium* éteint de plein droit l'obligation. En outre, nous avons vu que la bonne foi ne permet pas d'enfreindre de plein front les principes généraux qui régissent les obligations civiles. Aussi, à supposer même qu'on considère la bonne foi comme l'expression du fondement de l'obligation, on ne voit pas en quoi l'expression de son fondement dans la formule bouleverserait les règles de la *deductio in iudicium*: qu'un droit soit fondé sur la loi ou sur la morale, ou sur l'*interpretatio*, on ne voit pas en quoi cela pourrait bouleverser le régime de la *litis contestatio*, puisque sa nature civile serait la même.

Par ailleurs la *satisfactio inter moras litis* n'a pas d'effet libératoire *stricto sensu* au regard du *dare (facere) oportere*. Ce n'est pas elle qui éteint l'obligation civile de *dare facere*, mais bien la *deductio in iudicium*, qui est, comme la *solutio*, un des modes civils d'extinction des obligations, et *stricto iure* il ne reste qu'un *condemnari oportere*. Significativement, la

question posée par Gaius au début du paragraphe 114 du livre IV n'est pas de savoir si la *satisfactio inter moras litis* a un effet proprement libératoire au regard du *dare oportere*. Bien au contraire, il demande quel est l'office du juge en cas de *satisfactio inter moras litis*, absoudre ou condamner, en évoquant ce que serait le point de vue strict sur le droit, (*quia accipiendi iudicii tempore in ea causa fuerit ut damnari debeat*): le *condemnari oportere* s'apprécie en principe selon le *tempus litis contestatae*, parce que c'est à ce point du procès qu'il faut vérifier l'existence d'un *dare oportere*, éteint et pour ainsi dire « nové » par *litis contestatio* en *condemnari oportere*; la question de l'office du juge est donc distincte de la question de l'effet libératoire stricto sensu. Pour reprendre la distinction de Paul, il n'est pas question de *ueritas* de l'*oportere*, mais bien de *facultas iudicis*.

Pourtant, cette dérogation générale dans les *iudicia bonae fidei* doit bien être liée indirectement à la présence de la clause *ex fide bona*, en ce qu'elle constituait originellement le trait spécifique de ces *iudicia* disciplinant l'*officium iudicis*.

Si l'on admet que la formule *ex fide bona* instaure un *condemnari ex fide bona oportere*, et invite le juge à moduler la condamnation qui serait obtenue *stricto iure* « en tenant compte de la *bona fides* (entendu à la fois comme l'exigence de bonne foi et la bonne foi manifestée)», d'où leur nom classique de *iudicia bonae fidei*, il est plus simple de comprendre le problème qui a pu se poser au juge face à cette formule: quelle est la période concernée par l'*aestimatio bonae fidei*? Mesure-t-on seulement la *bona fides* du débiteur avant la *litis contestatio*? Parce qu'elle n'est pas un élément comme un autre de l'énoncé de l'*intentio*, mais représente un critère directeur dans l'*aestimatio* du *quidquid...dari fieri oportet*, la *bona fides* n'est pas à proprement parler concernée par l'effet novatoire de l'*intentio* : elle représente une exigence qui survit à la *deductio in iudicium*. De la délivrance de la formule naît un *condemnari ex fide bona oportere*.

Les Romains attribuent donc aux *iudicia in quibus additur ex fide bona* les effets généraux de la *litis contestatio* (extinction de l'obligation et fixation du litige), mais il l'interprètent strictement: l'appréciation de la bonne foi relève non de la *ueritas* de l'*oportere*, mais de l'*officium* ou de la *facultas iudicis*, aussi la soumission à l'exigence de bonne foi est-elle à apprécier particulièrement en cours d'instance, parce que cette exigence n'a que faire de la *litis contestatio*.

2° De là, naturellement, une prise en compte par le juge de faits qualifiables de manquements à la *bona fides*, survenus après elle, notamment au cours de l'instance: le *dol post litis contestationem* est bien entendu toujours pris en compte par le juge, au point que

parfois, le juge pourra ne condamner que parce qu'il y a eu dol *post litiscontestationem*. On peut le montrer par analogie, au vu du dernier état du droit classique. Ainsi, Ulpien¹⁵³⁵ cite un avis de Neratius Priscus à propos de l'action de dépôt. Le dépositaire, tenu simplement de son dol, a sans dol aucun perdu la chose déposée. On ne peut donc dire qu'il soit tenu par l'action de dépôt au moment de la *litis contestatio*, alors même qu'elle fige les termes du litige. Mais s'il se retrouve en possession de la chose après la délivrance de la formule, alors il serait dolosif à ne pas la restituer; de même, s'il s'est dolosivement débarrassé de la chose qu'il venait de retrouver après la *litis contestatio*, alors encore, il devra être condamné¹⁵³⁶. Cette position de Neratius à propos de l'action de dépôt¹⁵³⁷ est très proche de celle de son maître Proculus au sujet de la révendication¹⁵³⁸, du fait de la présence de la clause *nec restituetur*: ainsi, cette effet se manifeste dans les deux dérogations qu'ils admettaient au principe de l'effet fixateur de la *litis contestatio* lorsqu'ils parlaient d'absolution.

C'est dire qu'un *iudicium bonae fidei* suppose d'examiner la *bona fides* indépendamment

¹⁵³⁵ Dig. 16.3.1.20 et 21 Ulpianus 30 ad ed. *Non tantum praeteritus dolus in depositi actione veniet, sed etiam futurus, id est post litem contestatam. Inde scribit neratius, si res deposita sine dolo malo amissa sit et post iudicium acceptum reciperetur, nihilo minus recte ad restitutionem reum compelli nec debere absolvi, nisi restituat. idem neratius ait, quamvis tunc tecum depositi actum sit, cum restituendi facultatem non habeas horreis forte clusis, tamen si ante condemnationem restituendi facultatem habeas, condemnandum te nisi restituas, quia res apud te est: tunc enim quaerendum, an dolo malo feceris, cum rem non habes.*

¹⁵³⁶ Il est difficile de savoir si ce texte traite de la formule *in ius ex fide bona* ou de sa formule *in factum*. Au vu de la concaténation des extraits du commentaire à l'édit, il semblerait qu'il parle de la formule *in ius*. Et ce fut là la position de Lenel dans sa *Palingénésie* ainsi que dans sa première édition de l'EP. Toutefois, l'insistance avec laquelle le texte mentionne le *dolus* sans mentionner la *fides bona*, à citer la clause *restitutio*, ont invité Lenel à considérer dans la troisième édition de l'EP qu'Ulpien parlait de la formule *in factum*. A notre avis, la première explication de Lenel est la bonne: Ulpien traitait déjà à cet endroit du texte de la formule *in ius ex fide bona*. Néanmoins, il citait la position de Neratius concernant la formule *in factum*, sans doute pour justifier que la solution qu'il dégageait concernant le *dolus post litiscontestationem* dans la formule *in ius* s'appliquait quelle que soit la formule choisie. On peut en déduire que cette solution valait a fortiori naturellement selon Ulpien pour la formule *in ius*. A contrario dans la formule *in factum*, le *si paret...et dolo malo non restituisset*, il n'était pas si évident de savoir si le *dolus futurus* était visé, puisque le verbe au passé se référait initialement au temps avant la *litiscontestatio*. Mais assurément, il est significatif qu'un simple standard d'appréciation comme le *dolus* ne soit pas considéré comme concerné par l'effet fixateur de la *litis contestatio*. Il en va de même, et à plus forte raison, de la *fides bona*. Et très vraisemblablement, Neratius faisait cette analyse par référence à la règle dans les actions de bonne foi. Il nous semble que c'est la conclusion qu'on peut encore tirer de la belle analyse que fait F.WUBBE, « Contratti reali », *op.cit.*, p.120.

¹⁵³⁷ Ce texte est souvent considéré comme une particularité de l'action de dépôt (voir par exemple P.PICHONNAZ, *Compensation*, cit. p.190); nous ne pensons pas qu'il en aille différemment d'un mandataire ou d'un associé, ou d'un tuteur; les cas du vendeur, du commodataire ou du locataire sont simplement différents en ce que le problème se posera plus rarement, puisqu'ils sont tenus non uniquement à raison de leur dol, mais à raison de toute négligence dans la garde de la chose, et ne pourront être considérés comme libérés simplement parce qu'ils ont perdu la chose sans dol.

¹⁵³⁸ Dig. 6.1.27.1 Paulus 21 ad ed. *Possidere autem aliquis debet utique et litis contestatae tempore et quo res iudicatur. quod si litis contestationis tempore possedit, cum autem res iudicatur sine dolo malo amisit possessionem, absolvendus est possessor. item si litis contestatae temporis non possedit, quo autem iudicatur possidet, probanda est proculi sententia, ut omnimodo condemnatur: ergo et fructuum nomine ex quo coepit possidere damnabitur.* En un sens, la position de Proculus sur la légitimation passive à l'*actio in rem* est parfaitement justifiable par l'interprétation littérale de la formule arbitraire: l'*intentio*, qui doit être vérifiée au moment de la *litis contestatio*, ne vise que le titre de propriété du demandeur, en revanche la clause arbitraire vise une restitution même après la *litis contestatio*, ce qui signifie implicitement que la possession par le défendeur peut avoir commencé même après la *litis contestatio*.

du *tempus litis contestatae*. On ne juge pas de la *bona fides* uniquement avant la *litis contestatio*: cela serait, en un sens, contraire à la notion même de *bona fides*. Dans le cas d'un dépositaire, on pourrait dire qu'il perd nécessairement le bénéfice de sa limitation de responsabilité s'il se montre dolosif dans la phase *apud iudicem*.

De là, encore, symétriquement, une prise en compte de faits qualifiables de manifestations de la *bona fides* survenues au cours de la phase *apud iudicem*: la *satisfactio inter moras litis* en est l'exemple le plus parfait.

2.2.1.1.2. *Les effets: la bona fides appréciée tempore rei iudicatae (II)*

La *bona fides* comme attitude spécifique du *bonus uir* doit être appréciée durant l'instance, et avant tout durant l'instance. Si la formule instaure un *condemnari ex fide bona oportere*, alors *a contrario* la soumission du défendeur aux exigences de la *bona fides* durant l'instance doit lui permettre d'être absout. C'est l'ensemble des faits et comportements jusqu'au *tempus rei iudicatae* qui sont à apprécier pour juger de sa soumission aux exigences de la bonne foi. On peut encore sauver sa *bona fides* en se comportant comme un *bonus uir* au moment du procès. La bonne foi du défendeur se manifeste donc au mieux par l'offre de satisfaire, ce qui conduit le juge à prononcer l'absolution (A), et *a contrario*, sa mauvaise foi se manifeste encore davantage par un refus de satisfaire, le juge dispose éventuellement de différents moyens comminatoires pour contraindre le défendeur à faire preuve de *bona fides*(B).

2.2.1.1.2.1. *La bona fides comme offre de satisfaire et le devoir d'absolution (A)*

Le caractère absolutoire de la *satisfactio inter moras litis* manifeste par excellence la dimension processuelle de l'exigence de bonne foi (1°), la manifestation de la bonne foi reposant sur l'offre sérieuse de satisfaction (2°), laquelle ne sera pas nécessairement immédiate, mais différée au moyen d'une *cautio*(3°).

1°Si le défendeur fait preuve de bonne foi en offrant de satisfaire, il est absout: il agit

comme on agit entre gens de bien, car les gens de bien ne deviennent pas des chicaniers motif pris de la liaison du contentieux par la *litis contestatio*: le fait que *stricto iure* le *dare oportere* soit éteint et qu'une exécution de sa prestation ne soit pas libératoire *stricto sensu* n'est pas un prétexte suffisant, pour le *bonus uir*, pour ne pas *dare facere*. Et si le fondement de la condamnation est un manquement à la bonne foi, assurément en proposant de satisfaire il ne sera pas de mauvaise foi au moment de la condamnation. A contrario, le juge ne condamne le défendeur que s'il est actuellement de mauvaise foi *tempore rei iudicatae*. Ce qui fonde en définitive la condamnation c'est le refus caractérisé de satisfaire tout au long de l'instance: le juge le condamne non pas *stricti iuris ratione*, parce que le débiteur n'a pas éteint son obligation avant le procès, mais avant tout parce qu'il a manifesté jusqu'au bout, en tant que défendeur, sa *mala fides*.

Cette possibilité de *satisfactio inter moras litis* met d'ailleurs au second plan le rapport entre la *fides bona* et la détermination du standard de responsabilité dans l'appréciation des obligations matérielles du débiteur telles qu'elles naissent de la cause visée dans la *demonstratio*. Car ce que détermine de manière absolue le standard de la *fides bona*, ce n'est pas un standard de responsabilité du débiteur, pour savoir si le défendeur est tenu de son dol, de sa faute lourde ou de sa faute simple dans la formation ou l'exécution du contrat. Elle détermine la possibilité d'une condamnation ou d'une absolution en fonction de la bonne foi ou de la mauvaise foi caractérisée au moment du procès. Elle impose donc avant tout qu'il soit prêt à *satisfacere*, que ce soit sous forme de restitution ou de réparation.

En ce sens, il n'y a pas de contradiction entre un standard de responsabilité poussé jusqu'à la faute simple, voire même à une responsabilité sans faute, et le fait que la *fides bona* soit avant tout considérée par les juristes comme la contraposée du *dolus malus*. Le débiteur qui n'a commis qu'une simple faute commence à avoir un comportement contraire à la *fides bona*, déloyal et assimilable à un dol, s'il refuse d'offrir de bon gré une juste réparation à celui avec qui il était en *societas uitae*¹⁵³⁹, et la preuve de sa loyauté se fera

¹⁵³⁹ On peut ainsi comprendre une position que certes Paul refuse, mais qu'il envisage, dans le cas de l'esclave loué qui a volé un bien au locataire: peut-on agir en tout état de cause par l'*actio conducti* contre le propriétaire de l'esclave? Dig. 19.2.45.1 Paulus 22 ad ed. *Si hominem tibi locavero, ut habeas in taberna, et is furtum fecerit, dubitari potest, utrum ex conducto actio sufficiat, quasi longe sit a bona fide actum, ut quid patiaris detrimenti per eam rem quam conduxisti, an adhuc dicendum sit extra causam conductionis esse furti crimen et in propriam persecutionem cadere hoc delictum: quod magis est.* Ce qui est contraire à la bonne foi, c'est avant tout de ne pas réparer le préjudice causé à l'autre partie, même en cas de responsabilité sans faute: la position que Paul rejette montre qu'il est possible de concevoir une responsabilité sans faute dans une action de bonne foi, dans la mesure où vouloir laisser la charge d'un dommage sur son cocontractant peut en soi être contraire à la *fides bona*.

avant tout au moment du procès¹⁵⁴⁰. C'est à ce titre que l'on peut dire que la bonne foi représente tout autant, voire davantage, un critère de procédure réglementant l'*officium iudicis*, à l'instar la clause arbitraire (*nisi arbitrio tuo restituetur*), qu'un critère d'appréciation des obligations en amont de la *litis contestatio*.

« *Aestimare bonam fidem* », « *explorare bonam fidem* »: si tel est l'office du *iudex* pour déterminer un des paramètres pertinents de la condamnation, le fait de satisfaire représente un *praestare bonam fidem*, dont le juge doit tenir compte puisqu'il juge de la bonne foi (*iudicium bonae fidei*). Il ne pourra qu'absoudre s'il constate en définitive l'absence de mauvaise foi du défendeur, qui est prêt à satisfaire, en s'exécutant, en réparant, mais qui montrait par exemple un simple désaccord sur le contenu ou le montant de la *satisfactio*. Un *iudicium bonae fidei* n'est pas un *iudicium stricti iuris: stricta iuris ratione*, le juge devrait le condamner, mais puisque la formule lui donne l'office de juger de sa *bona fides*, il peut l'absoudre *bonae fidei ratione*. Un *bonus uir*, en effet, s'il est défendeur, ne refuse pas de satisfaire au motif que *stricto iure* il serait de toute façon condamnable (*post litis contestationem condemnari oportere*), et si, idéalement, il se propose de satisfaire, le procès n'est alors supposé engagé que pour estimer ce que devrait être une juste réparation. Quant au demandeur, s'il est de bonne foi, il ne persiste pas à vouloir faire condamner son adversaire qui se propose de le désintéresser. Cette solution nous paraît particulièrement conforme à l'esprit euphémique de la rédaction des formules à clause *ex fide bona*: idéalement, les procès entre des parties qui sont en *societas uitae* doivent finir par une *satisfactio* et une absolution.

2° Mais le demandeur pourrait s'opposer à la restitution. Or dans la mesure où l'absolution est conditionnée par la *bona fides* dont fait preuve le défendeur, le juge n'apprécie pas la restitution effective, mais l'offre sérieuse de restitution. On pourrait reformuler à ce titre cette possibilité, du point de vue de l'exigence de bonne foi processuelle qui pèse aussi sur le demandeur. Continuer à réclamer un paiement alors qu'on l'a déjà reçu, même en cours d'instance, est bien entendu constitutif de mauvaise foi, mais même refuser la *satisfactio* pour faire condamner le défendeur, ce n'est pas agir « *ut inter bonos* ». Un *bonus uir* n'est pas un chicanier, il exige une juste *satisfactio*, non une condamnation de celui avec lequel il était en « *societas uitae* », et la poursuite de ses réclamations constitue en soi une attitude

¹⁵⁴⁰ On pourrait à ce titre faire une hypothèse: l'imposition de standards de responsabilité plus sévères pour le débiteur, survenue assez tôt, est intervenue en même temps que se dessinait la possibilité d'une absolution pour *satisfactio inter moras litis*

dolosive¹⁵⁴¹. C'est donc l'offre sérieuse de satisfaction, nonobstant le refus par le demandeur de l'accepter, qui permet au juge d'absoudre *bonae fidei ratione*, comme on le déduit de différents textes.

Ulpien rappelle une opinion de Pomponius¹⁵⁴². Dans le cas où le bailleur a été évincé par un tiers, ce qui empêche son locataire de jouir de la maison louée, il est tenu par l'*actio ex conducto*, même s'il n'a commis aucune faute, parce qu'il garantissait l'« *uti frui licere* » typique de la *locatio conductio rei*. Il est pour ainsi dire tenu *stricto iure* par l'action, et le *condemnari oportere* est fondé (*teneri ex conducto*). Il peut être néanmoins absout s'il est prêt à fournir une *aliam habitationem non minus commodam*. Retenons de ce texte une seule chose pour l'instant: il faut qu'il soit *paratus*. C'est dire qu'il doit avoir manifesté une offre sérieuse, et qu'il ne saurait être condamné si c'est le *conductor* qui s'y oppose sans motif suffisant, en d'autres termes avec mauvaise foi. En revanche, si un nouveau contrat de location est alors formé en cours d'instance, il vaudra satisfaction, et le juge absoudra le défendeur.

Ulpien rappelle encore une solution similaire de Celse¹⁵⁴³, dans une situation différente à propos du *commodat*. Une chose avait été prêtée à usage à deux personnes associées. Elle a été volée. L'un des deux a intenté contre le voleur l'*actio furti* et en a perçu la condamnation. Si c'est contre l'autre *commodataire*, tenu lui aussi par une obligation de garde, que le *commodant* agit, alors, celui-ci doit être absout s'il est prêt à intenter une action à ses risques et périls contre l'autre *commodataire* afin de récupérer une partie de la condamnation et de restituer la somme au *commodant*. Là encore, il faut qu'il manifeste une offre, qu'il soit « *paratus* ». Ce texte a d'autant plus de valeur qu'Ulpien cite, en parlant de la formule *in ius ex fide bona* du *commodat*, un auteur plutôt *proculien*, à savoir Celse: son opinion n'est donc pas une simple application de l'opinion *sabinienne* que « *omnia*

¹⁵⁴¹ Il est à ce titre significatif, par un parallèle intéressant, que l'exception de *dol* explicite puisse paralyser une action de droit strict lorsque le défendeur offre de satisfaire, tout comme la clause *ex fide bona* le permet de plein droit (inhérence de l'exception de *dol*) dans les actions de bonne foi. Le cas le plus significatif, nous semble-t-il, concerne une *actio iudicati* dirigée par l'acheteur contre la caution d'un vendeur qui prêtait sa garantie contre l'éviction: D. 44.4.15 (Scaev., 5 resp.) *Fideiussor evictionis nomine condemnatus id praedium, quod evictum est, et omnia praestare paratus est, quae iure empti continentur: quaero, an agentem emptorem ex causa iudicati exceptione doli mali summovere potest. Respondit exceptionem quidem opponi posse, iudicem autem aestimaturum, ut pro damnis emptori satisfiat*. Même après sa condamnation, et durant l'*actio iudicati* au double, la caution peut proposer de satisfaire l'acheteur si elle l'indemnise de tous les préjudices causés depuis l'éviction et évalués par le juge.

¹⁵⁴² Dig. 19.2.9pr. Ulpianus 32 ad ed. *Si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi isque sit evictus sine dolo malo culpaque eius, pomponius ait nihilo minus eum teneri ex conducto ei qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licere. plane si dominus non patitur et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait absolvi locatorem*.

¹⁵⁴³ Dig. 13.6.7pr. Ulpianus 28 ad ed. *Unde quaeritur, si alter furti egerit, an ipse solus debeat commodati conveniri. Et ait Celsus, si alter conveniatur qui furti non egit, et paratus sit periculo suo conveniri alterum, qui furti agendo lucrum sensit ex re commodata, debere eum audiri et absolvi*.

iudicia sunt absolutoria »¹⁵⁴⁴.

3° Mais, même offerte avec sincérité, la satisfaction peut être parfois impossible à réaliser à brève échéance pour différentes raisons: la *satisfactio* ne peut parfois s'opérer par la simple restitution d'une chose ou par le paiement d'une dette certaine ou déterminable; la dette peut être pour partie conditionnelle, ou future, ou simplement encore indéterminable au moment de l'instance, un dommage peut n'être encore ni consolidé, ni certain. Le juge peut bien entendu suspendre l'instance pour laisser au défendeur le temps de se mettre dans la possibilité de satisfaire. Mais ce peut être parfois long et laborieux¹⁵⁴⁵, d'où une alternative très simple: le juge prendra un rôle actif dans l'offre de *satisfactio*, puisqu'il va contraindre le défendeur, sous menace de condamnation, à s'engager formellement par la voie d'une *cautio*: aussi la *satisfactio* peut-elle, au cours de l'instance *apud iudicem*, prendre la forme d'une *satisdatio* ou d'une simple *repromissio*, tout comme dans les formules arbitraires¹⁵⁴⁶.

Par exemple, dans le cas où un mandataire chargé par le mandant d'acheter un esclave n'a commis aucune faute lourde ayant provoqué la fuite de l'esclave, il doit tout de même une satisfaction *secundum bonam fidem* d'après Ulpien¹⁵⁴⁷: il s'engage à restituer l'esclave s'il le récupère. Mais puisque le mandant a perdu toute possibilité d'action ultérieure une fois délivré le *iudicium mandati*, le juge solennisera cet engagement en contraignant le mandataire à s'engager par stipulation. La *satisfactio* adéquate au moment du procès n'est en ce cas qu'une promesse de restitution conditionnelle, et non une restitution effective, mais, moulée dans le contrat *uerbis*, elle pourra être ultérieurement sanctionnée, si nécessaire, par l'action *ex stipulatu*. Il est à noter que c'est à propos de cette situation qu'Ulpien dit du *procurator* qu'il ne doit « *nihil amplius quam bonam fidem* ».

¹⁵⁴⁴ Lorsqu'il s'agit de restitution de choses ou de sommes actuellement détenues par le défendeur, le principe de l'offre sérieuse a sans doute assez tôt trouvé sa manifestation adéquate et moderne, dans la technique du dépôt séquestre, au cas où le défendeur refusait de récupérer la somme, ou contestait le montant de la somme. Nous sommes relativement mal renseignés dessus à travers le Digeste pour ce qui concerne l'instance *apud iudicem* dans les actions de bonne foi en procédure formulaire. Mais très vraisemblablement, c'est la manière objective de manifester une offre sincère et sérieuse de restitution pour pouvoir être absout.

¹⁵⁴⁵ En outre, même dans le cas des *iudicia legitima*, l'instance et les pouvoirs du juge institué par la formule se périment par 18 mois, et pour les autres *iudicia*, ils finissent avec l'*imperium* du préteur qui les a institués.

¹⁵⁴⁶ Voir Dig. 8.5.7 Paulus 21 ad ed. *Harum actionum eventus hic est, ut victori officio iudicis aut res praestetur aut cautio. res ipsa haec est, ut iubeat adversarium iudex emendare vitium parietis et idoneum praestare. cautio haec est, ut eum iubeat de reficiendo pariete cavere neque se neque successores suos prohibituos altius tollere sublatumque*

¹⁵⁴⁷ Dig. 17.1.8.10 Ulpianus 31 ad ed. *Proinde si tibi mandavi, ut hominem emerem, tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas. sed et si dolo emere neglexisti (forte enim pecunia accepta alii cessisti ut emeret) aut si lata culpa (forte si gratia ductus passus es alium emere), teneberis. sed et si servus quem emisti fugit, si quidem dolo tuo, teneberis, si dolo non intervenit nec culpa, non teneberis nisi ad hoc, ut caveas, si in potestatem tuam pervenerit, te restitutum. (...)*

L'opinion de Celse précédemment mentionnée et rappelée par Ulpien¹⁵⁴⁸ implique elle aussi, très vraisemblablement, l'interposition d'une *cautio*. Le juge va absoudre le commodataire s'il est prêt à restituer au commodant ce qu'il obtiendra de son codébiteur qui avait agi seul par l'*actio furti*. Mais il est impossible que le juge l'absolve sur sa bonne parole, d'autant que le demandeur en agissant par l'action de commodat a perdu la possibilité d'agir à nouveau. Aussi le juge et les parties prendront-ils acte de cette offre de satisfaction au moyen d'une *cautio*¹⁵⁴⁹. Le demandeur stipulera du défendeur qu'il lui restitue tout ce qu'il obtiendra de l'autre commodataire.

Un autre cas typique où la *satisfactio* ne peut être que différée est la situation du tuteur qui a prêté l'argent de son pupille pour le fructifier, prêt dont l'échéance surviendra après la fin de la tutelle. La *satisfactio* prendra nécessairement la forme d'une *repromissio* ou d'une *satisdatio*, afin que le pupille ait la possibilité d'agir une nouvelle fois contre son tuteur¹⁵⁵⁰. Elle fut donc particulièrement nécessaire lorsque l'objet typique du litige portait sur une universalité (*societas omnium bonorum*, tutelle, *procuratio omnium bonorum*), dont la gestion avait des répercussions très dispersées dans le temps, au delà du prononcé de la sentence¹⁵⁵¹.

L'interposition de *cautiones* est donc la suite naturelle de la possibilité d'une *satisfactio inter moras litis*, et c'est pourquoi elle se retrouve sous la même forme que dans les actions arbitraires, ou dans les actions divisoires assimilées à des *iudicia bonae fidei*. Le juge semble y prendre une part active, en ce sens qu'il détermine, peut-être, et aide les parties à confectionner la formule de la *repromissio*.

Toutefois, il est difficile de savoir quand cette pratique s'est généralisée. Paul souligne que Sabinus en fait déjà un office du juge dans tous les *iudicia bonae fidei*¹⁵⁵². Ulpien quant à

¹⁵⁴⁸ Dig. 13.6.7pr. Ulpianus 28 ad ed. *Unde quaeritur, si alter furti egerit, an ipse solus debeat commodati conveniri. Et ait Celsus, si alter conveniatur qui furti non egit, et paratus sit periculo suo conveniri alterum, qui furti agendo lucrum sensit ex re commodata, debere eum audiri et absolvi.*

¹⁵⁴⁹ Il est difficile de savoir si dans les cas relatés par le Digeste la *cautio* se faisait par simple *repromissio* ou par *satisdatio*, le défendeur assortissant alors son obligation d'une sûreté personnelle.

¹⁵⁵⁰ Cette possibilité va tellement loin qu'elle explique pourquoi, même en cas de dette non encore échue, le juge peut contraindre, sous la menace d'une condamnation, le défendeur à fournir caution: Dig. 5.1.41 *Papinianus 11 quaest. In omnibus bonae fidei iudiciis, cum nondum dies praestandae pecuniae venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex iusta causa condemnatio fit.*

¹⁵⁵¹ On remarquera à ce titre que les *cautiones* imposées dans la phase *apud iudicem* peuvent avoir ainsi la même fonction que les *praescriptiones pro actore* dans la phase *in iure*. Le juge ménage une action ultérieure au demandeur, pour une créance qui ne peut encore être réclamée au moment du procès; la différence est en ce que le juge ménage une nouvelle action, l'*actio ex stipulatu*, tandis que le prêteur, quant à lui, évite l'extinction totale de l'action en la fractionnant. Mais leur fonction est la même: éviter au demandeur la perte de toute voie de droit ultérieure.

¹⁵⁵² Mais la généralisation de cette possibilité à tous les *iudicia bonae fidei* semble être le fruit de l'interprétation sabinienne; c'est dire *a contrario* qu'elle n'existait auparavant qu'au cas par cas, en vertu du libre office du juge: Dig. 17.2.38pr. Paulus 6 ad sab. *Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate. Quod Sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimavit, sive generalia sunt (veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae) sive specialia (veluti mandati, commodati, depositi).*

lui ne nous apprend que peu de choses lorsqu'il se réfère aux opinions de Servius et de Tubéron¹⁵⁵³ concernant la vente d'un bien auparavant loué par le vendeur. En effet, Servius dit que le vendeur, menacé par une *actio conducti*, peut agir par l'*actio uenditi* pour contraindre l'acheteur à laisser le locataire jouir de la chose. Selon Tubéron, par ailleurs, si le locataire cause un dommage au bien, l'acheteur peut, par l'*actio empti*, contraindre le vendeur à agir contre son locataire par l'*actio locati*, et lui reverser le montant de la condamnation. Mais on ne sait pas si une pareille situation interrompait l'instance *apud iudicem* afin que le *uenditor* agisse contre le *conductor*; où si le juge ordonnait au défendeur de s'engager par stipulation à rendre à l'*emptor* tout ce qu'il obtiendrait du *conductor* par l'*actio locati*. Le texte ne nous en dit rien¹⁵⁵⁴. A notre avis, dans la mesure où la *lex Iulia* a fixé un délai de péremption à 18 mois pour tous les *iudicia legitima*, il est fort probable que c'est à partir de ce moment-là que la technique des *cautiones* s'est considérablement accrue et généralisée à tous les *iudicia bonae fidei*, jusqu'à la généralisation proposée par Sabinus¹⁵⁵⁵.

Parfois, la satisfactio peut donc être prise sous la forme d'un engagement par stipulation¹⁵⁵⁶.

Cette exigence de bonne foi processuelle, en ce qu'elle est assez théorique, explique aussi l'existence de différents instruments comminatoires à la disposition du juge pour « inciter » le défendeur à agir de bonne foi.

2.2.1.1.2.2. *La mala fides comme refus de satisfaire et les instruments comminatoires à la disposition du juge (B)*

Le juge ne peut en procédure formulaire que condamner à une somme d'argent, alors que le demandeur de bonne foi cherche souvent à obtenir l'exécution d'une prestation

¹⁵⁵³ Dig. 19.1.13.30 Ulpianus 32 ad ed. *Si venditor habitationem exceperit, ut inquilino liceat habitare, vel colono ut perfrui liceat ad certum tempus, magis esse servius putabat ex vendito esse actionem: denique tubero ait, si iste colonus damnum dederit, emptorem ex empto agentem cogere posse venditorem, ut ex locato cum colono experiatur, ut quidquid fuerit consecutus, emptori reddat.*

¹⁵⁵⁴ On peut sans doute, en ce qui concerne Servius, éliminer une troisième possibilité de *satisfactio*, qui deviendra pourtant courante à l'époque classique: c'est la cession de l'action par mandat (*procuratio in rem suam*), au vu de l'interprétation rigoriste que le juriste républicain donnait de la gratuité du mandat.

¹⁵⁵⁵ Sauf à penser que cette pratique était déjà courante lorsqu'un juge était investi du pouvoir de juger en vertu d'un *iudicium imperio continens*, lequel s'éteignait en même temps que l'*imperium* de celui qui l'avait délivré: si le délai était très court, il pouvait en imposant une *cautio* au défendeur ménager une nouvelle action au profit du demandeur.

¹⁵⁵⁶ L'autre manière de parvenir à ce résultat sera une *procuratio in rem suam*, et à « mander » l'action, lorsque cela devient possible.

spécifique, qui serait encore matériellement possible. Par ailleurs, il y aurait mauvaise foi à se laisser condamner pour obtenir une attribution *de facto* de la chose détenue: ce serait là l'équivalent d'une sorte de vente forcée, obtenue frauduleusement par le défendeur. Aussi le juge dispose-t-il de différents instruments comminatoires pour contraindre le défendeur à une exécution spécifique.

Le premier instrument est tout simplement la menace d'une condamnation pécuniaire, qui peut se révéler plus lourde pour le défendeur que la *satisfactio*. Si par exemple dans le cas examiné par Ulpien en 17.1.18.10, le mandataire défendeur n'est pas responsable de la fuite de l'esclave qu'il avait acheté pour le compte du mandant, il n'est tenu que de donner caution (sous forme de *repromissio*) qu'il rendra l'esclave si jamais il le retrouve. Mais s'il refuse de donner caution, le juge pourra sans doute, sur le fondement de sa mauvaise foi en cours d'instance par le refus de donner *cautio*, le condamner à payer au mandant la valeur de l'esclave. De la même manière, dans le cas visé par si le défendeur refuse de garantir qu'il restituera toute la somme et entièrement la somme qu'il obtiendra d'un tiers par la voie contentieuse, le juge opérera lui-même l'appréciation du dommage causé par ce tiers et condamnera le défendeur à supporter la charge du préjudice causé. Sans doute le juge dispose-t-il indirectement d'autres moyens comminatoires en refusant au défendeur certains bénéfices qu'il tire de son *liberum officium*¹⁵⁵⁷.

Dans certaines actions, celles qui figurent dans l'édit *qui nisi pro certis personis*, la condamnation a un rôle comminatoire d'autant plus fort que la condamnation et uniquement la condamnation entraîne de surcroît des sanctions d'ordre processuel, ce qui invite le défendeur à satisfaire pour être absout. Ce rôle comminatoire est confirmé par certaines constitutions impériales plus tardives¹⁵⁵⁸, mais plus encore par Gaius lui-même vu la place à laquelle il a décidé de traiter de l'infamie¹⁵⁵⁹: il en traite au même titre que d'autres instruments comminatoires destinés à éviter que le défendeur ne tente sa chance avec un procès¹⁵⁶⁰. C'est donc une manière de l'inciter à satisfaire, à composer ou à

¹⁵⁵⁷ Par exemple, au cas où le défendeur voudrait faire valoir une contrecréance en compensation d'une somme qu'il devrait au demandeur en plus d'un objet à restituer, le juge pourra refuser de procéder à la compensation, puisque son office est là encore libre (*Inst.* IV.63); il pourrait même refuser la compensation entre la valeur pécuniaire de la chose à restituer et les impenses faites pour elle, notamment lorsque c'est pour se voir attribuer la chose. La solution post-classique concernant le dépôt, d'où est exclue la compensation, (voir Pichonnaz, *Compensatio*) a sans doute eu des précédents dans la procédure formulaire.

¹⁵⁵⁸ CJ.4.34.10: Imperatores Diocletianus, Maximianus *Qui depositum non restituit, suo nomine conventus et condemnatus ad eius restitutionem cum infamiae periculo urguetur. * diocl. et maxim. aa. et cc. septimiae quadratillae. * <a 294 subscripta pridie idus decembres nicomedia cc. Cons.>* CJ.2.11.22: Imperatores Diocletianus, Maximianus *Fidem rumpens societatis cum infamiae periculo suo nomine pro socio conventus ad faciendum satis urguetur. * diocl. et maxim. aa. et cc. domitiano. * <a 294 d. vi id. dec. nicodemiae cc. cons.>*

¹⁵⁵⁹ *Inst.* IV.182.

¹⁵⁶⁰ *Id.* IV.171-IV182. Le §171 est malheureusement mutilé: 171. [.] *pecuniaria poena modo iurisiurandi religione coercent[.]. eaque praetor [.] ideo [.] aduersus infitiantes ex quibusdam causis dupli*

pactiser, solution préférable socialement dans la mesure où les deux parties étaient en *societas uitae*. L'infamie qui caractérise la condamnation dans les actions contractuelles est, à époque classique du moins, très clairement perçue dans sa dimension comminatoire, et non dans sa dimension punitive. Aussi durant l'instance le défendeur sera-t-il d'autant plus enclin à sauver sa *bona fides*, son crédit social, en la manifestant rapidement par une *satisfactio*¹⁵⁶¹.

Mais dans certains cas le juge dispose même d'un instrument plus énergique destiné à inciter le défendeur à satisfaire en cours d'instance *post acceptum iudicium*. Il peut déférer au demandeur un *iusiurandum in litem*, un serment par lequel il estimera lui-même son préjudice¹⁵⁶², quitte à le surévaluer. Cette pratique judiciaire est attestée au moins pour l'époque classique (1°), et elle a essentiellement un rôle comminatoire comme dans les actions à clause arbitraire(2°), et accessoirement un rôle purement punitif lorsque la *satisfactio* était devenue impossible à raison d'un dol ou d'une fraude du défendeur (3°).

1° On a longtemps soupçonné la généralisation de Marcianus¹⁵⁶³ de ne pas refléter l'état du droit classique. Elle est fautive dans sa forme, en ce que le droit classique ne part pas de règles aussi générales, notamment lorsqu'il en va de l'*officium iudicis*, et surtout d'un *liberum officium iudicis*. C'est une pratique judiciaire, qui semble ne recevoir aucune réglementation dans l'édit, et qui s'est peu à peu développée dans le cadre des *iudicia bonae fidei*. Mais le texte, pensons-nous, est vrai dans son fond, et nous rejoignons sur ce point l'argumentation d'Alan Watson¹⁵⁶⁴ concernant la possibilité d'un *iusiurandum in litem* dans certaines actions de bonne foi. A ses nombreux arguments nous n'en ajouterons que deux:

actio constituitur, uelut si iudicati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur. ex quibusdam causis sponsonem facere permittitur, uelut de pecunia certa credita et pecunia constituta, sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae uero pecuniae partis dimidia. mais il est traditionnellement reconstitué comme l'annonce d'un nouveau développement après celui sur les interdits, annonçant les instruments comminatoires: litiscrescence, *iusiurandum non calumniae causa in fitias ire, sponsones*, infamie. AU milieu de ce développement Gaius traite aussi des instruments comminatoires adressés au demandeur, destinés à prévenir les prétentions abusives.

¹⁵⁶¹ A l'inverse la possibilité d'une absolution pour *satisfactio inter moras litis* pourrait avoir été favorisée par une interprétation téléologique des règles de l'infamie prétorienne. Puisque le fondement de l'existence d'une sanction infamante suivant uniquement la condamnation est le manquement à la *bona fides*, il paraît raisonnable de laisser au défendeur, jusqu'à la condamnation, un moyen de sauver sa « *fides* » en la manifestant par une offre de *satisfactio*. Quoique « *stricto iure* », il ne soit plus obligé *iure ciuili* à *dare facere*, mais seulement à « *condemnari oportere* », il peut être absout *bonae fidei ratione*, c'est-à-dire « *si praestet bonam fidem* », car il n'y aurait aucun sens à frapper d'une pareille punition quelqu'un qui montre un comportement de *bonus uir*. Le procès ne continue que pour permettre une évaluation exacte de ce qu'il doit exécuter pour manifester sa bonne foi.

¹⁵⁶² RZ. p.335, où M. Kaser fait néanmoins le silence sur les actions de bonne foi.

¹⁵⁶³ Dig. 12.3.5pr. Marcianus 4 reg. *In actionibus in rem et in ad exhibendum et in bonae fidei iudiciis in litem iuratur.*

-On considère souvent que les textes faisant mention du *iusiurandum in litem* dans l'action de dépôt concernent la formule *in factum*, suite à l'idée avancée ultérieurement par Lenel que la chaîne textuelle 16.3.1 §20-27, ne concerne pas spécifiquement une formule donnée. Encore que nous partagions plutôt la première opinion de Lenel telle qu'elle ressort de la Palingénésie, au moins 16.3.5¹⁵⁶⁵ doit se situer nécessairement dans le commentaire à la formule *in ius*. Or Ulpien n'irait pas préciser que dans l'action contraire, il n'y a pas de *iusiurandum in litem* « parce qu'il ne s'agit que de calcul des impenses, et non de *fides rupta* », si le *iusiurandum in litem* n'était pas une possibilité offerte au juge qui connaîtrait d'une formule *in ius ex fide bona* de dépôt¹⁵⁶⁶. En outre, il serait plus simple d'employer le mot *dolus* que *fides rupta* s'il s'agissait de la formule *in factum*: son propos vise à éviter une confusion qui pourrait naître de l'identité des formules *in ius* de l'action contraire et de l'action directe, confusion qui ne risquerait pas d'arriver dans le cas des formules *in factum*, où seule l'action directe possède le mot *dolus* justifiant la possibilité d'un *iusiurandum in litem*.

-Puisque l'interprétation de la clause *ex fide bona* conduit à des conséquences similaires à celles offertes par la clause restitutoire dans les actions réelles en ce qui concerne l'*officium iudicis* (absolution en cas de *satisfactio*, interposition de *cautiones*, restitution des *fructus tempore rei iudicatae*), on ne voit pas pourquoi elle ne conduirait pas non plus, par voie d'*interpretatio*, à offrir au juge le pouvoir de déferer le *iusiurandum in litem* d'autant que tous ces effets sont liés pour les prudents dans leur interprétation de la clause arbitraire-restitutoire. A preuve, un texte de Paul sur l'action dite « négatoire » de servitudes (« *ius non esse...* ») montre une sorte de suite logique entre le *iusiurandum in litem* et l'absence de *satisfactio inter moras litis*¹⁵⁶⁷, que ce soit sous forme de prestation ou sous forme de *cautio*. La coloration fortement vindicatoire de certaines réclamations dans les actions de

¹⁵⁶⁴ A.WATSON, « *Iusiurandum in litem in the Bonae Fidei Iudicia* », TR 34 (2), 1966, p.175.

¹⁵⁶⁵ Dig. 16.3.5pr. Ulpianus 30 ad ed. *Ei, apud quem depositum esse dicitur, contrarium iudicium depositi datur, in quo iudicio merito in litem non iuratur: non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate eius qui depositum suscepit.*

¹⁵⁶⁶ Il nous semble peu probable qu'Ulpien ce réfère à la formule *in factum* directe du dépôt: il ne ferait pas référence à la *fides rupta*, mais plus probablement au *dolus malus* qui y figure. Par ailleurs, son propos serait parfaitement redondant et trivial s'il parlait des formules *in factum*: entre la formule *in factum* directe et la formule *in factum* contraire, il doit y avoir une différence manifeste; en revanche, entre la formule *in ius* directe et la formule *in ius* contraire, il n'y a qu'interversion des noms de l'*actor* et du *reus*: la formule est la même, et c'est là qu'il est le plus pertinent de rappeler la différence de régime qui existe entre les deux actions.

¹⁵⁶⁷ Dig. 8.5.7 Paulus 21 ad ed. *Harum actionum eventus hic est, ut victori officio iudicis aut res praestetur aut cautio. res ipsa haec est, ut iubeat adversarium iudex emendare vitium parietis et idoneum praestare. cautio haec est, ut eum iubeat de reficendo pariete cavere neque se neque successores suos prohibitos alius tollere sublatumque habere: et si caverit, absolvetur. si vero neque rem praestat neque cautionem, tanti condemnet, quanti actor in litem iuraverit.*

bonne foi ne pouvait de toute manière que favoriser l'analogie.

-L'argument selon lequel le *iusiurandum in litem* serait contraire à la présence de la clause *ex fide bona* ne tient pas. Bien au contraire, puisque l'exigence de bonne foi exprimée dans la clause pèse aussi indirectement sur le demandeur, elle lui impose d'estimer loyalement son préjudice, et permet tout simplement au juge de modérer et d'imposer une *taxatio* au demandeur selon Ulpien¹⁵⁶⁸, pour éviter une évaluation totalement contraire à la bonne foi. La présence de la clause de bonne foi est ce qui assure au juge des pouvoirs étendus, d'où l'idée sans cesse rappelée de l'*officium* et de l'*arbitrium iudicis*, et le pouvoir de déférer le *iusiurandum* est précisément rapporté à son *arbitrium*.

2° Nous ne possédons pas beaucoup de textes qui montrent aussi clairement à propos des actions de bonne foi le rapport entre l'absence de *satisfactio inter moras litis* et le *iusiurandum in litem*. Mais c'est la non-restitution ou la non-exécution qui incite le juge à le déférer et à condamner au montant affirmé par le défendeur, sur le modèle des actions à clause arbitraire, comme l'atteste Marcellus¹⁵⁶⁹.

Il n'y a pas de règle qui impose automatiquement au juge de déférer le *iusiurandum in litem* pour contraindre le demandeur à s'exécuter, puisqu'il le défère en vertu de son libre office. Sans doute les juges en usent avec une certaine parcimonie lorsqu'ils peuvent se faire une idée précise du préjudice à évaluer¹⁵⁷⁰, ou lorsqu'il n'est pas recommandable de contraindre à l'exécution: ainsi, le juge l'emploie sans doute assez rarement lorsque la prestation réclamée induit une relation intime ou de longue durée: grossièrement, lorsqu'il ne s'agit pas de restitution pure et simple. En revanche il seront d'autant plus enclins à le déférer que le demandeur tenait à ce que lui soit restituée précisément telle ou telle chose précise. Songeons à un cas où le demandeur avait mandé à quelqu'un de lui racheter puis d'affranchir son frère ou son fils naturel, suite à quoi ce mandataire l'a racheté mais ne l'a

¹⁵⁶⁸ Dig. 12.3.4.2 Ulpianus 36 ad ed. *Iurare autem in infinitum licet. sed an iudex modum iuriurando statuere possit, ut intra certam quantitatem iuretur, ne arrepta occasione in immensum iuretur, quaero. et quidem in arbitrio esse iudicis deferre iusiurandum nec ne constat: an igitur qui possit iusiurandum non deferre, idem possit et taxationem iuriurando adicere, quaeritur: arbitrio tamen bonae fidei iudicis etiam hoc congruit.*

¹⁵⁶⁹ Dig. 19.2.48.1 Marcellus 8 Dig. *Qui servum conductum vel aliam rem non immobilem non restituit, quanti in litem iuratum fuerit damnabitur.* Les doutes sur ce texte proviennent de ce qu'il pourrait concerner l'*actio furti*, ce qui expliquerait la précision *non immobilem*. Voir, contre cette hypothèse, les justes objections d'A. Watson et de Th. Mayer-Maly, *Locatio*. Il est à noter, notamment, que l'action devrait être alors *in duplum*. En outre, l'*actio furti* sert à exiger une *poena*: on a donc droit à cette action indépendamment de la restitution. La précision *non immobilem* vient sans doute de ce que, dans le cas d'un bien immeuble, il existe d'autres moyens prétoriens encore plus énergiques de chasser le *conductor*.

¹⁵⁷⁰ Dig. 12.3.3 Ulpianus 30 ad ed. *Nummis depositis iudicem non oportet in litem iusiurandum deferre, ut iuret quisque quod sua interfuit, cum certa sit nummorum aestimatio. nisi forte de eo quis iuret, quod sua interfuit nummos sibi sua die redditos esse: quid enim, si sub poena pecuniam debuit? aut sub pignore, quod, quia deposita ei pecunia adnegata est, distractum est?*

pas affranchi. Papinien considère qu'on pourra agir par l'action de mandat¹⁵⁷¹ « *affectus ratione* ». Ce que demande le mandant, c'est une exécution très spécifique, et son préjudice serait difficilement évaluable en argent. En ce cas, le juge défèrera sans doute le *iusiurandum in litem* pour qu'il déploie toute sa force comminatoire, puisque le juge ne saurait évaluer lui-même l'*affectus*. L'idée exprimée par Papinien que la jurisprudence a majoritairement décidé d'introduire l'*affectus ratio* dans les actions de bonne foi ne saurait signifier que le juge a dans ces actions le pouvoir d'évaluer un préjudice extrapatrimonial, puisqu'aucune autre source ne l'atteste. En revanche, on comprend facilement en quoi l'*affectus ratio* est à leurs yeux prise en compte dans les actions de bonne foi si le défendeur peut sentir la menace d'un *iusiurandum in litem* qui l'incite à satisfaire, en l'occurrence à affranchir le fils ou frère naturel du mandant.

3°La principale difficulté vient toutefois d'une exécution devenue impossible, soit avant le procès, soit au cours du procès. Dans quels cas le juge peut-il déférer le *iusiurandum in litem*? Sans doute la discipline qui a gouverné le *iusiurandum in litem* est-elle très proche de celles de formules *in rem* et de l'*actio ad exhibendum*, munies de la clause arbitraire¹⁵⁷², où son rôle punitif interfère d'ailleurs avec la discipline propre à la responsabilité du fait de la perte ou de la détérioration de la chose.

Si la restitution ou l'exécution est devenue définitivement impossible sans dol du débiteur, assurément il n'y aura pas de *iusiurandum in litem* comme l'atteste Ulpien en commentant l'action de tutelle¹⁵⁷³. Mais, dans la mesure où il peut y avoir une réparation plus ou moins adéquate, le juge estimera lui-même l'*id quod interest*, laissant au défendeur le choix d'indemniser volontairement (ce qui témoignera de sa bonne foi) ou de se faire condamner.

Le problème vient du comportement dolosif du débiteur qui conduirait à ne pas rendre possible la *satisfactio*. Il faut que son comportement dolosif ait été spécifiquement destiné à rendre la *satisfactio* impossible soit au cours du procès (et alors la condamnation n'est que l'envers de sa dimension comminatoire), soit dès avant le procès: le cas le plus typique

¹⁵⁷¹ Dig. 17.1.54pr. Papinianus 27 quaest. *Cum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. sed si in hoc mandatum intercessit ut servus manumitteretur nec manumiserit, et pretium consequetur dominus ut venditor et affectus ratione mandati agatur: finge filium naturalem vel fratrem esse (placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam)(...)*. A moins qu'il ne se soit agi, dans le texte original, de l'*actio fiduciae* dans le cas d'une *mancipatio ut manumittatur*.

¹⁵⁷² Dig. 12.3.2 Paulus 13 ad sab. *Sive nostrum quid petamus sive ad exhibendum agatur, interdum quod intersit agentis solum aestimatur, veluti cum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur: cum vero dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis, quanti in litem iuraverit actor.*

¹⁵⁷³ Dig. 12.3.4.4 Ulpianus 36 ad ed. *Ex culpa autem non esse iusiurandum deferendum constat, sed aestimationem a iudice faciendam.*

est par exemple celui du dépositaire qui, ayant perdu la chose sans dol, l'a retrouvée en cours d'instance mais l'a vendue par la suite. Alors, et alors seulement, le juge se sentira le droit de déférer le *iusiurandum in litem* à titre punitif, si la prestation exigée était difficilement évaluable¹⁵⁷⁴.

Cet instrument comminatoire n'avait toutefois qu'un emploi très rare au vu des textes. Le droit commun reste que c'est au juge de procéder à la *litis aestimatio*, et ce *secundum bonam fidem*.

¹⁵⁷⁴ Un cas très particulier est celui du tuteur qui ne remet pas l'inventaire, et donc empêche toute évaluation de sa gestion. On sait que le juge peut déférer à époque classique un *iusiurandum* contre l'héritier de ce tuteur s'il s'obstine dolosivement à ne pas remettre l'inventaire des biens du pupille : alors on le voit déployer toute sa force comminatoire. En revanche, il semble que dans l'action de tutelle dirigée directement contre le tuteur, on peut déférer contre lui le *iusiurandum* s'il a par exemple omis de rédiger cet inventaire. Alors il est présumé avoir agi dolosivement, encore qu'il s'agisse d'une présomption simple. Alors le *iusiurandum in litem* n'a plus de rôle spécifiquement comminatoire durant l'instance, mais en amont de la *satisfactio*: contraindre les tuteurs à prendre la peine de rédiger des inventaires lorsqu'ils entrent en fonction, sans quoi la reddition de comptes serait bien trop laborieuse. Il s'agit encore d'une de ces dérogations typiques de l'action de tutelle, inventées *in fauorem pupilli*. Cette règle a peut-être été posée par la chancellerie impériale, et nous ne partageons pas nécessairement l'opinion d'Alan Watson (*op. cit.*) qui tente de démontrer qu'elle était sans doute déjà connue de Servius.

2.2.1.2. *L'entorse à l'effet fixateur : La litis aestimatio et son appréciation secundum bonam fidem (Sous-section 2)*

L'instance *apud iudicem* ouverte sur le fondement d'un *iudicium ex fide bona* offre au défendeur la possibilité de sauver sa *fides* en manifestant sa *bona fides*. Il doit à ce titre proposer de satisfaire le demandeur comme un *bonus uir*, et l'indemniser *secundum bonam fidem*, à défaut de quoi il sera condamné à ce montant évalué *secundum bonam fidem*¹⁵⁷⁵. Dans le cas d'une chose à restituer ou d'une somme à payer, la juste satisfaction ne se limite pas à rendre la chose ou la valeur de la chose.

Bien entendu, en cas de faute, le débiteur doit indemniser à hauteur de l'*id quod interest*, c'est-à-dire à l'ensemble du préjudice causé directement au patrimoine du créancier, le *damnum emergens* comme le *lucrum cessans*. C'est certes un trait commun à toutes les actions de bonne foi de pouvoir condamner un débiteur fautif à l'*id quod interest*. Mais ce n'est nullement un trait propre aux actions de bonne foi. Toute action incertaine permet de viser le calcul de l'*id quod interest*, notamment l'*actio ex stipulatu*¹⁵⁷⁶ et ce parce que la *conceptio formularum* le permet. La clause *ex fide bona* représente plutôt une condition limitative déterminant dans quels cas le juge peut ou non condamner à l'*id quod interest*: c'est uniquement le manquement à la bonne foi qui permet de réclamer du débiteur la réparation de tout le préjudice causé, et dans quels cas l'action sera utilisée comme une *condictio* sanctionnant simplement un enrichissement injuste¹⁵⁷⁷.

¹⁵⁷⁵ Cette expression en tant que telle ne se retrouve que dans le Code, notamment dans une constitution de Dioclétien, mais elle nous semble refléter une réalité ancienne: CJ.5.28.6: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Si tibi pater avunculum testamento recte tutorem dedit nec is excusatus est, eum tutelae iudicio tam administratis quam neglectis, cum administrari deberent, apud competentem iudicem conveni secundum bonam fidem tibi satisfacere iussurum. * diocl. et maxim. aa. et cc. domnae. * <a 294 s. non. april. sirmi cc. cons.>*

¹⁵⁷⁶ Dig. 45.1.68 Paulus 2 ad ed. *Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio. quod si ita stipulatus fuero: "pecuniam te mihi crediturum spondes?", incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest.* Dig. 45.1.113.1 Proculus 2 epist. *Cum venderet aliquis, promisit emptori fideiussores praestari et rem venditam liberari: quae ut liberetur, nunc desiderat emptor: in mora est is, qui ea stipulatione id futurum promisit: quaero quid iuris sit. proculus respondit: tanti litem aestimari oportet, quanti actoris interest.* Dig. 45.1.38.17 Ulpianus 49 ad sab. *Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea. plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committetur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis.* L'*id quod interest* est davantage pensée d'après de nombreux textes comme une condition de recevabilité de l'action que comme la définition du montant de la condamnation: elle constitue ainsi l'intérêt pour agir, essentiel dans le cas des stipulations incertaines, alors qu'une *stipulatio certa* (de *dare*, notamment une *stipulatio* assortie d'une *poena*) bénéficie de plein droit au stipulant. Mais assurément, la possibilité abstraite de condamner à l'*id quod interest* procède davantage du caractère incertain de l'*intentio*, et non du fait qu'il y ait une clause *ex fide bona*.

¹⁵⁷⁷ Dig. 16.3.1.47 Ulpianus 30 ad ed. *Quia autem dolus dumtaxat in hanc actionem venit, quaesitum est, si heres rem apud testatorem depositam vel commodatam distraxit ignarus depositam vel commodatam, an teneatur. et quia dolo non fecit, non tenebitur de re: an tamen vel de pretio teneatur, quod ad eum pervenit? et verius est teneri eum: hoc enim ipso dolo facit, quod id quod ad se pervenit non reddit.* L'héritier du dépositaire ou commodataire est de bonne foi, et n'a commis

Mais la clause de bonne foi offre certaines conséquences qui sont très proches de celles tirées de la clause restitutoire arbitraire quant à la méthode d'évaluation du *quantum restitui debeat*. Car l'exigence de bonne foi bouleverse le paramètre temporel de l'évaluation. En effet, pour *satisfacere secundum bonam fidem*, le défendeur doit, *officio iudicis*, aura bien souvent à restituer les *fructus* (I) et les *usurae*(II), évalués sans égard pour le *tempus litis contestatae*.

2.2.1.2.1. « *In ceteris quoque...* » (Paul): la *satisfactio secundum bonam fidem* et la restitution des fruits *tempore rei iudicatae* (I)

La généralisation de Paul¹⁵⁷⁸ dans son commentaire à Plautius mérite une interrogation: en quoi, dans les actions de bonne foi, « *fructus omnimodo praestantur* »? En quoi peut-il dire *omnimodo*?

La question de la restitution des fruits est une de celles qui rapprochent le plus les actions de bonne foi des formules arbitraires à clause *nec restituetur*. Le juge est saisi de la question de la restitution des fruits et des différents accessoires de la chose détenue en vertu de ces deux types de formules.

En réalité, la question de la restitution des *fructus* et des *accessiones* n'a pas nécessairement à être mise au compte de la clause *ex fide bona*, à époque médio-classique: elle en constitue une originalité toute relative par rapport aux autres actions personnelles(A). Mais le devoir de restituer ces fruits est original dans les actions de bonne foi en ce que, reporté à l'*officium iudicis*, il représente le complément indispensable de la juste *satisfactio* qui permet au juge d'absoudre le défendeur (B).

aucun dol en vendant la chose déposée ou prêtée s'il ignorait que le défunt en était simple détenteur. Aussi ne peut-il être condamné à l'*id quod interest*; mais il doit restituer la somme dont il s'est ainsi enrichi injustement au détriment du commodant ou du dépositaire. Ainsi de l'exigence de bonne foi naît l'équivalent d'une *condictio* à raison d'un enrichissement injuste. Ainsi, le *quidquid dari fieri oportet ex fide bona* revient à dire que le *quidquid* est interprété en fonction de sa bonne foi: l'héritier de bonne foi sera condamné à hauteur de son enrichissement, c'est-à-dire le prix auquel il a vendu la chose déposée ou prêtée, tandis que l'héritier de mauvaise foi sera tenu d'indemniser le demandeur à hauteur de tout le préjudice (patrimonial) qu'il lui a causé.

¹⁵⁷⁸ Dig. 22.1.38.15 Paulus 6 ad plaut. *In ceteris quoque bonae fidei iudicis fructus omnimodo praestantur*.

2.2.1.2.1.1. *L'originalité relative de la réclamation des fructus dans les actions de bonne foi à époque médio-classique (A)*

Si on replace la généralisation de Paul au sujet des actions de bonne foi dans son contexte¹⁵⁷⁹, on constatera qu'il poursuit une réflexion générale sur le problème de la restitution des *fructus* dans le cadre des actions personnelles: en effet, toutes les actions réelles sont munies de la clause restitutoire, et c'est seulement lorsqu'on fait valoir une obligation de *dare* ou de *dare facere* que se pose la délicate question de savoir si le débiteur a acquis pour lui-même les *fructus* de la chose à donner.

Paul raisonne, comme sans doute Plautius qu'il commente, action par action, et au cas par cas, en procédant de temps à autre à des généralisations¹⁵⁸⁰. Il développe à ce propos une réflexion au cas par cas sur des exemples de *condictio ob rem dati*, de *condictio indebiti*, de *condictio causa data causa non secuta* (§1-3)¹⁵⁸¹, sur différentes actions prétoriennes ou certains interdits, d'où une première généralisation à propos des actions prétoriennes qui possèdent à l'exemple des actions réelles une clause restitutoire (§4-6)¹⁵⁸²; il passe ensuite à l'action civile *ex stipulatu* (§7)¹⁵⁸³; il envisage enfin l'*actio empti* (§8)¹⁵⁸⁴, l'*actio pro socio* (§9)¹⁵⁸⁵, puis les actions de dépôt et de commodat, sans que l'on sache s'il s'agit des formules *in ius* ou des formules *in factum* (§10)¹⁵⁸⁶; puis il revient à une formule à clause arbitraire-restitutoire, celle fondée sur l'interdit *quod ui aut clam* (§11)¹⁵⁸⁷, à l'*actio rei*

¹⁵⁷⁹ Dig. 22.1.38pr. Paulus 6 ad plaut. *Videamus generali, quando in actione quae est in personam etiam fructus veniant.*

¹⁵⁸⁰ Il est fort possible que le cas par cas soit une paraphrase de Plautius, tandis que les généralisations soient plutôt des commentaires personnels de Paul.

¹⁵⁸¹ Dig. 22.1.38.1-3 Paulus 6 ad plaut. *Et quidem si fundus ob rem datus sit, veluti dotis causa, et renuntiata adfinitas, fructus quoque restituendi sunt, utique hi qui percepti sunt eo tempore quo sperabatur adfinitas, sed et posteriores, si in re mora fuit, ut ab illo, qui reddere debeat, omnimodo restituendi sunt. sed et si per mulierem stetit, quo minus nuptiae contrahantur, magis est, ut debeat fructus recipere: ratio autem haec est, quod, si sponsus non conveniebatur restituere fructus, licuerat ei negligere fundum./ Item si indebitum fundum solvi et repeto, fructus quoque repetere debeo./ Idemque est, si mortis causa fundus sit donatus et revaluerit qui donavit atque ita condictio nascatur.*

¹⁵⁸² Dig. 22.1.38.4-6 Paulus 6 ad plaut. *In fabiana quoque actione et pauliana, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, fructus quoque restituuntur: nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset: quod non est iniquum (nam et verbum "restituas", quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem), ut fructus quoque restituantur./ Et ideo cum restitui praetor vult, veluti in interdicto unde vi, etiam fructus sunt restituendi/ Item si vi metusve causa rem tradam, non aliter mihi restituuisse videtur, quam si fructus mihi restituat: nec mora mea mihi aliquid aufert.*

¹⁵⁸³ Dig. 22.1.38.7 Paulus 6 ad plaut. *Si actionem habeam ad id consequendum quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiamsi mora facta sit(...)*

¹⁵⁸⁴ Dig. 22.1.38.8 Paulus 6 ad plaut. *Ex causa etiam emptionis fructus restituendi sunt.*

¹⁵⁸⁵ Dig. 22.1.38.9 Paulus 6 ad plaut. *Sed in societatibus fructus communicandi sunt.*

¹⁵⁸⁶ Dig. 22.1.38.10 Paulus 6 ad plaut. *Si possessionem naturalem revocem, proprietates mea manet, videamus de fructibus. et quidem in deposito et commodato fructus quoque praestandi sunt, sicut diximus.*

¹⁵⁸⁷ Dig. 22.1.38.11 Paulus 6 ad plaut. *In interdicto quoque quod vi aut clam magis est, ut omnis causa et fructus restituantur.*

uxoriae (§12¹⁵⁸⁸ et peut-être 13¹⁵⁸⁹), à l'*actio communi diuidundo* (§14¹⁵⁹⁰ et peut-être 13). C'est alors qu'intervient sa généralisation autour des *iudicia bonae fidei* (§15), suivie d'une réflexion sur l'action *ex testamento* utilisée pour récupérer la dot léguée (§16)¹⁵⁹¹.

Trois types d'actions sont donc envisagées: des actions personnelles avec une clause restitutoire, des actions munies de la clause *ex fide bona*, des actions personnelles sans aucune de ces clauses. Pourtant, ni Plautius ni Paul ne sont catégoriques au point d'opposer au sujet de la restitution des *fructus* les actions de droit strict aux actions de bonne foi et aux actions arbitraires.

À l'époque médio-classique, la question de la restitution des *fructus* a sans doute fait l'objet d'une évolution. Différentes actions personnelles, même sans clause restitutoire ni clause *ex fide bona*, permettent la réclamation des *fructus* et des accessoires(1°), et même ceux perçus par le défendeur après la *litis contestatio*(2°).

1° Certaines actions personnelles de droit strict permettent la réclamation des fruits perçus par le défendeur sans avoir ni de clause *ex fide bona*, ni de clause restitutoire, et ce soit en vertu d'un *quidquid dare facere oportet*, soit en vertu d'un *quanti ea res est/erit*. C'est peut-être un travail d'interprétation au cours de l'époque classique qui a conduit à ce résultat. L'exemple de la *dos praelegata*¹⁵⁹² donné par Paul est assez intéressant: les fruits perçus par le mari sur la dot léguée avant les noces doivent être restitués non pas tant parce que l'*actio ex testamento*¹⁵⁹³ incertaine permet la réclamation des *fructus* au titre d'une possession indue, mais parce qu'ils sont considérés comme faisant partie de la dot, tandis que ceux perçus après les noces lui sont bien sûr acquis. Cette solution n'est pas une propriété intrinsèque de l'action *ex testamento* mais la conséquence de la définition de la dot: on peut la considérer non comme une particularité de l'action de droit strict *ex testamento*, mais comme une conséquence de la définition donnée de la dot à propos l'action de bonne foi *rei uxoriae* et de l'interprétation de son *quod aequius melius*.

Mais la *condictio* de droit strict permet bel et bien une répétition de la chose donnée avec

¹⁵⁸⁸ Dig. 22.1.38.12 Paulus 6 ad plaut. *Ante matrimonium quoque fructus percepti dotis fiunt et cum ea restituuntur.*

¹⁵⁸⁹ Dig. 22.1.38.13 Paulus 6 ad plaut. *Eadem ratio est in fructibus praediorum urbanorum.*

¹⁵⁹⁰ Dig. 22.1.38.14 Paulus 6 ad plaut. *Item si dividere fundum tecum velim, tu nolis et colam, an fructus dividi debeant post deductionem impensarum? et puto dividendos.*

¹⁵⁹¹ Dig. 22.1.38.16 Paulus 6 ad plaut. *Si dos praelegata fuerit, ante nuptias percepti fructus in causa legati veniunt.*

¹⁵⁹² Dig. 22.1.38.16 Paulus 6 ad plaut. *Si dos praelegata fuerit, ante nuptias percepti fructus in causa legati veniunt.*

¹⁵⁹³ L'action à laquelle songe Paul est nécessairement l'*actio ex testamento* personnelle et incertaine. En effet, il poursuit un raisonnement général sur les actions personnelles; le legs de la dot par *praeceptio* constitue très vraisemblablement un *incertum*.

ses fruits pour sanctionner un enrichissement injuste, et Paul en donne trois exemples¹⁵⁹⁴. Tout d'abord, si quelqu'un a donné un fond à titre de dot et que le mariage n'est pas conclu, il pourra réclamer par la *condictio (ob rem dati)* aussi bien la chose que ses fruits. Si un fond a été transféré par erreur, la encore on pourra réclamer la restitution des fruits perçus par celui qui en était pourtant le propriétaire par la *condictio (indebiti)*. Si quelqu'un a fait une donation *mortis causa* et qu'il a guéri, il pourra récupérer la chose donnée avec ses fruits par la *condictio (causa data causa non secuta)*. C'est dire que le *quanti ea res est* de la *condictio* permet à lui seul de réclamer la restitution des fruits à celui qui était pourtant le véritable propriétaire de la chose.

Mais les actions personnelles de droit strict semblent, ou ont semblé à une époque antérieure, exclure sur le principe la réclamation des *fructus* ou des *accessiones*. Ainsi l'action *ex stipulatu* exclut en principe la restitution des *fructus* de la chose à transférer en vertu de la stipulation, même lorsqu'il y a *mora*. Cela est confirmé par Paul lui-même qui l'exclut lorsqu'il commente un juriste du Ier siècle comme Plautius¹⁵⁹⁵: le principe ancien semble être que dans les actions personnelles dites de droit strict la restitution des fruits de l'*incertum* réclamé ne pouvait faire l'objet du litige, mais tout dépend alors des termes et du contenu de la stipulation. Ainsi la stipulation de *uacuum possessionem tradere* dans le cas d'une vente souffre des interprétations diverses. Papinien¹⁵⁹⁶ considère qu'elle emporte le devoir pour le promettant de restituer les fruits qu'il aura perçus (mais sans doute entend-il par là les fruits perçus après la mise en demeure de délivrer le fond), tandis que Pomponius semble plus tôt favorable la solution inverse¹⁵⁹⁷. Cette solution n'est pas gênante en pratique, mais n'entraîne qu'une incommodité processuelle au demeurant fort intéressante et traduisant le contraste initial entre les actions de droit strict et les actions de bonne foi: comme Pomponius le rappelle, cette stipulation n'a pas totalement éteint l'action de bonne foi *ex empto*, qui peut donc être utilisée pour la réclamation des fruits perçus depuis la formation du contrat de vente, si bien que l'acheteur devra utiliser deux actions pour se voir restituer la chose et ses fruits. Dans l'action de droit strict, tout dépend en dernière instance

¹⁵⁹⁴ Dig. 22.1.38.1-3 Paulus 6 ad plaut. Il est difficile de savoir si cette *condictio* est l'hypothétique mais probable *condictio incerti*, ou s'il s'agit de la *condictio certae rei*, dont on aurait interprété constructivement le *quanti ea res est*.

¹⁵⁹⁵ Dig. 22.1.38.7 Paulus 6 ad plaut. *Si actionem habeam ad id consequendum quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiamsi mora facta sit (...).*

¹⁵⁹⁶ Dig. 22.1.4pr. Papinianus 27 quaest. *Si stipulatus sis rem dari vacuumque possessionem tradi, fructus postea captos actione incerti ex stipulatu propter inferiora verba consecuturum te ratio suadet (...).*

¹⁵⁹⁷ Dig. 19.1.3.1 Pomponius 9 ad sab. *Si emptor vacuum possessionem tradi stipulatus sit et ex stipulatu agat, fructus non venient in eam actionem, quia et qui fundum dari stipularetur, vacuum quoque possessionem tradi oportere stipulari intellegitur nec tamen fructuum praestatio ea stipulatione continetur, neque rursus plus debet esse in stipulatione. sed ex empto superesse ad fructuum praestationem.*

des termes de la stipulation et de son interprétation: a si la restitution des fruits dans l'action de droit strict est possible, ce n'est pas à raison de l'interprétation du type juridique protégé par l'action ou d'une propriété originale de la formule, mais de l'interprétation du contenu de l'acte juridique.

C'est dire que dans les actions personnelles incertaines de droit strict, la réponse est devenue fort variable à époque classique, mais que la réclamation des *fructus* en était initialement exclue sur le principe.

2° Pour ce qui est des fruits perçus après la *litis contestatio*, l'époque médio-classique a semble-t-il reconnu un régime commun à toutes les actions personnelles, qu'elles soient ou non munies d'une clause restitutoire ou de bonne foi. La *litis contestatio* met de toute manière le débiteur en demeure et l'ensemble des fruits et accessoires perçus par le défendeur durant la phase *apud iudicem* sera nécessairement à restituer. C'est ce qui est expressément indiqué par les préfets des Sévères, comme Papinien¹⁵⁹⁸.

Une pareille solution est pourtant invoquée par lui en un autre texte¹⁵⁹⁹ comme une évolution qui s'écarte de la *stricta iuris ratio* (« *uolgo receptum* »), et comme un paradoxe (« *quamvis in personam actum sit* ») au regard de l'effet fixateur de la *litis contestatio* dans les actions personnelles: le juge n'était saisi que de l'objet du litige tel qu'il était au moment de la délivrance du *iudicium*. Papinien justifie la solution nouvelle en ce que la chose devait être restituée au moment où elle était réclamée si bien que les fruits sont en tout état de cause perçus indûment par le défendeur durant l'instance *apud iudicem*.

Paul justifie aussi, dans son commentaire à Plautius, cette solution au sujet de l'action *ex stipulatu* portant sur une obligation de *rem dare*, qui pourtant n'emporte pas le devoir de restituer les fruits perçus avant la *litis contestatio*. Il se réfère pour cela à Sabinus et à Cassius¹⁶⁰⁰, qui fondent la restitution des fruits perçus durant l'instance sur l'équité (*ex aequitate fructus praestandos*). C'est dire *a contrario* que la *stricta iuris ratio* militerait pour la solution inverse.

Mais les commentateurs tardo-classiques ont conscience du paradoxe que constitue cette

¹⁵⁹⁸ Dig. 22.1.3.1 Papinianus 20 quaest. *In his quoque iudiciis, quae non sunt arbitraria nec bonae fidei, post litem contestatam actori causa praestanda est in eum diem, quo sententia dicitur: certe post rem iudicatam tempus a fructibus dependendis immune est.*

¹⁵⁹⁹ Dig. 22.1.2 Papinianus 6 quaest. *Volgo receptum est, ut, quamvis in personam actum sit, post litem tamen contestatam causa praestetur: cuius opinionis ratio redditur, quoniam quale est, cum petitur, tale dari debet ac propterea postea captos fructus partumque editum restitui oportet.*

¹⁶⁰⁰ Dig. 22.1.38.7 Paulus 6 ad plaut. *Si actionem habeam ad id consequendum quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiamsi mora facta sit: quod si acceptum est iudicium, tunc sabinus et cassius ex aequitate fructus quoque post acceptum iudicium praestandos putant, ut causa restituatur, quod puto recte dici.*

solution dans les actions dites de droit strict, ce qui nous permet d'entrevoir l'originalité initiale des *iudicia bonae fidei*.

2.2.1.2.1.2. La restitution officio iudicis des fruits comme complément de la juste satisfactio (B)

Dans les actions de bonne foi, la restitution des fruits paraît être un complément de la juste *satisfactio* au vu de laquelle le juge absoudra le défendeur. Ainsi, le devoir restitution des fruits perçus par le défendeur même après la *litis contestatio* a paru initialement une propriété originale des *iudicia bonae fidei* et des formules arbitraires, tout comme l'absolution pour *satisfactio inter moras litis*(1°). Elle est elle aussi fondée sur *l'officium iudicis* (2°). Ce devoir de restitution de tous les fruits n'est donc que la contrepartie équitable de la possibilité offerte au défendeur de manifester sa bonne foi en cours d'instance par une *satisfactio*(3°)

1°La restitution des fruits perçus après la *litis contestatio* est devenue le droit commun de la procédure civile à époque médioclassique: dans tout procès, même fondé sur une action personnelle sans clause restitutive ou sans clause *ex fide bona*, les fruits perçus par le défendeur après la *litiscontestatio* devaient être rendus ou intégrés au calcul de la condamnation.

Ce fut l'opinion qui a triomphé, aux dires de Papinien, même s'il a encore conscience du paradoxe qu'il y a pour un juge à se placer, dans une action *in personam*, au moment de la sentence, et non au moment de la *litis contestatio*, pour apprécier le montant des fruits à restituer¹⁶⁰¹. Par ailleurs, Papinien laisse encore deviner, par prétéition, l'ancienne singularité des *iudicia bonae fidei* et des formules arbitraires, lorsqu'il précise que cette règle vaut même dans le cas de formules qui n'ont ni la clause arbitraire, ni la clause de bonne foi¹⁶⁰². Le témoignage de Paul à propos de *l'actio ex stipulatu*¹⁶⁰³ est significatif en

¹⁶⁰¹ Dig. 22.1.2 Papinianus 6 quaest. *Volgo receptum est, ut, quamvis in personam actum sit, post litem tamen contestatam causa praestetur: cuius opinionis ratio redditur, quoniam quale est, cum petitur, tale dari debet ac propterea postea captos fructus partumque editum restitui oportet.*

¹⁶⁰² Dig. 22.1.3.1 Papinianus 20 quaest. *In his quoque iudiciis, quae non sunt arbitraria nec bonae fidei, post litem contestatam actori causa praestanda est in eum diem, quo sententia dicitur: certe post rem iudicatam tempus a fructibus dependendis immune est.*

ce qu'il se réfère à l'opinion de Sabinus et de Cassius, faisant référence à l'*aequitas*. On devine en filigrane la position qu'on peut qualifier grossièrement de proculienne: les actions de bonne foi et les formules arbitraires étaient les seules, avant que ne triomphe la position de Sabinus et de Cassius, à permettre au juge d'aborder la question des fruits et de l'évaluation de la *causa* selon le *tempus rei iudicatae*.

Or ce sont les mêmes auteurs, les Sabinien, qui ont à la fois considéré qu'il était toujours possible d'absoudre le défendeur qui satisfaisait *post litis contestationem*, même dans une action personnelle de droit strict¹⁶⁰⁴, et qu'il convenait de toujours procéder à la *litis aestimatio* en tenant compte des fruits perçus par le défendeur après la *litis contestatio* et avant la sentence. Que ces deux solutions soient systématiquement reportées aux Sabinien montre que les deux questions étaient liées.

On peut a contrario en déduire que pour les Proculien, qui restreignaient ces deux règles aux formules arbitraires et aux formules *ex fide bona*, l'absolution en cas de *satisfactio inter moras litis* et la restitution des fruits perçus après la *litis contestatio* étaient deux problèmes liés tout autant: dans les deux cas, ils raisonnaient non pas sur le droit substantiel (portée, perpétuation et extinction des obligations), mais sur l'*officium* et l'*arbitrium iudicis*, qui était particulier. Ces deux solutions étaient liées clairement par l'interprétation de la clause restitutoire dans les actions arbitraires, tout comme elles étaient liées par l'interprétation de la clause *ex fide bona* dans les actions de bonne foi.

-La clause restitutoire montrait clairement le principe de la *satisfactio inter moras litis*: le juge n'allait condamner que « *nisi restituetur* ». La faveur pour le défendeur était clairement inscrite dans la formule: le futur ne laissait place à aucun doute, une *satisfactio post litis contestationem* était possible et le juge n'allait condamner que « *nisi arbitrio (iudicis) restituetur* ». Toute la difficulté résidait dans la généralité de la tournure impersonnelle « *restituetur* ». Le juge disposait explicitement d'une marge de manoeuvre (*arbitrio*) pour évaluer la correcte restitution. Dans le cas des actions réelles il a été assez tôt admis qu'un défendeur ne pourrait être absout en rendant la chose tout en s'étant injustement enrichi par la perception des fruits, que ce soit avant ou pendant le procès. Dans les formules arbitraires des actions personnelles prétorienne, la même solution s'est

¹⁶⁰³ Dig. 22.1.38.7 Paulus 6 ad plaut. *Si actionem habeam ad id consequendum quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiamsi mora facta sit: quod si acceptum est iudicium, tunc sabinus et cassius ex aequitate fructus quoque post acceptum iudicium praestandos putant, ut causa restituatur, quod puto recte dici.*

¹⁶⁰⁴ Gaius, *Inst.*, IV, 114 (...) *quod uolgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia absolutoria esse (...)*

imposée et la clause restitutive devait recevoir selon Paul sa *plena significatio*¹⁶⁰⁵ : il fallait entendre le mot *restituere* dans son sens le plus entier (*plena significatio*), comme une remise en état intégrale (*ut perinde sint omnia atque si nihil...*) , qui donc emportait restitution des fruits perçus avant comme après la *litis contestatio*.

-De même, si la clause *ex fide bona* permettait, comme nous avons cherché à le montrer, au *bonus uir* de manifester encore sa *bona fides* durant le procès, parce que la condition nécessaire de la condamnation était un manquement actuel à la *bona fides* au cours de l'instance *apud iudicem*, elle permettait logiquement une absolution pour *satisfactio inter moras litis*. A mêmes causes mêmes effets: puisque de nombreuses actions de bonne foi pouvaient de surcroît revêtir une coloration vindicatoire, et que le demandeur exigeait une restitution, la même discipline s'imposait que dans les formules d'actions réelles toutes dotées d'une clause *nec restituetur*.

Et la restitution des fruits est dans les actions de bonne foi, toujours fondée *officio iudicis*.

2°Le devoir de restitution des fruits perçus avant la *litis contestatio* reçoit-il un fondement différent?

Dans une action de droit strict, pour ceux perçus *post litem contestatam* il est reporté à l'*officium iudicis*, tout comme l'absolution pour *satisfactio* d'après les Sabinieniens. Mais ceux perçus avant la *litis contestatio* reçoivent un fondement différent. Paul nous le précise incidemment, à propos de la question du cours des intérêts au titre des fruits perçus¹⁶⁰⁶. Le devoir de restitution des fruits reçoit selon lui un fondement différent selon qu'il s'agit des fruits perçus avant ou après la *litis contestatio*: avant, il considère que c'est une forme d'enrichissement injuste, qui est conçue par la jurisprudence comme une cause civile (*condicuntur*), un *dare oportere*; après l'*officium iudicis* , c'est uniquement l'office du *iudex* qui s'impose aux parties en cours d'instance.

Mais, dans le cas des actions de bonne foi, le devoir de restitution des fruits est reporté à l'*officium iudicis* même lorsqu'ils ont été perçus avant la *litis contestatio*. C'est ce que nous montre un texte d'Ulpien à propos du mandat¹⁶⁰⁷. Le mandataire qui a acheté pour son compte un champ doit me restituer les fruits qu'il en a perçus, le mandat étant gratuit. Ce

¹⁶⁰⁵ Dig. 22.1.38.4 Paulus 6 ad plaut. *In fabiana quoque actione et pauliana, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, fructus quoque restituuntur: nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset: quod non est iniquum (nam et verbum "restituas", quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem), ut fructus quoque restituuntur.*

¹⁶⁰⁶ Dig. 22.1.15 Paulus 16 resp. *Respondit neque eorum fructuum, qui post litem contestatam officio iudicis restituendi sunt, usuras praestari oportere, neque eorum, qui prius percepti quasi malae fidei possessori condicuntur.*

devoir est reporté par Ulpian à l'*officium iudicis*. Dans un cas similaire traité par le même juriste dans l'extrait suivant¹⁶⁰⁸, le *procurator* qui gère mon argent, le place et perçoit des intérêts, me doit restitution des ces intérêts (qui sont alors comme les fruits de l'argent par lui détenu) au motif qu'il ne peut s'enrichir du fait de cette gestion, et cette solution est reportée à la *bona fides*; de même, le vendeur doit à l'acheteur restitution des fruits perçus de la chose vendue qu'il avait sous sa garde, et ce *bonae fidei ratione*¹⁶⁰⁹.

Bona fides et *officium iudicis* représentent pour ainsi dire les deux facettes d'un même fondement pour la restitution des fruits, avant comme après la *litis contestatio*. Cela s'explique aisément si la restitution des fruits n'est conçue initialement que comme la contrepartie équitable de la possibilité qu'a le juge d'absoudre le défendeur qui a satisfait même *post acceptum iudicium*, et si l'on donne à la clause *ex fide bona* une signification avant tout processuelle. C'est la manifestation intégrale de sa bonne foi qui permet l'absolution: le débiteur devra ainsi rendre tous les fruits qu'il a perçus depuis son retard à restituer, même s'il était propriétaire de la chose. Cet abandon sauve sa bonne foi et manifeste rétroactivement (et au moins fictivement) son absence d'intention dolosive au moment du procès. Ou du moins, c'est ainsi qu'on agit entre *boni uiri*, « *ut inter bonos* ».

3° Que peut alors signifier la généralisation de Paul, *fructus omnimodo praestantur*? Cet adverbe, *omnimodo* signifie à notre avis plusieurs choses.

Assurément, il ne peut signifier qu'il y ait systématiquement une restitution effective des fruits¹⁶¹⁰, ni même que la restitution des fruits s'impose *ipso iure*¹⁶¹¹. Bien au contraire, même une règle automatique concernant un cas particulier sera difficile à formuler, parce que la restitution des fruits reportée à l'*officium iudicis*, repose bien entendu sur son *liberum officium*, et donc sur son *arbitrium*, sur sa *libera potestas aestimandi ex aequo et bono quantum restitui debeat*. Prenons le cas de la vente avec pacte comissoire, où le

¹⁶⁰⁷ Dig. 17.1.10.2 Ulpianus 31 ad ed. *Si ex fundo quem mihi emit procurator fructus consecutus est, hos quoque officio iudicis praestare eum oportet.*

¹⁶⁰⁸ Dig. 17.1.10.3 Ulpianus 31 ad ed. *Si procurator meus pecuniam meam habeat, ex mora utique usuras mihi pendet. sed et si pecuniam meam faenori dedit usurasque consecutus est, consequenter dicemus debere eum praestare quantumcumque emolumentum sensit, sive ei mandavi sive non, quia bonae fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat (...)*

¹⁶⁰⁹ Dig. 18.4.21 Paulus 16 quaest. (...) *at cum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut, si quid tamquam heres feci, id praestem emptori, quasi illius negotium agam: quemadmodum fundi venditor fructus praestet bonae fidei ratione, quamvis, si neglexisset ut alienum, nihil ei imputare possit, nisi si culpa eius argueretur (...)*

¹⁶¹⁰ Tout d'abord, parce que parfois, et même souvent, les fruits seraient acquis au défendeur.

¹⁶¹¹ Nous verrons qu'il en est de même des intérêts moratoires, et c'est pourquoi il y avait des difficultés à considérer que le *fideiussor* s'engageait à payer les intérêts de la dette en plus du principal. Il en allait sans doute de même de la restitution des fruits: celui qui se portait garant au côté du vendeur contre l'éviction n'était sans doute pas tenu à la valeur des *fructus*.

vendeur se réserve le droit de résoudre la vente si dans un certain délai le prix n'a pas été intégralement payé: la majorité des juriconsultes a certes reconnu que, même si cette vente était une vente effective sous condition résolutoire, et non une vente sous condition suspensive, même si l'acheteur acquiert donc pour lui-même les fruits de la chose vendue dès la conclusion du pacte commissoire, ce qui l'autorise à les réclamer par l'*actio empti*, le vendeur pourrait néanmoins, en cas de résolution de la vente, demander par l'*actio ex uendito* restitution des fruits acquis à l'acheteur depuis la conclusion de la vente. Toutefois, une pareille solution n'a rien d'automatique, et Neratius a pu y poser un puissant tempérament, fondé sur l'*humanitas*: les fruits seront acquis à l'acheteur si, par exemple, il perd la somme qu'il avait déjà déjà payée¹⁶¹². Sans doute ne faut-il pas en déduire que cette dérogation elle-même serait aussi automatique et rigide que la présente Ulpian qui la commente: ce sera au juge d'apprécier équitablement si l'acheteur doit ou non restitution des fruits, en appréciant la somme versée¹⁶¹³.

La signification implicite de cet adverbe *omnimodo* nous paraît donc plus subtile. Le *iudex* dans une action de bonne foi invitera le défendeur à restituer, pour bien satisfaire, et ce peu importe les différents obstacles qui pourraient se présenter selon le droit commun:

-en cas de retard, il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu mise en demeure; le retard à restituer emporte automatiquement la restitution des fruits perçus du jour où il y a retard. Et il n'est même pas nécessaire qu'il y ait retard: ainsi du vendeur qui doit les fruits à l'acheteur dès la conclusion du contrat de vente.

-il n'est pas nécessaire que le demandeur soit ou ait été propriétaire de la chose dont il demande la restitution. Le cas typique est celui de l'acheteur: le contrat de vente ne l'a pas rendu propriétaire, et donc ce n'est pas au titre d'un droit réel sur la chose à lui délivrer que l'acheteur lui devrait les fruits¹⁶¹⁴.

-peu importe que les fruits aient été perçus avant ou après la *litis contestatio*, à l'inverse de ce que montre la position des Sabiniens concernant la stipulation de *rem dare*. Le juge peut intégrer dans la *litis aestimatio* tous les fruits perçus.

La possibilité d'une absolution pour *satisfactio inter moras litis* nous paraît avoir donc

¹⁶¹² Dig. 18.3.4.1 Ulpianus 32 ad ed. *Sed quod ait neratius habet rationem, ut interdum fructus emptor lucretur, cum pretium quod numeravit perdidit: igitur sententia neratii tunc habet locum, quae est humana, quando emptor aliquam partem pretii dedit.*

¹⁶¹³ Il est à noter, toutefois, que ni Neratius ni Ulpian ne la présentent comme une opération de compensation ou de déduction, mais elle nous semble tout autant reposer sur le *liberum officium iudicis*.

¹⁶¹⁴ De même, comme le dit Ulpian, la restitution des fruits perçus par mon *procurator* à qui j'ai mandé d'acheter un fonds est impliquée par l'*officium iudicis*, et non par l'obligation civile du mandataire qui acquiert, en tant qu'*emptor*, les fruits de la chose; en tant que mandant, je n'ai ni n'ai jamais eu aucun droit réel sur la chose. De même le vendeur peut utiliser l'*actio uenditi* en cas de résolution de la vente pour réclamer la restitution des fruits, alors même qu'ils étaient déjà acquis à l'acheteur puisqu'il s'agissait d'une *emptio pura*.

commandé ces pouvoirs étendus qu'a le juge pour apprécier s'il y a lieu ou non à restitution des *fructus* et ce sans égard pour le moment critique de la *litis contestatio*. L'analogie avec l'interprétation des clauses restitutoires présentes surtout dans les actions réelles a sans doute facilité une pareille interprétation.

En revanche, dans la mesure où les actions de bonne foi étaient personnelles et venaient souvent sanctionner des créances de somme d'argent, elles connurent une autre originalité, analogue, qui fut l'intégration du paiement d'intérêts en plus de la dette principale, dans le calcul de la juste *satisfactio*.

2.2.1.2.2. « *Tantum potest officium iudicis...* » : la *satisfactio secundum bonam fidem* et le paiement d'intérêts moratoires (II)

La possibilité de condamner le défendeur au paiement d'intérêts en plus du principal est l'une des grandes particularités des *iudicia bonae fidei*, encore davantage que la restitution des fruits, qui quant à elle est commune aux *iudicia bonae fidei* et aux actions arbitraires à clause restitutoire. *Stricto iure*, seule une stipulation spécialement prévue à cet effet peut prévoir des intérêts qui s'adjoignent à la dette principale. Mais les *usurae* ne sont pas exigibles de plein droit. L'originalité des *iudicia bonae fidei* vient du fondement possible de la condamnation à des *usurae* : elles sont exigibles *officio iudicis*, et leur calcul se fonde sur une période qui peut aller jusqu'au *tempus rei iudicatae*.

Les cas où se présente la question des intérêts sont tellement divers que leur calcul relève nécessairement de l'*arbitrium iudicis* (A) mais ils sont tout comme les *fructus* reportées à l'*officium iudicis* (*condemnare/absolui*), et s'intègrent comme complément de la *satisfactio secundum bonam fidem* qui permet l'absolution (B).

2.2.1.2.2.1. L'*arbitrium iudicis* : Les cas typiques de condamnation aux *usurae* et les différents taux applicables (A)

Les juriconsultes romains distinguent implicitement différents cas typiques où le juge dans une action de bonne foi doit tenir compte des intérêts dans l'*aestimatio litis*, la fixation du taux d'intérêt variant en fonction du cas typique concerné, et laissant place à

des controverses latentes souvent tranchées, semble-t-il, par la chancellerie impériale.

1°les *usurae* conventionnelles. Le retard à payer est licite par ce qu'il est consenti, mais il n'est pas consenti gratuitement. Il est admis dans les actions de bonne foi que les parties, lorsqu'elles sont contractantes, peuvent déterminer conventionnellement, par simple pacte, un taux d'intérêt en cas de retard dans le paiement. Ainsi un bailleur peut prévoir conventionnellement un taux d'intérêt pour le retard dans le paiement des loyers, ce qui lui permet d'ailleurs de se passer exceptionnellement d'une mise en demeure¹⁶¹⁵ pour chaque retard de paiement. Le vendeur peut en faire de même, notamment lorsque le paiement du prix est échelonné.

Cela n'est qu'une conséquence des solutions visant à sanctionner par l'action de bonne foi les pactes adjoints *in continenti* au contrat, sans que l'on sache depuis quelle époque on pouvait en ce cas se passer du formalisme des stipulations pour la prévision d'intérêts. Par ailleurs, à époque classique certains plafonds sont imposés par les constitutions impériales luttant contre les pratiques usuraires, et s'appliquent tout autant au prêt d'argent usuel où l'intérêt est fixé par stipulation qu'à ces pactes informels adjoints aux contrats de bonne foi. Mais le juge observe en principe en ce cas la volonté des parties.

2°La condamnation aux *usurae* sanctionne parfois une faute de gestion des deniers d'autrui:

Soit il peut s'agir d'une gestion dolosive: l'*usus* de la chose ou des deniers d'autrui était initialement illicite: l'*usus* des deniers d'autrui ou l'*usus* d'une somme commune à des fins personnelles lorsque l'on se devait d'avoir une gestion désintéressée conduit naturellement à payer des *usurae*, indépendamment de tout retard¹⁶¹⁶: le cas typique est celui d'un tuteur qui s'octroie des prêts sur le patrimoine de son pupille, d'un gérant d'affaires ou d'un procureur qui détourne le capital qu'il manie pour le compte du géré, ou d'un associé qui détourne l'argent de la société. Alors doivent être payées les *usurae maximae*¹⁶¹⁷: le défendeur doit alors l'*id quod interest* à titre de *lucrum cessans*, de manque à gagner, ce que le demandeur aurait pu espérer retirer comme gain de cet argent, notamment en le plaçant, et cette solution n'est qu'une conséquence de la prise en compte de l'*id quod*

¹⁶¹⁵ Dig. 22.1.17.4 Paulus l.S. de usur. *Ex locato qui convenitur, nisi convenerit ut tardius pecuniae illatae usuras deberet, non nisi ex mora usuras praestare debet.*

¹⁶¹⁶ Dig. 22.1.1.1 Papinianus 2 quaest. *Socius si ideo condemnandus erit, quod pecuniam communem invaserit vel in suos usus converterit, omnimodo etiam mora non interveniente praestabuntur usurae.*

interest dans le calcul de la condamnation. Mais la chancellerie impériale, sans doute sous les Antonins, a donné une dimension punitive au paiement d'*usurae* dans le cas d'une gestion qui précisément représente un manquement à l'exigence de désintéressement¹⁶¹⁸. Ce sont les *usurae maximae* que devra le gestionnaire frauduleux¹⁶¹⁹.

A côté de ces fraudes de gestion, le paiement d'intérêts peut être encore la sanction d'une simple faute de gestion: l'exemple classique est celui du tuteur ou du gérant qui, plutôt que de « placer » l'argent de son pupille ou du géré, plutôt que d'acheter pour leur compte des biens frugifères, l'a comme on dit « laissé dormir ». Il lui devra pour cela des intérêts dont le taux est cette fois fixé *more regionis*.

3° Les parties n'ont rien prévu au contrat concernant le paiement des intérêts, et il ne s'agit pas d'un détournement frauduleux des deniers d'autrui. Deux situations principales intéressent alors les juristes:

- Soit il s'agit simplement d'un retard à payer une somme que le débiteur sait devoir (un acheteur qui ne paie pas le prix, un locataire qui ne paie pas son loyer, un mandataire qui tarde à rembourser au mandataire les frais occasionnés par sa mission, etc.). Le taux des *usurae* sera simplement fixé selon le *mos regionis*. Leur point de départ est en principe l'interpellation du débiteur, question appréciée souverainement par le juge.

- Soit le demandeur s'est appauvri en faisant des dépenses nécessaires pour le compte du défendeur qui lui devra en plus de la restitution du principal des intérêts, l'idée étant que sa gestion gratuite et désintéressée ne doit ni l'enrichir, ni l'appauvrir le moins du monde: ces intérêts sont eux aussi fixés dans ce cas selon le *mos regionis*¹⁶²⁰, mais il ne nécessitent pas

¹⁶¹⁷ Dig. 3.5.37 Tryphonus 2 disp. (...) *quoniam ubi quis eius pecuniam, cuius tutelam negotiave administrat, aut magistratus municipii publicam in usus suos convertit, maximas usuras praestat, ut est constitutum a divis principibus.*(...)

¹⁶¹⁸ Ibid. (...) *nam illi, de quibus constitutum est, cum gratuitam certe integram et abinentem omni lucro praestare fidem deberent, licentia, qua videntur abuti, maximis usuris vice cuiusdam poenae subiciuntur.*(...)

¹⁶¹⁹ Le juge calcule en fait différents taux: ce qu'aurait pu rapporter la gestion faite *bona fide* de cet argent; ce qu'aurait pu en retirer le demandeur s'il l'avait géré lui-même; ce que le défendeur a effectivement retiré de cet argent; enfin le taux d'intérêt déterminable « *more regionis* », et le taux d'intérêt légal romain. Et le juge choisit le taux le plus élevé, ce qui conduit à leur donner une coloration assez punitive, puisqu'il s'agit d'un « *quantum plurimum* ». La solution est fondée sur l'idée que le gérant malhonnête non seulement ne peut en aucun cas s'enrichir, mais mérite même si possible un appauvrissement.

¹⁶²⁰ Avec parfois des exceptions. Si par exemple un gérant d'affaires a dû emprunter de l'argent pour rembourser un créancier du géré qui menaçait d'un envoi en possession, le géré lui devra des intérêts au taux auquel il a effectivement emprunté cet argent, et ce indépendamment de toute mise en demeure. En fait lorsqu'il s'agit d'un appauvrissement effectif (le gérant devra effectivement rembourser à un taux effectif), le juge appréciera in concreto cet appauvrissement, pour peu que les dépenses lui aient procuré un avantage effectif; lorsque l'appauvrissement est fondé sur un manque à gagner (lucrum cessans, le gérant n'a pas eu à emprunter, mais cet argent qu'il a dépensé de manière altruiste, il aurait pu le placer), le juge apprécie in abstracto cet appauvrissement, en fonction du taux d'intérêt *more regionis*. Voir pour l'action contraire de gestion d'affaires: Dig. 22.1.37 Ulpianus 10 ad ed. *Et in contraria negotiorum gestorum actione usurae veniunt, si mutuatus sum pecuniam, ut creditorem tuum absolvam, quia aut in possessionem mittendus erat bonorum tuorum aut pignora venditurus, quid si domi habens propter eandem causam solvi? puto verum, si liberavi ex magno incommodo, debere dici usuras venire.*

d'interpellation. La question de ces intérêts se pose le plus souvent dans le cas d'une action contraire ou d'une contrecréance qu'on fait valoir en compensation.

Comme le rappelle Ulpien¹⁶²¹, le calcul des intérêts relève du pouvoir d'appréciation qu'a le juge d'estimer *ex aequo et bono* ce qui doit être restitué (*libera potestas aestimandi ex aequo et bono quantum restitui debeat*), et fait donc partie du calcul de la *satisfactio secundum bonam fidem*.

2.2.1.2.2.2. *L'officium iudicis: Le paiement d'intérêts comme composante de la satisfactio secundum bonam fidem (B)*

Le fait de rapporter systématiquement le devoir de payer des *usurae* à l'idée d'*officium iudicis* a deux significations négatives, l'une qui est qu'elles ne procèdent pas de la volonté des parties (1°), l'autre qui est qu'elles ne procèdent pas du régime civil de l'obligation (2°), et deux significations positives, l'une que le cours des intérêts peut survivre à l'effet fixateur de la *litis contestatio*(3°), l'autre qui est que leur paiement fut initialement conçu comme un complément de la *satisfactio post acceptum iudicium* que doit un *bonus uir* pour pouvoir être absout(4°).

1°Que les *usurae* soient appliquées *officio iudicis* signifie tout d'abord qu'elles ne procèdent pas de la volonté des parties, et pourtant cette dette est aussi valide que si elle avait été formellement prévue par une stipulation, d'où l'expression des jurisconsultes tardo-classiques que « l'office du juge a autant de pouvoir qu'une stipulation en matière d'intérêts »¹⁶²².

eas autem, quae in regione frequentantur, ut est in bonae fidei iudicii constitutum: sed si mutuatus dedi, hae venient usurae quas ipse pendo, utique si plus tibi praestarem commodi, quam usurae istae colligunt. Voir encore pour l'action contraire de tutelle Dig. 27.4.3.1 Ulpianus 36 ad ed. *Contrarium iudicium an ad hoc quoque competat, ut quis a pupillo exigat liberationem, videndum est. et nemo dixit in hoc agere quem contrario posse, ut tutelae iudicio liberetur, sed tantum de his, quae ei propter tutelam absunt. consequitur autem pecuniam, si quam de suo consumpsit, etiam cum usuris, sed vel trientibus, vel his quae in regione observantur, vel his quibus mutuatus est, si necesse habuit mutuari, ut pupillo ex iusta causa prorogaret, vel his a quibus pupillum liberavit, vel quibus caruit tutor, si nimium profuit pupillo pecuniam esse exsolutam.* Pour l'action contraire de mandat: Dig. 17.1.12.9 Ulpianus 31 ad ed. (...) *nec tantum id quod impendi, verum usuras quoque consequar. usuras autem non tantum ex mora esse admittendas, verum iudicem aestimare debere, si exegit a debitore suo quis et solvit, cum uberrimas usuras consequeretur, aequissimum enim erit rationem eius rei haberi: aut si ipse mutuatus gravibus usuris solvit. sed et si reum usuris non relevavit, ipsi autem et usurae absunt, vel si minoribus relevavit, ipse autem maioribus faenus accepit, ut fidem suam liberaret, non dubito debere eum mandati iudicio et usuras consequi. et (ut est constitutum) totum hoc ex aequo et bono iudex arbitrabitur.*

¹⁶²¹ Voir Dig. 17.1.12.9 Ulpianus 31 ad ed. note préc.

¹⁶²² Dig. 3.5.6 Paulus 9 ad ed. *Quia tantundem in bonae fidei iudicii officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio.* Dig. 16.3.24 Papinianus 9 quaest.(...) *et est quidem constitutum in bonae fidei iudicii,*

Le cas le plus marquant, aux yeux des juristes tardo-classiques, fut celui d'un gérant d'affaires qui était en même temps débiteur du géré, sans doute au titre d'une stipulation de prêts sans intérêt ou bien d'un *mutuum* simple¹⁶²³. Mais comme il gérant les *negotia* du géré il aurait dû réclamer de lui-même à la date venue le paiement de la dette ou, concrètement, immobiliser la somme qu'il lui devait: dès lors son retard sera sanctionné, non pas au titre du *mutuum* ou de la stipulation, mais au titre de sa gestion d'affaires. Assez paradoxalement, son acte présumé altruiste lui vaut un désagrément: il est, de fait, devenu débiteur usuraire en s'immisçant dans les affaires de son créancier, et ce alors même que la dette initialement contractée était une dette sans intérêts. Si le géré décidait d'agir par l'action de droit strict naissant du *mutuum* ou de la stipulation, il ne pourrait réclamer que le principal, tandis qu'il peut à présent agir par *l'actio negotiorum gestorum* pour réclamer des intérêts de cette dette. C'est de là que vient la justification de Paul¹⁶²⁴, ajoutée par les compilateurs pour compléter celle d'Ulpian, qui a pour elle l'autorité de la chancellerie impériale sous Antonin le Pieux¹⁶²⁵, mais qui est d'autant plus contre-intuitive que le débiteur n'avait même pas été mis en demeure! Tryphoninus l'accueille quant à lui, plus tard, avec une légère réserve¹⁶²⁶: il rappelle que ce cas est fort différent de celui du gérant malhonnête qui, ayant détourné à des fins personnelles l'argent du géré s'expose à payer des *usurae maximae*, et il souligne que c'est bien assez de faire (en pratique) d'un débiteur non usuraire un débiteur usuraire. Mais ce cas-limite montre en quoi « l'office du juge a

quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio (...).L'expression « *constitutum* » peut éventuellement se référer à une décision impériale, ce qui tendrait à prouver que Paul et Papinien, qui emploient des phrases très similaires, ne font que la citer. Pour une analyse radicalement opposée qui voudrait faire entrer dans ce cas la référence à la *bona fides* dans une problématique de respect de l'accord, voir M.TALAMANCA, *Bona fides*, p.196.

¹⁶²³ Dig. 3.5.5.14 Ulpianus 10 ad ed. *Videamus in persona eius, qui negotia administrat, si quaedam gessit quaedam non, (...) certe si quid a se exigere debuit, procul dubio hoc ei imputabitur. quamquam enim hoc ei imputari non possit, cur alios debitores non convenerit, quoniam conveniendi eos iudicio facultatem non habuit, qui nullam actionem intendere potuit: tamen a semet ipso cur non exegerit, ei imputabitur: et si forte non fuerit usurarium debitum, incipit esse usurarium, ut divus pius flavio longino rescripsit: nisi forte, inquit, usuras ei remiseraat.*

¹⁶²⁴ Voir *supra* Dig. 3.5.6 Paulus 9 ad ed.

¹⁶²⁵ Voir *supra* Dig. 3.5.5.14 Ulpianus 10 ad ed. (...) *et si forte non fuerit usurarium debitum, incipit esse usurarium, ut divus pius flavio longino rescripsit: nisi forte, inquit, usuras ei remiseraat.* C'est sans doute à cette décision que fait référence l'opinion de Papinien en Dig. 16.3.24 9 quaest: (...) *et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio (...)*

¹⁶²⁶ Dig. 3.5.37 Tryphonus 2 disp. *Qui sine usuris pecuniam debebat, creditoris sui gessit negotia: quaesitum est, an negotiorum gestorum actione summae illius usuras praestare debeat. dixi, si a semet ipso exigere eum oportuit, debiturum usuras: quod si dies solvendae pecuniae tempore quo negotia gerebat nondum venerat, usuras non debiturum: sed die praeterito si non intulit rationibus creditoris cuius negotia gerebat eam pecuniam a se debitam, merito usuras bonae fidei iudicio praestaturum. sed quas usuras debeat, videamus: utrum eas, quibus aliis idem creditor faenerasset, an et maximas usuras ubi quis eius pecuniam, cuius tutelam negotiave administrat, aut magistratus municipii publicam in usus suos convertit, maximas usuras praestat, ut est constitutum a divis principibus. sed istius diversa causa est, qui non sibi sumpsit ex administratione nummos, sed ab amico accepit et ante negotiorum administrationem. nam illi, de quibus constitutum est, cum gratuitam certe integram et abstinentem omni lucro praestare fidem deberent, licentia, qua videntur abuti, maximis usuris vice cuiusdam poenae subiciuntur: hic bona ratione accepit ab alio mutuum et usuris, quia non solvit, non quia ex negotiis quae gerebat ad se pecuniam transtulit, condemnandus est. multum autem refert, incipiat nunc debitum an ante nomen fuerit debitoris, quod satis est ex non usurario facere usurarium.*

une efficace juridique aussi forte qu'une stipulation expresse, en matière d'intérêts ». On pourrait le traduire autrement: le *condemnari ex fide bona oportere*, qui découle d'une formule, a autant d'effet qu'un *dare oportere* qui découle de la stipulation d'intérêts.

2° Les intérêts ne procèdent pas non plus d'un régime civil des obligations, qui, définissant les conditions et les suites de leur extinction ou de leur perpétuation, ne prévoit pas d'intérêts légaux attachés de plein droit à une obligation. Il n'y a pas d'« *usuras praestare oportere* » substantiel qui découlerait *ipso iure* de l'obligation, qu'il s'agisse d'actions de droit strict ou d'actions de bonne foi, et ce bien qu'il y ait apparence, comme dans le cas précédemment examiné, qu'elles peuvent parfois courir de plein droit dans le cas des actions de bonne foi.

C'est ce que nous montre particulièrement bien un texte de Paul¹⁶²⁷, embarrassé pour définir l'étendue de la garantie que doit la caution d'un locataire au bailleur: en cas de retard du *conductor* dans le versement des loyers, son obligation de garantie s'étend-elle aussi aux intérêts moratoires? La réponse affirmative du prudent, exprimée en d'autres textes¹⁶²⁸, tient pourtant compte de l'objection légitime à laquelle elle pourrait se heurter: *usurae enim in bonae fidei iudiciis etsi non tam ex obligatione proficiscantur quam ex officio iudicis applicentur*. Le *fideiussor* s'est obligé à payer le montant des loyers non payés tels qu'ils furent fixés au contrat et toute la difficulté vient de ce que les *usurae* ne procèdent pas, à proprement parler, de l'obligation civile du locataire, ni des termes du contrat ni même du régime matériel de l'obligation. Or à strictement parler, on pourrait considérer que le *fideiussor* ne s'est engagé qu'à ce qui est *ex obligatione*. L'action dirigée contre lui, qui est une action « de droit strict », l'action *ex stipulatu*, ne saurait donc en principe permettre au juge de le condamner à ce qui n'est pas *in obligatione*¹⁶²⁹. Paul est

¹⁶²⁷ Dig. 19.2.54pr. Paulus 5 resp. *Quaero, an fideiussor conductionis etiam in usuras non illatarum pensionum nomine teneatur nec prosint ei constitutiones, quibus cavetur eos, qui pro aliis pecuniam exsolvunt, sortis solummodo damnum agnoscere oportere. paulus respondit, si in omnem causam conductionis etiam fideiussor se obligavit, eum quoque exemplo coloni tardius illatarum per moram coloni pensionum praestare debere usuras: usurae enim in bonae fidei iudiciis etsi non tam ex obligatione proficiscantur quam ex officio iudicis applicentur, tamen, cum fideiussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur ipsum quoque agnoscere onus usurarum, ac si ita fideiussisset: " in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse iubes?" vel ita: " indemnem me praestabis?"* M.TALAMANCA, *Bona fides*, p.196, n.554, propose une recorection du texte en ajoutant le mot *uerborum*. Quelque ingénieux que cela paraisse, cela ne correspondrait pas à la structure *non tam... quam...*

¹⁶²⁸ Dig. 22.1.24.1 Paulus 37 ad ed. *Cum reus moram facit, et fideiussor tenetur*. Il est à noter toutefois que, dans ce commentaire, on ne peut exactement savoir quel est le fondement de la dette principale que garantit le *fideiussor*: est-ce une obligation de restitution de la dot à laquelle serait tenu le mari en vertu de l'*actio rei uxoriae* (sans stipulation de restitution de dot), ou en vertu d'une action *ex stipulatu* (sur le fondement d'une stipulation de restitution), en quel cas ce texte ne prouverait rien, sinon que dans les stipulations de restitution de dot on prévoyait un taux d'intérêt moratoire en cas de retard dans la restitution.

¹⁶²⁹ On pourrait bien entendu considérer que dans ce texte, le mot *obligatio* aurait le sens ancien de contrat ou d'acte de s'obliger, et le paradoxe souligné par Paul viendrait uniquement de ce que ce n'est pas la volonté des parties qui a fondé la dette d'intérêts. Mais à notre avis, il veut dire qu'elles ne procèdent pas d'un régime général de l'obligation, puisqu'autrement

donc obligé de faire appel à un subterfuge équitable pour justifier que le *fideiussor* s'engage aussi à payer les intérêts: il s'engage implicitement à garantir non pas tout ce à quoi le locataire s'est obligé, mais ce à quoi il devra être condamné *ex fide bona*. Bref, il détourne la lettre de la *fideiussio* pour l'interpréter comme une *fideiussio indemnitis*. Mais l'embarras et le subterfuge ne font que confirmer le principe: il n'y a pas d'*usurae* imposées en vertu du régime civil matériel de l'obligation, ni dans les contrats de droit strict, ni dans les contrats de bonne foi, ce qui, interprété à la lettre, aurait pu conduire à ne pas obliger la caution à payer les intérêts moratoires qui menacent le débiteur principal, parce que ce dernier ne les doit qu'*officio iudicis*, et non *stricta iuris ratione*.

Hermogénien rappellera encore cette nature particulière des *usurae*, en reprenant le lexique de Paul, dans une autre situation à propos de l'*actio uenditi*¹⁶³⁰: les *usurae* ne sont pas « *in obligatione* », mais *officio iudicis praestantur*, et c'est pourquoi elles ne peuvent être réclamées seules, même si c'est avec retard que le principal a été payé.

3° Reporter le cours des intérêts à l'*officium iudicis* a en revanche une première signification positive: c'est reconnaître que la *litis contestatio* ne saurait l'interrompre comme elle le ferait en principe dans une action de droit strict, dans la mesure où l'*officium iudicis* lorsqu'il est *liberum* consiste précisément à tenir compte des suites du litige survenues *post acceptum iudicium*. C'est ce que l'on comprend sans peine d'un texte des *Quaestiones* de Papinien, suivi d'une note de Paul¹⁶³¹, et qui concerne sans doute l'*actio pro socio* comme le paragraphe précédent. Le juge d'une action de bonne foi ne doit pas selon Papinien contraindre le défendeur à promettre par stipulation à payer des intérêts en cas de retard à payer après la condamnation. Son successeur à la chancellerie le commente par une question rhétorique: en quoi l'office du juge serait-il en effet concerné par l'examen du temps d'après la condamnation? A contrario, les intérêts peuvent continuer de courir entre la *litis contestatio* et la condamnation, tout comme c'est le cas pour les *fructus*, puisque c'est la caractéristique principale de l'*officium iudicis* de tenir compte des événements connexes au litige pendant la phase *apud iudicem* avant la condamnation.

la phrase serait une contrevérité: dans les *iudicia bonae fidei*, très souvent, des taux d'intérêts moratoires figurent bien au contrat et procèdent de la volonté des parties qui s'obligent.

¹⁶³⁰ Dig. 19.1.49.1 Hermogenianus 2 iuris epit. *Pretii, sorte licet post moram soluta, usurae peti non possunt, cum hae non sint in obligatione, sed officio iudicis praestantur.*

Toutefois, il semblerait que la *litis contestatio* interrompe en général le cours des intérêts s'il s'agit de retard simple, comme on peut le déduire *a contrario* d'un texte de Papinien qui considère que c'est par exception, et par faveur pour les pupilles que les intérêts dont est redevable le tuteur courent jusqu'au jour de la sentence du juge¹⁶³². Sans doute n'est-ce qu'une contradiction apparente: en réalité, ce que veut dire Papinien est que les intérêts moratoires ne peuvent en général commencer à courir purement et simplement à partir de la *litis contestatio*, ni même à partir de la citation en justice (*in ius uocatio*), qui ne peuvent valoir à eux seuls mise en demeure; et c'est uniquement dans le cas du pupille où, même sans mise en demeure, les intérêts dûs par le tuteur courent jusqu'au jour de la restitution, même après la *litis contestatio*. Mais *a contrario*, dans les autres actions de bonne foi, en cas de mise en demeure explicite, le cours des intérêts ne sera pas interrompu par la *litis contestatio*.

4° Reporter les *usurae* à l'*officium iudicis* a enfin une dernière signification positive, liée selon nous au caractère absolu de la *satisfactio inter moras litis*

Nous avons précédemment examiné la prévention de Paul¹⁶³³ contre l'objection que les intérêts s'appliquent *officio iudicis* et que leur paiement ne serait donc pas garanti par le *fideiussor*: c'est sans doute l'une des meilleures preuves que la clause *ex fide bona* introduit une distorsion entre l'obligation civile (*dare facere oportere*) considérée du point de vue strict et l'*officium iudicis* (*condemnari oportere*): pour étendre la garantie du *fideiussor* aux intérêts de la dette, il doit interpréter son obligation de garantie comme portant sur le *condemnari ex fide bona oportere* pesant éventuellement sur le locataire, et non sur un *dare oportere*.

Le *condemnari ex fide bona oportere* désigne cette modulation du montant de la condamnation caractéristique des *iudicia bonae fidei*. Et tout comme le devoir de restitution des *fructus*, le devoir de payer des *usurae* dans une action de bonne foi est reporté à l'*officium iudicis*. Tout comme les *fructus*, il nous paraît donc procéder d'une détermination du juste montant de la *satisfactio*: le juge n'acceptera la *satisfactio* comme

¹⁶³¹ Dig. 22.1.1.2 Papinianus 2 quaest. *Nec tamen iudex iudicii bonae fidei recte iubebit interponi cautiones, ut, si tardius sententiae condemnatus paruerit, futuri temporis pendantur usurae, cum in potestate sit actoris iudicatum exigere. paulus notat: quid enim pertinet ad officium iudicis post condemnationem futuri temporis tractatus?*

¹⁶³² Dig. 22.1.1.3 Papinianus 2 quaest. *Papinianus: circa tutelae restitutionem pro favore pupillorum latior interpretatio facta est: nemo enim ambigit hodie, sive iudex accipiatur, in diem sententiae, sive sine iudice tutela restituatur, in eum diem quo restituit usuras praestari.(...)*

¹⁶³³ Voir *supra* 3° à propos de Dig. 19.2.54

une attitude de *bonus uir* que si le défendeur répare aussi son retard; sans doute les paiements effectués *inter moras litis* viendront-ils diminuer le montant de la condamnation, mais le juge ne l'absoudra que s'il satisfait *secundum bonam fidem*. Sans quoi, il devra le condamner à ce qu'il aurait encore du restituer de bon gré, *secundum bonam fidem*, comme un *bonus uir*.

Sans doute cela revient-il, sur un plan non-contentieux, à reconnaître un régime particulier à certaines institutions en matières d'intérêts¹⁶³⁴. Mais il nous paraît fort vraisemblable que, là encore, tout comme pour les *fructus*, la question a été posée de biais, pour évaluer non pas la condamnation, mais le montant et le contenu de la juste restitution qui permettra une absolution « *bonae fidei ratione* », parce qu'elle manifesterait que le défendeur s'est mis en conformité avec les exigences de la bonne foi processuelle.

L'interprétation des *iudicia in quibus additur ex fide bona* concède au *bonus uir* de pouvoir réparer ses erreurs, et de réparer ses retards, même après la *litis contestatio* puisque le procès est supposé engagé entre *boni uiri*. Le montant de la *satisfactio* doit donc tenir compte de ce retard: c'est donc *bonae fidei ratione* que les *usurae* sont intégrées dans la *satisfactio* tout comme les *fructus*, et en cas de non-satisfaction, dans la condamnation. C'est la contrepartie équitable au fait que, par dérogation à la règle qu'un paiement ne peut être libératoire après la *litis contestatio*, le défendeur peut être absout pour avoir manifesté devant le juge la volonté de réparer. En réalité, une telle solution était aussi nécessaire et naturelle que la restitution des fruits comme contrepartie à la possibilité d'une absolution pour *satisfactio inter moras litis*: autrement, tout débiteur passible d'une action de bonne foi serait naturellement enclin à retarder le paiement et à attendre le procès où il pourrait être absout pour avoir simplement restitué le principal, à tergiverser, d'autant que les situations qui donnent lieu à un *iudicium bonae fidei* sont souvent de celles où le demandeur a des scrupules à déclencher la phase contentieuse par révérence pour celui avec lequel il était en *societas uitae*. Sans cette contrepartie, la possibilité d'une *satisfactio inter moras litis* deviendrait inefficace dans l'économie processuelle des *iudicia bonae fidei*.

Il nous semble donc que la *ratio usurarum*, appliquée *officio iudicis*, n'est que la conséquence concrète de la possibilité qu'a le juge d'absoudre le défendeur qui satisferait:

¹⁶³⁴ Dig. 22.1.32.2 Marcianus 4 reg. *In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur*. Cette vision plus tardive reporte les intérêts à un régime spécial de l'obligation dans les contrats de bonne foi. Elle est effectivement confortée par la solution de Paul, qui, en définitive, reconnaît que les intérêts font partie de la dette à laquelle s'oblige le *fideiussor*, mais Paul devait encore fonder sa solution sur une interprétation constructive des termes de la stipulation, disant qu'elle ne garantissait pas le *dari oportere*, mais bien le *condemnari oportere ex fide bona*, comme une *fideiussio indemnitas*.

c'est parce que le débiteur peut encore sauver sa *fides* en montrant un comportement de *bonus uir*, qu'il doit dans la phase *apud iudicem* restituer comme un *bonus uir*, le juge pouvant éventuellement l'aider à déterminer ce montant puisqu'il a la *libera potestas aestimandi ex aequo et bono quantum restitui debeat*.

L'interprétation de la clause de bonne foi a donc introduit implicitement des solutions qui lui assignent les mêmes effets qu'une clause restitutoire, créant une série d'entorses à l'effet fixateur de la *litis contestatio*. Concernant le principe de la condamnation, elle a posé une dérogation majeure: le juge a l'office d'absoudre lorsque le défendeur manifeste sa bonne foi par une offre de *satisfactio*. Concernant la *litis aestimatio*, il doit donc procéder à la *litis aestimatio* en tenant compte des intérêts et des fruits perçus.

Mais cette interprétation a permis encore de lui assigner les mêmes effets qu'une exception, et de tempérer les conséquences de l'unilatéralité des formules: le défendeur est de bonne foi à ne pas satisfaire un demandeur qui se montre ou s'est montré dolosif.

2.2.2. Les entorses à l'unilatéralité de la formule: l'office du juge et la soumission du demandeur à l'exigence de bonne foi (Section 2)

Même fautif, le débiteur peut se prévaloir, une fois devenu défendeur, d'un agissement dolosif du demandeur afin de montrer sa bonne foi. La déloyauté de l'adversaire libère, dans une certaine mesure, le défendeur de son propre devoir de loyauté.

Or dans la procédure formulaire, il en va des actions comme il en va des stipulations, et le droit commun des formules ressemble étrangement au droit commun des obligations volontaires: elles sont en principe unilatérales, en ce sens que la formule lie uniquement le *reus* à l'*actor*, tout comme la stipulation lie celui qui promet à celui qui stipule. *Stricto iure*, il n'aura pas, sur le fondement de cette formule, à juger de l'attitude dolosive de l'*actor* pour examiner la validité du lien d'obligation, ni même de ses dols en cours de procédure non plus qu'il ne pourra vérifier si pour la même cause le demandeur avait lui-même une dette envers le défendeur¹⁶³⁵.

Les tempéraments à l'unilatéralité de la formule sont soit des voies de droit prétorienne dont le défendeur doit demander l'insertion (exception de dol, ou de pacte), soit des précisions explicites propres à certaines situations (compensation de l'*argentarius* et du *bonorum emptor*).

Les actions de bonne foi dérogent à ce régime, malgré l'absence de prévision explicite dans la formule : le juge, semble-t-il, se doit d'interpréter la bonne foi comme une exigence qui échappe à cette unilatéralité, et qui donc lui permet d'apprécier l'attitude dolosive du demandeur. A ce titre les actions de bonne foi sont aussi des actions dont le succès est conditionné par la bonne foi du demandeur.

Elles connaissent donc des tempéraments procéduraux qui dérogent à l'unilatéralité de la formule: elles permettent au défendeur de se prévaloir du dol du demandeur pour montrer sa bonne foi sans avoir pour ce à insérer d'exception (Sous-section 1), et elle

¹⁶³⁵ Qui plus est, hormis quelques formules spécialement prévues à cet effet, il ne pourra pas condamner le *reus*, et c'est une limite que même le juge des actions de bonne foi ne se sentira jamais à même de franchir. Les actions de bonne foi de la liste donnée par Gaius en IV,62 n'ont jamais été des *iudicia duplicia*

permettent au défendeur de faire valoir les contrecréances dont le demandeur lui est lui-même redevable (Sous-Section 2).

Sous-section 1: L'inhérence des exceptions de dol et de pacte: le dol du demandeur sanctionné *officio iudicis*

Sous-section 2: le pouvoir de compensation: les dettes du demandeur sanctionnées *officio iudicis*

2.2.2.1. L'« inhérence » des exceptions de dol et de pacte (Sous-section 1)

La bonne foi s'apprécie « *ut inter bonos* »: le juge apprécie, pour absoudre le défendeur, les comportements dolosifs du demandeur, ce qui a essentiellement deux conséquences originales, appelées traditionnellement depuis Julien l'inhérence de l'exception de dol et son corollaire, l'inhérence de l'exception de pacte. Elles constituent l'un des traits les plus fédérateurs, l'une des différences spécifiques attachées à la notion de *iudicium bonae fidei*. Toutes deux ont pourtant la particularité de n'être pas signalées par Gaius dans son manuel.

Dans la mesure où, à époque classique, l'exception de dol « subsume » l'exception de pacte, nous nous consacrerons essentiellement à la première. Elle signifie d'un point de vue formulaire concret l'inutilité de l'insertion de l'exception de dol: vue sous cet angle elle représente une faveur procédurale pour le défendeur, qui dispose de plein droit d'un moyen de défense (quasi-)péremptoire. C'est la vision qu'en ont les juristes de l'époque classique.

La formulation de Julien est pourtant métaphorique, puisqu'une exception est stricto sensu une partie adjectice de la formule, insérée littéralement et explicitement au terme de la phase *in iure*.

-Prise à la lettre, cette faveur procédurale semble réductrice en tant qu'elle viserait un simple détail dans la technique de rédaction des formules, qui ne concernerait que l'insertion ou non de l'*exceptio doli*: pourtant, cette solution qui est un trait fédérateur frappant des *iudicia bonae fidei* représente une véritable faveur de fond pour le défendeur, parce qu'elle assure une protection de plein droit.

-Prise à la lettre, la formulation de la règle supposerait qu'elle n'a pris naissance qu'avec l'apparition de l'*exceptio doli*. Or si elle est si marquante c'est aussi parce qu'elle est bien plus ancienne que l'exception de dol présentée dans l'Album depuis 66 av. J.C.: l'exception de dol est plutôt un correctif prétorien généralisant des solutions particulières aux *iudicia in quibus additur ex fide bona*.

-prise à la lettre, cette formulation se réfère à un moyen de défense péremptoire, l'exception. Mais elle se réfère surtout une signification sous-entendue et implicite (*continet in se*) et à l'interprétation de la clause *ex fide bona*: tout comme en matière de compensation, c'est *nec aperte uerbis* que le juge a l'office d'examiner l'attitude

dolosive du demandeur, ou du moins de mesurer la bonne foi du défendeur en tenant compte de l'attitude dolosive du défendeur.

Faveur considérable pour le défendeur (I) l'inhérence de l'exception de dol est ancienne(II), tout comme son corollaire, l'inhérence de l'exception de pacte (III).

2.2.2.1.1. Une faveur considérable pour le défendeur (I)

La règle de l'inhérence de l'exception de dol couvre assurément le champ originnaire de l'*exceptio doli*. Elle est non seulement une faveur de procédure, puisque les actions de bonne foi sont pour ainsi dire munies « de série » de ce qui équivaut à l'exception de dol (A), mais elle constitue encore une faveur de fond, en ce qu'elle permet une sanction efficace et élargie de toutes les attitudes dolosives du demandeur (B).

2.2.2.1.1.1. Une faveur de procédure: La dispense d'inscription d'une exception de dol (A)

La protection contre le dol du demandeur est dite dans les actions de bonne foi « *ipso iure* », qui doit être compris comme dispensant de l'insertion de l'exception de dol durant la phase *in iure*. C'est une faveur procédurale à la fois en ce qu'elle ne réclame aucune demande expresse du défendeur lors de la confection de la formule dans la phase *in iure* (1°); et en ce qu'elle ne repose pas sur le pouvoir discrétionnaire du préteur: elle est garantie au défendeur et le préteur ne peut la refuser (2°).

1° De nombreux textes manifestent le caractère automatique de cette protection contre le dol du demandeur.

En premier lieu, Julien¹⁶³⁶ présente expressément l'exception de dol comme contenue implicitement dans la formule des actions de bonne foi. Quelqu'un, qui ne

¹⁶³⁶ Dig. 30.84.5 Iulianus 33 Dig. *Qui servum testamento sibi legatum, ignorans eum sibi legatum, ab herede emit, si cognito legato ex testamento egerit et servum acceperit, actione ex vendito absolvi debet, quia hoc iudicium fidei bonae est et continet in se doli mali exceptionem. quod si pretio soluto ex testamento agere instituerit, hominem consequi debebit, actione ex empto pretium recipiabit, quemadmodum recipiaret, si homo evictus fuisset. quod si iudicio ex empto actum*

savait pas qu'un esclave lui avait été légué par testament, l'a acheté à l'héritier. Il l'a réclamé par l'action *ex testamento* à cet héritier. Si celui-ci agit contre le légataire par l'action *ex uendito* en paiement du prix de la vente, l'acheteur devra être absout parce que la formule de l'*actio uenditi* est de bonne foi et contient en elle-même l'exception de dol (*continet in se doli exceptionem*).

Cette inhérence de l'exception à la formule peut être formulée autrement: « *officio iudicis continetur* »: le juge a l'office d'examiner l'invocation d'un dol du demandeur indépendamment d'une exception explicite inscrite dans la formule, et c'est cette signification que manifestent encore certains textes à propos de formules telles que l'*actio rei uxoriae*, qui est un *iudicium bonae fidei* sans avoir stricto sensu de clause *ex fide bona*¹⁶³⁷. « De plein droit » signifie donc que l'examen du dol du demandeur est contenu dans l'office du juge même sans l'appui d'une exception.

Paul nous prévient dans son commentaire à la formule de l'*actio pro socio*¹⁶³⁸ que l'on peut considérer une *societas* contractée du fait de manoeuvre dolosives ou en vue d'exactions frauduleuses comme nulle de plein droit (*ipso iure nullius momenti*), et donc le demandeur agit inutilement: c'est dire que l'associé défendeur est protégé *ipso iure* contre l'action de son associé dolosif. Et cette dispense est reportée à la clause *ex fide bona*, d'ailleurs citée dans sa forme littérale (et non le plus courant *bona fides*): c'est elle qui permet de se passer de l'exception de dol et qui anéantirait l'action.

Pomponius rappelle quant à lui une opinion de Celse¹⁶³⁹ fils critiquant l'opinion de Nerva: tu m'as vendu une chose en tant qu'étant à autrui et ce non dolosivement¹⁶⁴⁰, la vente de la chose d'autrui étant parfaitement valable en droit romain; il se trouve que je l'ai rachetée au véritable propriétaire; peux-tu me poursuivre tout de même pour le paiement du prix? Dans ces faits, Nerva ne voyait aucun dol, puisque la vente

fuert et tunc actor compererit legatum sibi hominem esse et agat ex testamento, non aliter absolvi heredem oportebit, quam si pretium restituerit et hominem actoris fecerit.

¹⁶³⁷ V.F. 94: (...)Paulus respondit pro praedio evicto sine dolo et culpa viri pretium petenti mulieri doli mali exceptionem obesse, **quae tamen officio iudicis rei uxoriae continetur.**

¹⁶³⁸ Dig. 17.2.3.3 Paulus 32 ad ed. *Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo.*

¹⁶³⁹ Dig. 21.2.29pr. Pomponius 11 ad sab. *Si rem, quam mihi alienam vendideras, a domino redemerim, falsum esse quod nerva respondisset posse te a me pretium consequi ex vendito agentem, quasi habere mihi rem liceret, celsus filius aiebat, quia nec bonae fidei conveniret et ego ex alia causa rem haberem.*

¹⁶⁴⁰ C'est le sens de *alienam* qui est un attribut incident introduit dans la relative, et qui implique que la vente est une vente de la chose d'autrui assumée comme telle: si Pomponius avait voulu dire que tu m'as vendu (sans me prévenir) la chose d'autrui, il aurait dit *rem alienam quam mihi uendideras*, et non *rem quam mihi alienam uendideras*. C'est ce détail que de nombreux commentateurs omettent, notamment M.TALAMANCA, *Bona fides*, p.129-130, au point de considérer que Nerva ne connaissait pas encore les effets particuliers de la *bona fides* dans l'interprétation du contrat visé par l'*actio empti*.

romaine obligeait à garantir la possession de la chose, et non à opérer le transfert de propriété, aussi dit-il *posse consequi ex uendito agentem*. Or Celse fils dit quant à lui *falsum te posse ex uendito pretium consequi*, ce qui revient à un « *non posse agere* »; la raison substantielle est que l'acheteur ne tient pas la propriété du premier vendeur, et que donc c'est le fait même d'agir en justice pour un paiement devenu sans cause, qui est constitutif d'un dol. Tout le débat autour d'un « *non posse agere* » ou d'un « *posse agere* », ce qui suppose que la solution retenue ne fait intervenir l'insertion d'aucune exception: et le *non posse agere* est reporté à la clause *ex fide bona* (*nec bonae fidei conueniret*). A nouveau, quelle que soit la solution retenue sur le fond (à savoir si l'attitude de l'acheteur est ou non qualifiable de dolosive), la clause *ex fide bona* protège *ipso iure* le défendeur contre le dol éventuel du demandeur: il n'a jamais en aucun cas à se soucier d'insérer une *exceptio doli* dans la phase *in iure*.

Julien, à qui l'on doit la formule *iudicium bonae fidei continet in se doli exceptionem*, présente sans doute le mieux le contraste entre une action de droit strict et une action de bonne foi, pour ce qui est du dol du demandeur, lorsqu'il commente Urseius Ferox¹⁶⁴¹. Le vendeur et l'acheteur avaient convenu en marge du contrat de vente une prestation supplémentaire de la part de l'acheteur, ce qui constituait donc un pacte adjoint *in continenti* sanctionnable par l'*actio ex uendito*; mais pour garantir l'exécution de cette prestation accessoire, le vendeur a de surcroît stipulé une clause pénale sous forme de stipulation. Pour Julien, la réclamation à la fois des pénalités et de la réparation du préjudice représente assurément une attitude dolosive. C'est à cette occasion qu'il montre un contraste frappant entre le régime de l'*actio ex stipulatu* et celui de l'*actio uenditi*. Selon Urseius Ferox (présentation du *casus* à la 3ème personne), si le vendeur a d'abord agi *ex uendito* pour le préjudice causé par l'inexécution du pacte et a obtenu un montant égal ou supérieur aux pénalités prévues dans la stipulation, et s'il intente ensuite une *actio ex stipulatu* pour réclamer ces mêmes pénalités, le défendeur devra faire insérer une exception de dol dans la phase *in iure*, sous peine de devoir malgré tout les payer. En revanche, Julien ajoute (présentation du *casus* à la deuxième personne) que s'il a d'abord obtenu la pénalité par l'*actio ex stipulatu*, et s'il cherche à réclamer une indemnisation par l'*actio ex uendito*, il ne pourra, *ipso iure*, obtenir que la différence entre le montant de

¹⁶⁴¹ Dig. 19.1.28 Iulianus 3 ad urs. Ferozem. *Praedia mihi vendidisti et convenit, ut aliquid facerem: quod si non fecissem, poenam promisi. respondit: venditor antequam poenam ex stipulatu petat, ex uendito agere potest: si consecutus*

son préjudice et le montant obtenu par l'*actio ex stipulatu*, et donc *a contrario* ne rien obtenir si ces pénalités étaient à la hauteur de son préjudice (*ipso iure ex uendito agere non poteris*). Ce texte montre donc que dans un *iudicium ex fide bona*, par contraste avec l'*actio ex stipulatu*, la protection contre le dol du demandeur est assurée « *ipso iure* » sans besoin d'insertion d'une exception.

2° Mais cette faveur de procédure serait somme toute assez mince si elle concernait seulement le défendeur inattentif ou mal avisé qui omettrait de demander l'inscription de cette exception dans la formule durant la phase *in iure*. Encore faut-il l'obtenir quand on l'a demandée. En reconnaissant *ipso iure* un moyen de défense qui peut être soulevé pour la première fois *apud iudicem*, la règle souligne que la protection contre l'agir dolosif du demandeur est garantie: tout comme l'action « *ipso iure competit* », et non « *a praetore datur* », de même la protection contre le dol du demandeur est nécessairement garantie au défendeur et n'est pas « octroyée » par la grâce du préteur qui accorde des exceptions. Car obtenir l'insertion de l'exception de dol dans la phase *in iure* est loin d'être évident: cette insertion est difficile, voire dans certains cas impossible.

Tout d'abord, comme toute voie de droit prétorienne, l'*exceptio doli* est « *data* » (« *dandam esse exceptionem* » « *datur mihi exceptio* »), même si elle est prévue dans l'*album*: c'est dire qu'elle est toujours susceptible d'être refusée pour certains motifs, et le préteur peut toujours récupérer sa *causae cognitio* pour la « *denegare* ». L'on sait par ailleurs que l'*actio doli* est une arme subsidiaire qui n'est jamais délivrée que pour une juste cause après *causae cognitio*: en bref, cette arme redoutable, l'une des plus énergiques qu'ait constituées le pouvoir prétorien, est une faveur difficile à obtenir, qui réclame donc une plaidoirie *in iure*. Dans la mesure où l'*exceptio* est réglée, semble-t-il, par le même édit, il est fort probable qu'elle ait été à l'origine soumise aux mêmes conditions drastiques: à l'origine, elle ne s'obtenait pas facilement, ni *ratione materiae*, ni *ratione personae*. *A contrario* un défendeur ne risque jamais cette dénégation dans une action de bonne foi: la faveur est donc bien grande, puisqu'il n'aura pas à plaider *in iure* l'insertion d'une *exceptio doli*, ni ne risquera de perdre un moyen de défense efficace.

fuerit, quantum poenae nomine stipulatus esset, agentem ex stipulatu doli mali exceptio summovebit: si ex stipulatu poenam

Dans certains cas, une exception de dol serait même impossible à obtenir. Ulpien¹⁶⁴² rappelle ainsi la règle très dure pour les affranchis, les clients, et les enfants: lorsque leur patron les traîne en justice, ils ne peuvent jamais tirer profit d'une *exceptio doli*, qui « *non competit* », ni même de toute autre exception qui viendrait mettre en cause sa réputation: il se la verront, pratiquement, toujours refuser, non seulement si leur patron, mais même si son héritier ou son *procurator* les poursuit. La même interdiction socio-juridique pèse sur eux quant à l'exception que quant à l'action: la révérence qu'ils lui doivent va jusqu'à les empêcher de se défendre en excipant d'un dol. Le préteur est tout aussi enclin à refuser pareille exception lorsqu'elle vise une personne dite honorable. Le seul moyen que ces malheureux défendeurs auront sera de chercher une tournure non offensante pour le demandeur. Mais cela implique qu'il faudra négocier dans la phase *in iure* cette exception; que, nécessairement, la portée de cette *exceptio in factum* sera plus restreinte que la plus générale et la plus efficace des exceptions de l'album; qu'ils peuvent laisser éventuellement des failles dans leur défense (par exemple en matière de *dolus futurus*). Pourtant, les rapports économiques entre patrons et clients sont nombreux et variés, et les personnes dites honorables peuvent être tentées de traîner dolosivement en justice leurs co-contractants. Dès lors, l'« inhérence » de l'exception de dol tirée de la clause *ex fide bona*, en contraste avec les désavantages des autres actions, est extrêmement bénéfique pour eux: ils sont munis *ipso iure* contre tout manquement à la bonne foi de la part de leur patron qui intenterait contre eux une action en justice. A ce titre, donc, la présence de la clause *ex fide bona* n'est pas seulement une sauvegarde contre une inadvertance légère de la part du défendeur, elle lui évite même un ensemble de démarches, de risques et de tracas dans la phase *in iure*.

Cette véritable faveur de procédure est encore une véritable faveur de fond.

consecutus fueris, ipso iure ex vendito agere non poteris nisi in id quod plaris eius interfuerit id fieri.

¹⁶⁴² Dig. 44.4.4.16 Ulpianus 76 ad ed. *Adversus parentes patronosque neque doli exceptio neque alia quidem, quae patroni parentisve opinionem apud bonos mores suggillet, competere potest: in factum tamen erit excipiendum, ut, si forte pecunia non numerata dicatur, obiciatur exceptio pecuniae non numeratae. nihil autem interest, utrum patronus ex suo contractu an vero ex alieno conveniatur: semper enim reverentia ei exhibenda est tam vivo quam defuncto. si autem cum herede liberti patronus agat, puto excipere debere de dolo patroni heredem liberti. libertum autem de dolo patroni, etsi ab herede eius conveniatur, minime exceptionem obiecturum: namque convenit tam vivo quam mortuo patrono a liberto honorem exhiberi.*

2.2.2.1.1.2. Une faveur de fond: une appréhension extensive du comportement dolosif du demandeur (B)

La protection contre le dol du demandeur est aussi étendue voire plus étendue avec la clause *ex fide bona* qu'avec ce qu'on obtiendrait d'une *exception doli generalis*, qui permet de faire échouer l'action du demandeur dolosif. Ce qui se manifeste à plusieurs titres:

- elle permet une appréhension de tous les comportements blâmables du demandeur assimilables à un dol: elle ne concerne pas seulement les machinations dolosives à l'encontre du co-contractant lors de la formation du contrat(1°).

- elle permet de juger de la bonne foi du demandeur durant l'instance, ce qui permet au juge d'imposer éventuellement au demandeur des contreprestations qui découleraient des exigences de la bonne foi (2°).

- elle rend même inutile l'insertion d'autres exceptions qui ne sont pas entièrement subsumées sous l'*exceptio doli* (3°)

- elle permet même parfois de sanctionner une attitude du demandeur contraire à la bonne foi là où l'exception de dol ne le permettrait pas(4°).

1°La soumission du demandeur à l'exigence de bonne foi s'apprécie fort largement, tout comme le juge apprécie extensivement les manquements à la bonne foi de la part d'un défendeur. Nous n'en donnerons donc qu'un exemple, qui montre que l'appréciation du dol du demandeur possible par la clause *ex fide bona* ne se limite pas *stricto sensu* à une machination dolosive initiale à l'encontre du co-contractant.

Africanus¹⁶⁴³ propose un cas qui l'illustre fort bien. Quelqu'un voulait instituer héritier un fils de famille, mais ne voulait pas qu'en vertu des règles patrimoniales du *ius civile* ce soit son *pater familias* qui recueille la succession; ce *filius familias*, quant à lui, ne voulait pas non plus être institué héritier sous condition d'émancipation, et manda, de concert avec le testateur, à un ami, inscrit héritier à sa

¹⁶⁴³ Dig. 28.5.47 Africanus 2 quaest. *Quidam cum filium familias heredem instituere vellet, ne ad patrem eius ex ea hereditate quicquam perveniret, voluntatem suam exposuit filio: filius cum patris offensam vereretur, petit a testatore, ne sub condicione " si a patre emancipatus esset" heredem eum institueret et impetravit ab eo, ut amicum suum heredem institueret: atque ita testamento amicus filii ignotus testatori heres institutus est nec quicquam ab eo petatum est. quaerebatur, si ille amicus aut adire nollet aut aditam nollet restituere hereditatem, an fideicommissum ab eo peti possit aut aliqua actio adversus eum esset et utrum patri an filio competeret. respondit, etiamsi manifestum sit scriptum heredem fidem suam interposuisse, non tamen aliter ab eo fideicommissum peti posse quam si et ipsum testatorem fidem eius secutum esse probaretur. si tamen, cum a filio familias rogaretur, amicus et aditurum se hereditatem recepisset et restitutum patri familias facto, non absurde dici possit mandati actionem futuram: et eam actionem patri inutilem fore, quia non sit ex bona*

place, d'accepter la succession pour ensuite la lui retransmettre quand il deviendrait *sui iuris*. On se posait donc la question suivante: dans le cas où cet ami refusait de faire adition d'hérédité ou surtout refusait de la restituer, y avait-il une action pour le contraindre à restituer, et à qui appartenait-elle, au père ou au fils? Africanus propose une solution dont il sent l'originalité, après avoir jugé douteuse la qualification de cette opération en fidéicommiss d'hérédité: une action utile de mandat au profit du *filius familias* une fois qu'il sera *sui iuris*. Utile, car c'est le *paterfamilias* qui est titulaire de l'action directe qui naît d'un mandat conclu par un *alieni iuris* sous sa *potestas*¹⁶⁴⁴. Au profit du fils et non du père, car Africanus considère que ce *paterfamilias* sera débouté de plein droit s'il intente l'action directe de mandat: *et eam actionem patri inutilem fore*. L'expression « *inutilis esse* » est similaire à celle d'*inutiliter intendere*, par opposition à une *intentio* valable selon le *ius civile* mais qui va être repoussée par le jeu d'une exception inscrite expressément dans la formule: l'action est donc mise en échec *ipso iure*, et cet effet est reporté par Africanus à la clause *ex fide bona* (*quia non sit ex bona fide id ei restitui, quod testator ad eum pervenire noluerit*), laquelle a le même effet qu'une *exceptio doli*: le père cherche dolosivement à se faire restituer une hérédité que le testateur cherchait précisément à ne pas lui transmettre, mais l'héritier institué n'aura pas à faire insérer d'*exceptio doli*.

Ce cas, sans doute imaginaire, montre pourtant que la bonne foi du demandeur ne s'apprécie pas uniquement dans son rapport au co-contractant-défendeur; qu'elle ne concerne pas non plus uniquement un *dolus in contrahendo*. Le *paterfamilias* n'a commis aucune manoeuvre dolosive à l'encontre du mandataire. C'est seulement à l'égard de la volonté du testateur que son action de mandat pourra apparaître comme intentée de mauvaise foi. A ce titre, l'interprétation de la clause *ex fide bona* conduit à donner au défendeur une protection aussi large que l'*exceptio doli generalis*, qui ne réclame pas que la manoeuvre dolosive soit une machination destinée à tromper le

fide id ei restitui, quod testator ad eum pervenire noluerit: sed nec filio vulgarem competituram, verum utilem, sicuti dare placeret ei, qui, cum filius familias esset, pro aliquo fideiussisset ac pater familias factus solvisset.

¹⁶⁴⁴ Comme le rappelle la fin du texte, en faisant la comparaison avec la situation d'un *fideiussor* qui a conclu le contrat de cautionnement alors qu'il était *alieni iuris*, mais qui a payé le créancier une fois devenu *sui iuris*.

co-contractant¹⁶⁴⁵: la manoeuvre dolosive pouvant même être constituée par le simple fait d'agir en justice¹⁶⁴⁶.

2° Tout comme l'*exceptio doli generalis*¹⁶⁴⁷, l'interprétation de la clause *ex fide bona* conduit à sanctionner le *dolus futurus* du demandeur au cours du procès¹⁶⁴⁸, et nous en avons déjà vu un exemple important: le demandeur qui refuse l'offre de juste satisfaction proposée par le défendeur dans la phase *apud iudicem* sera sanctionné pour son *dolus futurus*, constitué par sa persistance dolosive à vouloir faire condamner le défendeur. Ce n'est donc pas uniquement son *dolus in contrahendo* ou son attitude dolosive dans l'exécution du contrat qui peuvent empêcher la condamnation. Ses comportements non-conformes à la bonne foi au cours de l'instance *apud iudicem* permettent au juge d'absoudre le défendeur. C'est un point qui a son importance, puisqu'a contrario le juge, sous la menace d'absoudre le défendeur, peut contraindre un demandeur à se plier à certaines exigences de la bonne foi. Il peut, en résumé, imposer au demandeur lui-même des contreprestations, des *satisfactiones inter moras litis* soumises à la même réglementation. Il peut lui imposer certaines prestations (satisfaction en nature, cession d'actions), ou certaines stipulations. C'est ce que montrent différents textes du deuxième voire du premier siècle ap. JC.

Un texte célèbre de Julien nous le montre fort bien dans le cas du *mandatum credendae pecuniae*¹⁶⁴⁹, qui s'apparente à une forme de cautionnement non-formaliste: la subrogation du tiers *solvens* (le mandant) dans les droits du créancier (mandataire) ne se fait pas de plein droit, et repose précisément sur la possibilité qu'a le juge d'absoudre le mandant si le mandataire refuse de lui céder ses actions. Si je t'ai mandé de prêter 10 à Titius, tu peux intenter contre moi l'action de mandat sans

¹⁶⁴⁵ Ainsi, l'exception de dol est rédigée en faisant référence à la personne du demandeur mais non à la personne du défendeur: Dig. 44.4.2.2 Ulpianus 76 ad ed. *Plane ex persona eius, qui exceptionem obicit, in rem opponitur exceptio: neque enim quaeritur, adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris.*

¹⁶⁴⁶ L'exception de dol qu'on insère dans les actions de droit strict vise justement, très souvent, le simple fait d'agir en justice : Dig. 44.4.2.3 Ulpianus 76 ad ed. (...) *si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit: licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est eum, cum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere*(...). nous avons déjà vu, à propos de Dig. 21.2.29pr. (Pompon. 11 ad sab.) qui transmet sur ce point la position de Celse, que c'est parfois le fait même d'intenter une action qui constitue en soi la manoeuvre dolosive contraire à la clause *ex fide bona*, pour cause de quoi le juge absout le défendeur.

¹⁶⁴⁷ Voir M.BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, vol.I, Milan, 1973, et sur tout la force du *neque fiat* qui termine l'exception.

¹⁶⁴⁸ Sur l'opposition entre *dolus praeteritus/dolus praesens*, voir M.TALAMANCA, *Istituzioni*, p.238, et *Bona fides*, p.35.

¹⁶⁴⁹ Dig. 46.1.13 Iulianus 14 Dig. *Si mandatu meo titio decem credideris et mecum mandati egeris, non liberabitur titius: sed ego tibi non aliter condemnari debebo, quam si actiones, quas adversus titium habes, mihi praestiteris.* (...)

que Titius soit pour autant libéré vis-à-vis de toi. Mais le juge refusera de me condamner si tu refuses de me céder tes actions contre Titius¹⁶⁵⁰: le juge peut ainsi imposer au demandeur la cession d'actions sous peine d'absoudre le mandant. Cette pratique était si courante que, bien entendu, les textes ne se réclament même plus de la *fides bona* pour démontrer ce pouvoir qu'a le juge. Mais un tel pouvoir ne pourrait être en principe fondé que sur une exception de dol insérée dans la formule s'il s'agissait d'une action de droit strict, comme celle au profit du créancier contre un *fideiussor*¹⁶⁵¹. Là où le *fideiussor*, sujet à une action de droit strict, aurait besoin d'insérer l'*exceptio doli* pour contraindre le créancier à céder ses actions en contrepartie du paiement¹⁶⁵², le mandant dans un *mandatum credendae pecuniae* peut réclamer cette cession pour la première fois durant l'instance fondée sur une action contraire de mandat, parce que précisément la clause de bonne foi produit les mêmes effets qu'une exception de dol et soumet de plein droit le créancier à une exigence de bonne foi durant l'instance.

Bien plus tôt, Labéon, commenté par Javolénus¹⁶⁵³, nous montre encore incidemment ce pouvoir qu'a le juge de contraindre le demandeur à certaines prestations. Le cas était le suivant: tu agis *ex locato* (*locatio operis*) contre le foulon qui s'est vu dérober tes vêtements, bien que tu connaisses l'identité du voleur. Dans un premier temps, le juge devra apprécier (*iudicem aestimaturum*¹⁶⁵⁴) si tu peux facilement agir contre le voleur (aux frais de ton cocontractant), et ce que Labéon rappelle ainsi s'apparente précisément à une appréciation par le juge de la bonne foi du demandeur quant à son choix d'agir contre le foulon: si tu peux agir facilement contre le voleur, c'est en un sens une prétention contraire à la bonne foi d'agir contre ton co-contractant malheureux pour réclamer la valeur de la chose et l'*id quod*

¹⁶⁵⁰ A la fois la très énergique et rapide *condictio* de droit strict, mais encore les éventuelles actions hypothécaires en garantie de la créance.

¹⁶⁵¹ Dig. 46.1.17 Iulianus 89 Dig. *Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina*. Le verbe *succurri* prouve à lui seul la nature prétorienne de la défense accordée au *fideiussor* dans l'action de droit strict du créancier, et qui sera soit la *denegatio*, soit l'*exceptio doli* (cf. note suivante)

¹⁶⁵² Cette fonction de l'*exceptio doli* pour contraindre un demandeur à céder au défendeur des actions qu'il aurait contre un de ses codébiteurs est attestée a contrario par Papinien en Dig. 21.2.65 (8 quaest.)(...) *nec remedio locus esse videbatur, ut per doli exceptionem actiones ei qui pecuniam creditori dedit praestarentur*(...) Dans le cas visé, deux cohéritiers avaient vendus un bien de la succession hypothéqué en s'obligeant par une stipulation d'éviction: l'un deux n'avait pas dégrevé le bien pour sa part de dette successorale: dans le cas-là, la jurisprudence refusait au cohéritier poursuivi le bénéfice d'une cession d'action de la part de l'acheteur fondée sur une exception de dol, contrairement au cas du *fideiussor*.

¹⁶⁵³ Dig. 19.2.60.2 Labeo 5 post. a iav. Epit. *Vestimenta tua fullo perdidit et habes unde petas nec repetere vis: agis nihilo minus ex locato cum fullone, sed iudicem aestimaturum, an possis adversus furem magis agere et ab eo tuas res consequi fullonis videlicet sumptibus: sed si hoc tibi impossibile esse perspexerit, tunc fullonem quidem tibi condemnabit, tuas autem actiones te ei praestare compellet*.

¹⁶⁵⁴ Cette proposition infinitive, qui n'est introduite par aucun verbe d'énonciation, représente sans doute un style indirect libre qui prouve que c'est une citation littérale de Labéon. A contrario, le reste de l'opinion est peut-être un résumé de Javolénus, résumé qui toutefois peut être parfaitement fidèle à la pensée de Labéon.

interest. Dans un second temps, si le juge *ex locato* voit qu'il lui est difficile ou impossible d'intenter une action contre le voleur, alors il pourra condamner le foulon. Toutefois, l'opinion nous dit qu'il contraindra (*compellet*) le demandeur à céder ses actions au défendeur¹⁶⁵⁵. Or le seul moyen de contrainte dont il dispose vis- vis du demandeur est la menace de ne pas condamner le défendeur: c'est donc qu'il peut lui imposer de se soumettre ainsi aux exigences de la bonne foi durant le procès, et nulle part n'est invoquée une *exceptio doli generalis*. C'est donc en vertu de la clause *ex fide bona* que le juge peut contraindre le demandeur à se soumettre aux exigences de la bonne foi en exécutant certaines prestations durant l'instance, tout comme le permettrait une *exceptio doli* insérée dans la formule pendant la phase *in iure*.

3° Mais outre l'équivalence fonctionnelle de cette protection avec l'*exceptio doli generalis*, l'interprétation de la clause *ex fide bona* dépasse, pour les jurisconsultes, le champ strict de l'*exceptio doli*. Cette protection automatique due à la clause *ex fide bona* est tellement puissante que les jurisconsultes considèrent qu'elle dispense d'autres moyens de défense et d'autres exceptions, comme le montre Ulpien dans trois développements de son commentaire à l'édit.

Elle peut notamment valoir *exceptio metus*, comme il l'atteste indirectement lorsqu'il commente l'édit *quod metus causa*¹⁶⁵⁶. Son opinion a certes été insérée par les compilateurs dans les *regulae iuris* du livre 50, mais elle représente sans doute un commentaire typique d'Ulpien, tel qu'on le retrouvera à propos de différents moyens prétoriens dont il cherche à circonscrire l'utilité et le champ d'application: il en exclut sans doute les *iudicia bonae fidei* qui ne nécessitent pas d'intervention expresse du préteur (*exceptio metus*) lorsque le consentement du défendeur a été vicié par la violence, qu'elle vienne d'un tiers ou d'un cocontractant.

Ainsi encore, à propos de l'*exceptio onerandae libertatis causa*¹⁶⁵⁷, il nous donne son opinion, à savoir que l'affranchi, défendeur, est protégé *ipso iure* (*ipso iure tutum*) contre l'action *pro socio* du patron qui l'aurait contraint à contracter une

¹⁶⁵⁵ Sans doute s'agit-il essentiellement de lui céder son action en revendication, ou certaines voies de droit prétoriennes; en effet, le locataire, parce qu'il répond de sa *custodia*, a intérêt à agir en son nom propre par l'*actio furti*, laquelle au contraire n'appartient pas, en ce cas, au propriétaire sauf si le locataire est insolvable (cf. Gaius III,203-207, et notamment le §205 qui prend explicitement l'exemple du foulon). Sauf bien sûr à penser qu'il s'agit d'une évolution et qu'à l'époque de Labéon, contrairement à celle de Gaius, c'était encore le propriétaire de la chose confiée au foulon qui restait titulaire de l'*actio furti*. Mais nous n'en possédons aucune preuve.

¹⁶⁵⁶ Dig. 50.17.116pr. Ulpianus 11 ad ed. *Nihil consensui tam contrarium est, qui ac bonae fidei iudicia sustinet, quam vis atque metus: quem comprobare contra bonos mores est.*

¹⁶⁵⁷ Dig. 44.5.1.7 Ulpianus 76 ad ed. *Si libertatis causa societatem libertus cum patrono coerit et patronus cum liberto pro socio agat, an haec exceptio sit necessaria? et puto ipso iure tutum esse libertum adversus exactionem patroni.*

société pour accroître le prix de sa liberté. *Ipsa iure* montre encore dans ce texte que cette protection lui est garantie indépendamment de toute décision du préteur. Il n'a pas besoin de l'exception spéciale prévue à cet effet.

Dans le même ordre d'idées, il nous rapporte une opinion de Labéon et d'Ofilius concernant la *circumscriptio adulescentium* dans la formation des contrats de société¹⁶⁵⁸. Pour l'élève de Servius comme pour le grand juriste augustéen, le *minor circumscriptus* est suffisamment protégé, dans l'*actio pro socio*, de plein droit (*ipso iure munitus*); « *ideo cessare partes praetoris* » se réfère sans doute aux voies d'exception comme aux voies d'action. Mais puisque la société est considérée comme nulle (*nullam esse societatem*), si bien qu'elle ne fait pas naître en principe d'action, puisque l'expression employée est *munitus*, ce qui se réfère plutôt à une voie de défense, Labéon visait-il sans doute davantage la protection du mineur lorsqu'il était défendeur à l'*actio pro socio*: le *minor circumscriptus* n'a-t- aucun démarche *in iure* à faire pour être protégé contre une *actio pro socio* intentée contre lui: c'est sans doute le sens de « *nullam esse societatem* », car si elle est nulle, c'est qu'il n'y a pas d'action, aussi. D'ailleurs, à son époque, Ofilius faisait dans sa réponse sans doute référence à l'inutilité de l'*exceptio legis Plaetoriae*.

4° Il est même des cas où l'exception de dol insérée dans une action de droit strict ne prémunirait pas le défendeur là où la clause *ex fide bona* le pourrait, comme l'atteste sans doute déjà Labéon cité par Quintus Cervidius Scaevola¹⁶⁵⁹: un acheteur a stipulé du vendeur que l'esclave qu'il lui achetait n'était pas fugitif, alors qu'il savait, tout comme le vendeur sans doute, qu'il l'était. S'il intente l'action de droit strict née de la stipulation, il ne sera pas mis en échec par l'exception de dol. Mais l'opinion nous informe qu'il en irait autrement s'il intentait l'*actio empti*: « *quamvis ex empto actionem non haberet* ». L'expression *ex empto actionem non habere* signifie que, de plein droit, il pourrait être débouté de sa demande par le juge de l'action de bonne foi: puisqu'il connaissait la qualité juridique de l'esclave, il n'a pas à s'en plaindre, et sa prétention constituerait en elle-même un dol que le défendeur à l'*actio empti* peut invoquer pour la première fois durant la phase *apud iudicem*. Ce contraste montre que

¹⁶⁵⁸ Dig. 4.4.16.1 Ulpianus 11 ad ed. *Item relatum est apud labeonem, si minor circumscriptus societatem coierit vel etiam donationis causa, nullam esse societatem nec inter maiores quidem et ideo cessare partes praetoris: idem et ofilius respondit: satis enim ipso iure munitus est.*

dans certains cas, la clause *ex fide bona* assure au défendeur une protection même encore plus étendue que la classique exception de dol.

Ces textes nous montrent l'étendue de cette protection contre le dol du demandeur que les juristes classiques ont trouvé dans l'interprétation de la clause *ex fide bona*, mais ils ne montrent pas nécessairement l'ancienneté de cette faveur pour dans son principe.

2.2.2.1.2. *Une faveur ancienne: la bonne foi appréciée « ut inter bonos » (II)*

La formulation de Julien, *iudicium bonae fidei continet in se doli mali exceptionem*, est assez étrange pour faire périodiquement douter les romanistes de la classicité de cette règle, et elle donne d'autre part l'impression que cette protection contre le dol du demandeur ne serait apparue qu'après l'invention de l'exception de dol au cours du Ier siècle.

Pourtant, cette règle est non seulement classique(A) mais elle a des origines même fort anciennes (B). Elle n'est que la conséquence directe de l'analyse de la notion de bonne foi qui doit s'apprécier comme le souligne la formule particulière de la fiducia, *inter bonos* (C).

2.2.2.1.2.1. *La classicité de l'inhérence de l'exception de dol (A)*

¹⁶⁵⁹ Dig. 44.4.4.5 (Scaev., 5 resp.) *Item Labeo scribit, si quis fugitivum esse sciens emerit servum et si stipulatus fuerit fugitivum non esse, deinde agat ex stipulatu, non esse eum exceptione repellendum, quoniam hoc convenit, quamvis ex empto actionem non haberet: sed si non convenisset, exceptione repelletur.*

L'authenticité de cette règle est périodiquement mise en doute¹⁶⁶⁰, ce qui conduit soit à lui attribuer une origine post-classique, soit même à y voir le fruit d'interpolations, et donc à considérer *a contrario* que les *iudicia bonae fidei* à époque classique nécessitaient bien souvent l'insertion d'une *exceptio doli* pour pouvoir opposer au demandeur son propre dol. Très récemment encore, Antonino Metro a contesté l'authenticité de cette dispense d'insérer l'exception de dol dans les actions de bonne foi, au motif, d'une part, que les textes qui formulent cette dispense seraient d'une authenticité douteuse¹⁶⁶¹, d'autre part, que certains textes semblent même présupposer l'insertion d'une exception de dol dans des actions de bonne foi.

Sans doute en faire une sorte de régime juridique imposé à une nature (*exceptio doli inest bonae fidei iudiciis*) est une vue qui date au mieux de l'époque médio-classique, pour cette raison qu'on ne rappellera jamais assez, à savoir que *ex iure fit regula*: c'est un ensemble de solutions particulières qui a simplement été formalisé a posteriori sous forme d'adage ou de raccourci, pour montrer l'amplitude des pouvoirs offerts au juge dans les actions de bonne foi. Mais ce phénomène caractérisé comme une « inhérence de l'exception de dol » existe bel et bien dans les actions de bonne foi à époque classique.

Premièrement, nous avons vu un grand nombre de textes manifestant l'existence de ce phénomène même s'ils ne le formulent pas comme « inhérence de l'exception de dol », mais présentent simplement l'action du demandeur comme *inutilis*, ou comme *nullius momenti*, ou considèrent le défendeur comme *ipso iure tutum*.

Par ailleurs, nous avons vu que cette règle a d'autant plus sa raison d'être qu'originellement le rapports litigieux en cause induisaient une *societas uitae* qui suppose qu'on évite des paroles offensantes dans la formule, tant à l'encontre du défendeur qu'à l'encontre du demandeur. La portée et l'intérêt socio-juridiques de l'inhérence de l'exception de dol militent donc en faveur de son authenticité et de son ancienneté.

¹⁶⁶⁰ Voir Grosso, et plus récemment Antonino Metro

¹⁶⁶¹ Outre D. 24.3.21 (Ulp., 3 disp.), Frag.Vat. 94, et D. 30.84.5 (Iul., 33 dig.), qui concernent l'*actio rei uxoriae* et l'*actio empti*, et dont nous reparlerons, il s'agit surtout de D. 10.3.14.1 (Paul., 3 ad Plaut.) *Impendia autem, quae dum proprium meum fundum existimo feci, quae scilicet, si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem, an etiam, si communi dividundo iudicio mecum agatur, aequitate ipsius iudicis retinere possim, considerandum est. Quod quidem magis puto, quia bonae fidei iudicium est communi dividundo.* ainsi que de D. 5.3.38 (Paul., 20 ad ed.) *Plane in ceteris necessariis et utilibus impensis posse separari, ut bonae fidei quidem possessores has quoque imputent, praedo autem de se queri debeat, qui sciens in rem alienam impendit. Sed benignius est in huius quoque persona haberi rationem impensarum (non enim debet petitor ex aliena iactura lucrum facere) et id ipsum officio iudicis continebitur: nam nec exceptio doli mali desideratur.* L'*actio communi diuidundo* et la pétition d'hérédité selon la doctrine dominante n'auraient jamais été rangés parmi les *iudicia bonae fidei* avant le triomphe définitif de la *cognitio extra ordinem*, si bien qu'on a vu dans ces textes des interpolations.

De surcroît, on mesure mal l'intérêt de la formulation de Julien (*iudicium bonae fidei doli exceptionem continet in se*) lorsqu'on lui reproche d'être une contradiction *in adiecto* au motif qu'une exception est stricto sensu une partie adjectice de la formule. D'une part, de même que Gaius souligne que le juge est investi *nec aperte uerbis* du pouvoir de compenser, la formulation de Julien est une métaphore pour montrer qu'il est implicitement investi de ce pouvoir tout comme le ferait une exception explicitement insérée. Il n'est nullement absurde d'exprimer ainsi métaphoriquement une règle tirée de l'*interpretatio bonae fidei*. D'autre part, cette métaphore insiste à notre avis sur la portée purement procédurale de cette règle: c'est uniquement le juge saisi par la formule *ex fide bona*, et nul autre, qui peut accueillir ainsi un moyen tiré du dol du demandeur même s'il n'a pas été invoqué dans la phase *in iure*. Cette règle ne profite pas a contrario à la caution de celui qui s'oblige par un contrat d'où naîtrait l'action de bonne foi: si la caution (*fideiussor*) veut invoquer le dol du créancier qui le poursuit par une action naturellement de droit strict, il aura pour sa part à insérer l'exception de dol dans la phase *in iure*, et ne pourra *ipso iure* invoquer par exemple la nullité du contrat si le consentement du débiteur qu'il garantit a été vicié par le dol du créancier qui le poursuit. La règle était originellement une particularité procédurale propre à la formule, non une particularité matérielle propre au rapport d'obligation qu'elle sanctionne.

Enfin, une pareille règle n'aurait pu être inventée à époque post-classique lorsque la dualité du procès formulaire a été abolie, lorsque la question de savoir si une action est abolie de plein droit ou par exception n'a plus aucun sens¹⁶⁶²: cela interdit d'avoir recours à l'hypothèse de l'interpolation pour expliquer les textes qui manifestent l'inhérence de l'exception de dol.

La règle énoncée par Julien a donc toutes les chances d'être authentique, nonobstant les textes qui semblent en apparence se référer à l'insertion explicite d'une *exceptio doli* dans les actions en restitution de la dot(1°) et dans les actions naissant de la vente(2°), ou qui font référence à une *replicatio* ou une *duplicatio doli* dans les actions de tutelle et de gestion d'affaires(3°).

¹⁶⁶² C'est d'ailleurs un point de vue qui se confirme dès la fin de l'époque classique, si l'on considère authentique Dig. 50.17.112 Paulus 8 ad ed. *Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur*. On voit donc d'autant moins pourquoi les classiques auraient ressenti le besoin d'inventer une règle particulière aux actions de bonne foi si elle n'exprimait que le droit commun de la *cognitio extra ordinem*.

1°La classicité de l'inhérence de l'exception de dol dans *l'actio rei uxoriae* nous semble d'autant plus probable qu'aucun texte de la compilation ne dément l'existence de son corollaire, l'inhérence de l'exception de pacte. Il existe d'ailleurs au moins un texte dans le Digeste qui présente clairement l'« inhérence » implicite de l'exception de dol dans *l'actio de dote*¹⁶⁶³.

Certains autres textes de la compilation semblent pourtant dire le contraire en apparence. Ils sont a priori assez peu fiables pour tirer des conclusions générales sur l'inhérence ou non de l'exception de dol dans tous les *iudicia bonae fidei* à époque classique. En effet, non seulement *l'actio rei uxoriae* avait une formule spécifique, qui ne mentionnait pas la *fides bona* à l'inverse de la plupart des *iudicia bonae fidei*, mais encore Justinien a « fusionné » cette action avec l'action *ex stipulatu* de droit strict naissant de la stipulation de restitution de dot, pour en faire une unique *actio de dote*, si bien que les textes de la compilation qui se réfèrent à *l'actio de dote* pouvaient originellement concerner *l'actio ex stipulatu* de droit strict, qui bien entendu ne connaissait pas l'inhérence de l'exception de dol.

Un de ces textes invoqués pour contester l'authenticité de l'exception de dol, extrait du commentaire à l'édit de Paul¹⁶⁶⁴, concerne même en réalité, non une *actio rei uxoriae* ni même une *actio ex stipulatu*, mais une simple *condictio* d'après ce que l'on sait de l'extrait précédent d'Ulpian¹⁶⁶⁵, dont on devine sans peine qu'il traitait du

¹⁶⁶³ Dig. 24.3.21 Ulpianus 3 disp. *Sed et si ideo maritus ex dote expendit, ut a latronibus redimeret necessarias mulieri personas vel ut mulier vinculis vindicet de necessariis suis aliquem, reputatur ei id quod expensum est sive pars dotis sit, pro ea parte, sive tota dos sit, actio dotis evanescit. Et multo magis idem dicendum est, si socer agat de dote, debere rationem haberi eius quod in ipsum impensum est, sive ipse maritus hoc fecit sive filiae ut faciat dedit: sed et si non pater experiretur, sed post mortem eius filia sola de dote ageret, idem erit dicendum: cum enim doli exceptio insit de dote actione ut in ceteris bonae fidei iudiciis, potest dici, ut et Celso videtur, inesse hunc sumptum actioni de dote, maxime si ex voluntate filiae factus sit.* Ce texte n'a pas à être suspecté d'une interpolation massive. D'abord il n'est pas illogique et correspond à l'état du droit attendu à la fin de l'époque classique: ce que prétend le mari poursuivi en restitution de la dot par *l'actio rei uxoriae*, c'est de pouvoir opposer en compensation des dépenses qu'il aurait faites pour délivrer de brigands les parents de sa femme, en d'autres mots des dépenses qui peuvent être considérées comme faites *ex dispari causa*, et qui n'entrent donc pas dans le champ de la compensation classique des actions de bonne foi: malgré tout Celse a semblé considérer que ces dépenses pouvaient être imputées sur le montant de la dot, exactement comme Julien considère que le tuteur peut déduire de la restitution du patrimoine du pupille les aliments qu'il aurait fournis à sa soeur ou à sa mère. Mais depuis le rescrit de Marc Aurèle évoqué par Théophile en IJ.4.6.30, la solution pose moins de difficultés, qu'on considère ces dépenses comme faites *ex eadem causa* ou *ex dispari causa*: l'exception de dol permet de tout manière au défendeur d'opposer en compensation des créances *ex dispari causa*, et heureusement, cette exception est inhérente à *l'actio rei uxoriae* comme aux autres actions de bonne foi, ce qui permet de faire valoir des créances *ex dispari causa* sans insérer préalablement l'exception de dol. Quant à la rédaction de ce texte, elle est certes corrompue et le « *de dote actione* » doit remplacer un plus ancien *arbitrio rei uxoriae* (si bien qu'on ne peut tirer aucune conclusion interpolationniste du solécisme apparent consistant à faire suivre *in esse* de l'ablatif et non du datif). Quant au *ut in ceteris bonae fidei iudiciis*, introduisant certes une asyndète puisqu'il n'y avait pas de proposition *in* devant *de dote actione/arbitrio rei uxoriae*, il peut certes avoir été interpolé, mais il n'affecte en rien la substance de la solution.

¹⁶⁶⁴ Dig. 24.3.23 Paulus 36 ad ed. *Et si quid in eam dotem impensum est nec a muliere reddetur, per doli mali exceptionem servabitur.*

¹⁶⁶⁵ Dig. 24.3.22.13 Ulpianus 33 ad ed. *Si mulier in condicione mariti erraverit putaveritque esse liberum, cum servus esset, concedi oportet quasi privilegium in bonis viri mulieri, videlicet ut, si sint et alii creditores, haec praeferatur circa de peculio actionem et, si forte domino aliquid debeat servus, non praeferatur mulier nisi in his tantum rebus, quae vel in dote datae sunt vel ex dote comparatae, quasi et hae dotaes sint.*

même cas. Une femme ignorait la condition servile de celui qu'elle prétendait épouser: aussi le mariage n'est-il pas dissous, mais tout simplement frappé de nullité, et c'est nécessairement par une *condictio* de droit strict, non par l'*actio rei uxoriae* de bonne foi, qu'elle agira en répétition des biens donnés ainsi sans cause. Il n'y a ainsi aucune incohérence à ce que le maître de l'esclave fasse valoir les impenses faites pour ces biens données sans cause au moyen d'une *exceptio doli*, conformément au rescrit de Marc-Aurèle sur la compensation¹⁶⁶⁶.

Un réponse de Paul dans le Digeste fait encore mention d'une exception de dol opposée par le mari poursuivi en restitution de la dot¹⁶⁶⁷. Un fond donné en dot par le père de la mariée après estimation, était en réalité grevé d'une sûreté réelle, si bien que le créancier a évincé le mari. La femme agit pourtant contre le mari en paiement de la valeur estimée de ce fond, prétendant qu'elle n'était pas responsable du dol de son père, dont elle n'était même pas l'héritière. La question posée à Paul fait clairement allusion à une exception de dol et le prudent répond qu'elle profitera au mari s'il s'est vu évincé sans faute de sa part. Le texte est donc en apparence étrange. Mais d'une part, en soi, si le fond a été estimé, il est fort possible que soit intervenue une stipulation de restitution mentionnant la valeur de ce fond, car quitte à prendre des précautions en estimant le fond, autant se prémunir par une stipulation de restitution, profitant aussi à la fille qui peut vouloir agir par une action *ex stipulatu*¹⁶⁶⁸. D'autre part, ce texte est reproduit aussi hors du Digeste dans les fragments du Vatican¹⁶⁶⁹, dans une rédaction quelque peu différente mais fort instructive: après avoir rappelé que l'exception de dol profite au mari, le texte souligne par une relative (*quae tamen officio iudicis rei uxoriae continetur*) que cette exception est pourtant contenue dans l'office du juge de l'*actio rei uxoriae*, en d'autre

¹⁶⁶⁶

¹⁶⁶⁷ Dig 24.3.49.1 (Paul., 7 resp.) *Fundus aestimatus in dotem datus a creditore antecedente ex causa pignoris ablatu est; quaesitum est, an mulier, si aestimationem dotis repetat, exceptione submovenda sit; ait enim se propterea non teneri, quod pater eius dotem pro se dedit, cui heres non exstiterit. Paulus respondit praedio evicto sine dolo et culpa viri pretium petenti mulieri doli mali exceptionem obesse: consequi enim eam pretium fundi evicti evidens iniquitas est, cum dolo patris ipsi nocere debeat.* Il est à noter que le texte, formulé ainsi, donne l'impression qu'il y a eu au départ une stipulation de dot, ou la dot est estimée si bien qu'on pourra poursuivre le mari par une *condictio certi*.

¹⁶⁶⁸ cf. Dig. 45.1.45.2 Ulpianus 50 ad sab. *Si ita quis stipulatus sit: "post mortem meam filiae meae dari?" vel ita: "post mortem filiae meae mihi dari?", utiliter erit stipulatus: sed primo casu filiae utilis actio competit, licet heres ei non existat.* Il nous semble que ce texte d'Ulpien faisait sans doute référence à des stipulations de restitution de dot profectice au profit de la fille: en effet, on ne voit pas pourquoi Ulpien n'aurait pas pris l'exemple immédiat du fils plutôt que l'exemple incongru de la fille.

¹⁶⁶⁹ Frag. Vat. 94 *Fundus aestimatus in dotem datus a creditore antecedente ex causa fiduciae ablatu est; quaero, an mulier, si aestimationem dotis repetat, exceptione submovenda sit; ait enim se propterea non teneri, quod pater eius dotem pro se dedit, cui heres non extitit. Paulus respondit pro praedio evicto sine dolo et culpa viri pretium petenti mulieri doli mali exceptionem obesse, quae tamen officio iudicis rei uxoriae continetur.* On voit que le texte original faisait référence non à une hypothèque ou à un gage, mais bien à une fiducie.

termes il se réclame de l'inhérence de l'exception de dol caractéristique des actions de bonne foi. Il n'y a aucune raison de croire que le texte du Digeste est plus authentique que le texte des fragments du Vatican¹⁶⁷⁰: bien au contraire, la relative a pu être effacée par les compilateurs parce qu'elle faisait référence à l'*actio rei uxoriae*, qui est un terme qui n'apparaît plus dans le droit de Justinien. Par ailleurs, dans le texte original, la question pouvait avoir été mal posée à Paul, celui qui l'écrivait pensant que la femme agirait par l'action née de la stipulation de restitution de dot. On lui demande si l'exception de dol conduirait au rejet des prétentions de la demanderesse, et le jurisconsulte répond par l'affirmative, la femme agissant dolosivement par le fait même de vouloir s'enrichir par le dol de son père, mais il ajoute que cette exception est de toute manière « contenue dans l'office du juge » si c'est l'*actio rei uxoriae* qui est intentée. Sans doute Paul lui-même serait-il étonné qu'on lui parle d'exception de dol dans l'*actio rei uxoriae*: en principe, l'exception de dol est difficilement opposable dans la phase *in iure* à une épouse du fait de l'*honor matrimonii* et de la *reuerentia personarum*, puisque l'action de dol ne peut quant à elle absolument pas être intentée entre époux comme le montre un rescrit de l'époque de Paul¹⁶⁷¹. Soit sa précision « *quae tamen officio iudicis continetur* » sert à prévenir le destinataire que l'obtention de cette exception du préteur est un mince enjeu, puisqu'elle est de plein droit contenue dans l'office du juge de l'*actio rei uxoriae*. Soit il ne savait pas si l'action intentée serait l'*actio ex stipulatu* ou l'*actio rei uxoriae*, mais il savait que la réponse, concernant la substance du droit, était la même: la femme agissait dolosivement à vouloir ainsi profiter du dol de son père, même si le prudent et le destinataire de la lettre ne semblent pas s'entendre sur l'action engagée.

Un autre extrait de Pomponius extrait de son commentaire à Sabinus¹⁶⁷² représente lui aussi une difficulté, car, tel qu'il est présenté dans la compilation, il se réfère à une exception de dol dans l'*actio de dote*. Un père a réclamé la dot de sa fille à son

¹⁶⁷⁰ Il n'y a notamment pas à penser que la relative *quae iudicis officio continetur* soit une glose post-classique et ne soit pas dans la réponse originelle de Paul au motif que c'est un indicatif et non un subjonctif de style indirect qui y est employé: en effet, dans la première partie du texte, la causale *quod...dedit* et la relative *cui heres non existit*, réclameraient d'autant plus un subjonctif qu'elles sont un terme important de l'argumentation de la demanderesse (*ait se propterea non teneri*), et pourtant elles sont formulées à l'indicatif, à l'inverse de la version du texte dans le Digeste. C'est l'ensemble du VF 94 qui omet l'emploi du subjonctif de style indirect.

¹⁶⁷¹ CJ.5.12.1.2: Imperatores Severus, Antoninus: *Sin vero hoc non factum est, si quidem bona fide eadem res in dotem data est, nulla marito competit actio: dolo autem dantis interposito de dolo actio adversus eum locum habebit, nisi a muliere dolo interpositus sit: tunc enim, ne famosa actio adversus eam detur, in factum actio competit.* <a 201 pp.K.Aug. muciano et fabiano cons.>

¹⁶⁷² Dig. 24.3.4 Pomponius 15 ad sab. *Si pater sine consensu filiae dotem a viro exegisset et eandem alii viro eius filiae nomine dedisset et mortuo patre filia cum priore viro ageret, doli mali exceptione repellitur.*

premier mari, mais sans le consentement de cette dernière, puis après l'avoir récupérée il donne cette même dot au second mari de sa fille. La femme prétend malgré tout agir à contre son premier mari en restitution de la dot: en effet, il ne s'est pas valablement libéré entre les mains du père si la fille n'a consenti ni à la réclamation ni au paiement. Mais comme la même dot a été de toute manière donnée par son père à son second mari, cette réclamation est en soi constitutive de mauvaise foi, et c'est là que le texte nous précise qu'elle sera déboutée par l'effet de l'*exceptio doli*. C'est une difficulté qui peut être diversement appréciée:

-Une première hypothèse est qu' une fois son père défunt, elle agit en réalité contre son premier mari par l'*actio ex stipulatu*, puisque la réclamation et le paiement faits sans son consentement n'avaient pas éteint l'action. De surcroît, si la stipulation mentionnait la restitution à sa fille après sa mort, sa réclamation ainsi que le paiement fait entre ses mains sans le consentement de cette dernière paraissaient d'autant moins valables. Alors il n'y aurait aucune contradiction à ce qu'une *exceptio doli* soit insérée dans une action de droit strict.

-Lenel a fait l'hypothèse que, tout comme le texte précédent de Paul¹⁶⁷³, il s'est vu soustraire une relative qui en substance disait *quae tamen officio iudicis rei uxoriae continetur*. C'est fort possible mais nous n'en n'avons aucune preuve puisque ce texte n'est pas reproduit ailleurs que dans la compilation, à la différence de 24.3.49.1 qui nous a été transmis par V.F. 94.

-Ce texte peut avoir été remanié. L'emploi des temps et des modes a quelque chose de fort surprenant et ne correspond pas même au style des textes de la compilation: la conditionnelle est formulée sous forme d'irréel du passé, avec des subjonctifs plus que parfait et imparfait, tandis que la principale est au présent de l'indicatif¹⁶⁷⁴. Soit le texte a subi d'énormes interpolations, ce qui nous paraît douteux. Soit il a été raccourci, ce qui rejoindrait plus ou moins l'hypothèse précédente de Lenel. Soit enfin, ce mauvais emploi des temps témoigne avant tout du remaniement d'un style indirect en style direct: il est possible que dans le texte original Pomponius présentait au style indirect (libre) la citation même de Sabinus: cela prouverait au mieux que ce dernier considérait encore, au début du 1er siècle apr. J.C., que l'emploi de l'*exceptio doli* était, sinon nécessaire, du moins utile par précaution pour une formule qu'il ne

¹⁶⁷³ Dig. 24.3.49.1 voir *supra*

rangeait pas encore dans la même catégorie que les *iudicia in quibus additur ex fide bona*, et ce notamment lorsque le dol que le défendeur voulait alléguer était un dol purement processuel, lorsque c'était simplement la réclamation en elle-même qui était constitutive de mauvaise foi, et non lorsqu'il y avait eu *dolus in contrahendo*. Le texte de Paul dans V.F. 94 prouverait alors quant à lui qu'il y avait *ius controuersum* à ce sujet. Nous pensons personnellement que c'est la *reuerentia personarum* et l'*honor matrimonii* qui ont de toute manière conduit très tôt à rendre inutile l'insertion d'une exception offensante dans l'*actio rei uxoriae*.

Ces hypothèses nous paraissent toutes valables et rendent ce texte peu fiable pour démontrer la présence d'une *exceptio doli* dans l'*actio rei uxoriae*. Ainsi, il est loin de démentir l'inhérence de l'exception de dol dans les *iudicia bonae fidei*, à époque classique, non plus que les textes qui concernent la vente.

2° De nombreux textes concernant la vente font référence à de véritables exceptions de dol¹⁶⁷⁵. Mais s'agissait-il des *actiones empti* ou *uenditi*? Il est significatif qu'on ne rencontre jamais de pareils textes concernant le dépôt, le commodat, le contrat de société, ou le mandat. En effet, à la différence de ces derniers, la vente est une opération qui s'opère assez rarement de manière purement informelle, elle est souvent assortie de stipulations ou accompagnée d'une mancipation, si bien que ces actes formalistes génèrent des actions de droit strict en complémentarité ou en concurrence

¹⁶⁷⁴ On s'attendrait en effet plutôt aux tournures suivantes: **si pater promiserit dederitque...et filia agat de dote, repellitur/ repellatur* ou **si pater promiserit...dederitque... et filia aget de dote, repelletur* ou *si pater promississet...dederitque...et filia ageret de dote, repelleretur*.

¹⁶⁷⁵ Antonino Metro, *op.cit.*, en cite certains qui n'ont à nos yeux aucune valeur. Ainsi, en Dig. 41.4.7.6 (Iul., 44 dig.) *Procurator tuus si fundum, quem centum aureis vendere poterat, addixerit triginta aureis in hoc solum, ut de damno adficeret, ignorante emptore, dubitari non oportet, quin emptor [longo tempore] <usu> capiat: nam et cum sciens quis alienum fundum vendidit ignoranti, non interpellatur [longa possessio] <usucapio>. Quod si emptor cum procuratore collusit et eum praemio corripit, quo vilius mercaretur, non intelletur bonae fidei emptor nec [longo tempore] <capiet>: et si adversus petentem dominum uti coeperit exceptione rei voluntate eius venditae, replicationem doli utilem futuram esse.* Il est évident que la *replicatio doli* est insérée, non dans une *actio uenditi*, mais dans une *actio in rem* au profit du véritable propriétaire qui agit en revendication contre l'acheteur qui a, par collusion frauduleuse avec son procurateur, acheté le bien à vil prix: c'est ce que montre la référence à l'*usucapio*, et la référence à la bonne foi sert à déterminer les conditions d'une acquisition des droits réels par la possession (*emptor bonae fidei*), non à signifier un contentieux fondé sur une action de bonne foi. De même, en Dig. 44.4.15 (Scaev., 5 resp.) *Fideiussor evictionis nomine condemnatus id praedium, quod evictum est, et omnia praestare paratus est, quae iure empti continentur: quaero, an agentem emptorem exceptione ex causa iudicati doli mali summovere potest. Respondit exceptionem quidem opponi posse, iudicem autem aestimaturum, ut pro damnis emptori satisfiat*, il est impossible que le cas fasse intervenir une action de bonne foi: l'acheteur agit contre la caution du vendeur qui apporte sa garantie contre l'éviction, et qui est nécessairement poursuivie au moyen d'une action de droit strict. Pour peu qu'on accepte simplement d'intervertir *exceptione* et *ex causa iudicati*, plutôt que de recourir à l'hypothèse de l'interpolation, on voit que l'exception de dol mentionnée est susceptible d'être opposée de la part de la caution, déjà condamnée, à l'*actio iudicati* intentée par l'acheteur, parce qu'elle est prête à tout restituer: l'exception de dol donne une base à l'absolution pour cause de *satisfactio inter moras litis* même dans l'*actio iudicati*. Ce texte ne concerne en rien une action de bonne foi, mais bien une action de droit strict. La seule chose surprenante est que, comme la cause est typique d'une

avec les *actiones empti* ou *uenditi*. C'est pourquoi il y a tout lieu de suspecter que les textes ne concernaient pas originellement une *actio empti* ou *uenditi*, mais bien des actions de droit strict, naissant d'une mancipation ou d'une stipulation.

Ainsi, un texte de Paul de son commentaire à Sabinus¹⁶⁷⁶ considère, d'après la version du Digeste, le cas de celui qui se pense à tort obligé par un *legs per damnationem* à vendre un bien (*damnatus vendere*), et qui pour cette raison le vend: on ne pourra agir contre lui, dit le texte, par l'action *ex empto*, parce que le demandeur peut être débouté par le jeu d'une exception de dol (*agi cum eo ex empto non posse, quoniam doli mali exceptione actor summoueri potest*), exactement comme il le serait s'il intentait une *condictio* de droit strict contre celui qui s'était cru à tort obligé par le testament à lui transférer quelque chose (*falso existimans se damnatum dare*) et s'était donc engagé par stipulation à le lui donner (*promisisset*). Il n'y a pas nécessairement à soupçonner la référence à l'exception de dol d'avoir été surajoutée par une main post-classique¹⁶⁷⁷. Mais vu la place du texte dans le commentaire à Sabinus à propos des legs, l'obligation de vendre pouvait fort bien être une obligation de manciper, et il est fort à parier que le texte concernait donc l'action légitime qui naissait de la mancipation au profit du *mancipio accipiens*, qui est « de droit strict » si bien qu'il faut recourir à une véritable *exceptio doli* dans la phase *in iure*. Or très précisément, la mancipation ayant été abolie dans le droit de Justinien, le texte a été réutilisé à propos de l'*actio empti*, comme de nombreux textes concernant l'*actio auctoritatis* ou *de modo agri*.

Ainsi, un autre extrait de Paul¹⁶⁷⁸ relate une opinion de Labéon à propos de la vente de deux fonds pour un seul et même prix, mais dont les tailles respectives avaient été

action de bonne foi, la caution, même dans l'*actio iudicati*, pourra être absoute en cas d'offre de *satisfactio inter moras litis*, estimée par le juge, et ce grâce à l'insertion d'une exception de dol.

¹⁶⁷⁶ Dig. 19.1.5.1 (Paul., 3 ad Sab.) *Sed si falso existimans se damnatum vendere vendiderit, dicendum est agi cum eo ex empto non posse, quoniam doli mali exceptione actor summoueri potest, quemadmodum, si falso existimans se damnatum dare promisisset, agentem doli mali exceptione summoueret*

¹⁶⁷⁷ La tournure *dicendum est agi non posse quoniam doli mali exceptione actor summoueri potest* a certes quelque chose d'étonnant au regard du droit classique, et c'est pourquoi on l'a suspectée d'avoir été interpolée pour faire un strict parallélisme avec la seconde partie de la phrase. En effet, le recours à un moyen prétorien comme l'exception dans la phase *in iure* signifie *a contrario* que le demandeur peut *agere* selon le droit civil (comparer à Gaius, *Inst.*, IV, 116): on peut bien entendu faire l'hypothèse d'une tournure remaniée, propre à l'époque post-classique, mais la tournure originelle pourrait avoir fait l'objet d'une très mince opération chirurgicale, consistant à ajouter un *non* et à remplacer *sed* ou *etiamsi* par *quoniam*: **agi cum eo posse, sed/etiamsi actor per exceptionem doli summoueri potest*. Donc nul besoin de considérer toute la référence à l'exception de dol comme interpolée. Mais on peut aussi considérer que la proposition *quoniam*, à l'indicatif, n'est pas la circonstancielle causale de *agi non posse*, mais de *dicendum est*: Ulpian, d'une manière plus réaliste, considère qu'il faut dire qu'il n'y a pas d'action, puisque le demandeur peut être repoussé par une exception de dol, et cette manière de s'exprimer correspond à d'autres tournures d'époque tardo-classique (*actio per exceptionem consumitur*).

¹⁶⁷⁸ Dig. 19.1.42 (Paul., 2 quaest.) *Si duorum fundorum venditor separatim de modo cuiusque pronuntiaverit et ita utrumque uno pretio tradiderit, et alter aliquid desit, quamvis in altero exsuperet, forte si dixit unum centum iugera, alterum*

indiquées séparément lors de la formation du contrat. Si l'un des fonds se révèle moindre de 10 jugères, tandis que l'autre se révèle plus grand de 10 jugères, le vendeur pourra-t-il opposer à l'acheteur, qui le poursuit, que la taille globale des deux terrains est respectée? Labéon a répondu par la négative. Quant à Paul, il se demande si la même solution serait à suivre si l'on introduit dans la formule d'action une exception de dol, qui permet depuis le rescrit de Marc-Aurèle la compensation, et il répond encore par la négative, au motif que le fait qu'un terrain soit plus grand ou meilleur profite en tout état de cause à l'acheteur. L'analogie avec la vente des deux esclaves à la fin du texte et la référence à l'*actio empti* ne doivent pas nous tromper: les termes comme *modus* et le verbe *pronuntiare* montrent assez clairement que l'opinion de Labéon concernait une *actio de modo agri*, et Paul traite sans doute de la même action lorsqu'il se propose de voir si la solution serait identique avec une exception de dol introduite dans la formule.

Un texte d'Ulpien¹⁶⁷⁹ semble faire référence à l'insertion d'une l'exception de dol dans l'*actio empti*: un acheteur, qui n'avait pas encore payé l'intégralité du prix, a été évincé: la question se pose de savoir s'il agira en restitution de l'intégralité du prix ou simplement pour la partie qu'il a effectivement payée. Ulpien répond qu'il pense plutôt que ce sera pour la partie qu'il a effectivement payée, du fait de l'exception de dol. Il est tout d'abord assez étonnant que le texte parle, en matière d'éviction, du *pretium*, alors que tout le commentaire d'Ulpien s'acharnait à nous expliquer que dans l'*actio empti* c'est le paiement de l'*id quod interest* qui est en jeu. Peut-être se concentre-t-il sur la question spécifique de la restitution du prix en cas d'éviction sans dol du vendeur. Mais en ce cas, on se demande pourquoi un juriste tardo-classique, qui vient après Mucius, Labéon, Sabinus, etc. en vient encore à être aussi circonspect (« *quaeritur* », « *puto magis* ») et présente la question comme une question épineuse: il est bien évident que, si le préjudice causé par l'éviction ne se limite qu'au prix, c'est

ducenta habere, non proderit ei, quod in altero ducenta decem inveniuntur, si in altero decem desint. Et de his ita apud Labeonem relatam est. Sed an exceptio doli mali venditori profutura sit, potest dubitari, utique si exiguus modus silvae desit et plus in vineis habeat, quem repromissum est. An non facit dolo, qui iure perpetuo utitur? Nec enim hic quod amplius in modo invenitur, quam alioquin dictum est, ad compendium venditoris, sed ad emptoris pertinet: et tunc tenetur venditor, cum minor modus constat. Similis quaestio esse potest ei, quae in duobus fundis agitata est, et si quis duobus statuliberos uno pretio vendat et dicat unum decem dare iussum, qui quindecim dare debebat: nam et hic tenebitur ex empto actione, quamvis emptor a duobus viginti accepturus sit. Sed rectius est in omnibus supra scriptis casibus lucrum cum damno compensari et si quid deest emptori sive pro modo sive pro qualitate loci, hoc ei resarciri. La dernière phrase du texte est peut-être, quant à elle, une interpolation.

¹⁶⁷⁹ Dig. 19.1.13.9 (Ulp., 32 ad ed.) *Unde quaeritur, si pars sit pretii soluta et res tradita postea evicta sit, utrum eius rei consequetur pretium integrum ex empto agens an vero quod numeravit? Et puto magis id quod numeravit propter doli exceptionem.*

à la somme effectivement payée qu'aura droit l'acheteur en agissant *ex empto* et non au paiement intégral, ne serait-ce que par le mécanisme de la compensation (entre la valeur de la chose que le vendeur doit restituer, et la part du prix non encore payée par l'acheteur), mécanisme suffisamment bien admis dans les actions de bonne foi pour que cette solution ne pose aucune difficulté. Dès lors, plusieurs solutions sont à envisager pour expliquer ce texte :

-la forme du questionnement circonspect d'Ulpien correspondrait beaucoup mieux au *casus* si l'on admet que l'acheteur intente l'*actio auctoritatis*: la question de savoir si c'est le *pretium* convenu ou la *pars pretii* effectivement payée qui doit faire l'objet de la restitution (avec *duplum* en cas d'*infinitio*¹⁶⁸⁰) offre davantage matière à controverse s'il s'agit de la vieille action légitime naissant de l'acte de mancipation lui-même, qui rend de plein droit le *mancipio dans* responsable d'une éviction. Et Ulpien répondrait habilement que l'exception de dol permet, conformément au rescrit de Marc-Aurèle, au *mancipio dans* d'opposer en compensation sa créance *ex uendito*¹⁶⁸¹, à savoir la part du prix non-payée. Sans doute le texte, extrait du commentaire édictal à l'*actio empti* donne-t-il l'impression de concerner cette action, mais la réponse d'Ulpien est beaucoup trop dubitative pour cela, et dans la mesure où les contrats de vente suivis de mancipation n'étaient pas chose rare, envisager l'*actio auctoritatis* à cet endroit du commentaire pour voir si elle conduirait aux mêmes solutions que dans l'*actio empti*, n'a rien d'in vraisemblable¹⁶⁸²: bien au contraire, puisqu'il est évident, conformément au texte précédent, que l'acheteur doit en principe payer le prix pour pouvoir agir *ex empto*, qu'il ne peut donc réclamer en cas d'éviction que la restitution des sommes déjà versées, il était intéressant de se demander ce qu'il en serait pour l'*actio auctoritatis*, qui concerne en principe le double du prix.

-Une autre manière d'expliquer ce texte conformément à l'existence d'une inhérence de l'exception de dol dans les actions de bonne foi serait la suivante: le vendeur a stipulé, comme il arrive souvent, de l'acheteur le paiement du prix, ce qui fait qu'il voudrait lui opposer en compensation une dette *ex dispari causa*, au titre de la

¹⁶⁸⁰ Le texte n'évoque certes pas la litiscrescence, mais ce n'est pas incohérent puisque l'*actio auctoritatis* a disparu du droit de Justinien et que l'*actio empti* qui la remplace est une action au simple.

¹⁶⁸¹ Laquelle est, soulignons-le, une dette *ex dispari causa*, conformément au rescrit de Marc-Aurèle: la cause de l'*actio auctoritatis* est la mancipation, tandis que la dette qu'opposera le *mancipio dans* sera née de l'*emptio uenditio*, ce qui suppose d'opposer l'exception de dol.

¹⁶⁸² Ou bien (mais cela donnerait lieu à de nombreuses discussions) dans la mesure où les actions de bonne foi permettent seulement la compensation *ex eadem causa* et dans la mesure où le rescrit de Marc-Aurèle doit être interprété strictement comme fondant la possibilité d'une compensation sur une véritable exception de dol, il faudrait à titre exceptionnel insérer une exception de dol.

stipulation, et non du contrat consensuel de vente. Or l'*actio empti* est une action de bonne foi, ce qui traditionnellement permet au défendeur d'opposer seulement des contrecréances *ex eadem causa*. En disant « *puto magis propter doli exceptionem* », Ulpien ne veut pas dire qu'il faudra insérer une exception de dol, mais simplement il dit par raccourci que la dette (la *pars pretii* non encore payée au titre de la stipulation), même *ex dispari causa*, est opposable à l'acheteur par analogie avec les effets compensatoires assignés par Marc-Aurèle à l'exception de dol, laquelle est inhérente à l'*actio empti*: notons d'ailleurs qu'il dit laconiquement *propter doli exceptionem*, sans employer les tournures habituelles *exceptio doli prodest/ opponitur/ opponenda est/ utilis est// doli mali exceptione summoueri* ou *repelli*. Il peut tout à fait faire référence à l'inhérence de l'exception de dol en disant *propter doli exceptionem*, si la règle de l'inhérence de l'exception de dol est bien admise.

-Enfin, la dernière explication qu'on pourrait donner de ce texte est qu'elle concernerait une action naissant de la stipulation de garantie contre l'éviction au profit de l'acheteur. Cela nous amène à examiner d'autres textes, qui concernait originellement une action naissant de la stipulation.

Un autre texte d'Ulpien¹⁶⁸³ fait par exemple référence à une convention entre le véritable propriétaire d'une chose vendue et l'acheteur, selon laquelle il lui rendrait la chose à lui vendue: alors, celui qui a cherché à se faire passer pour le propriétaire en vendant la chose se verra opposer avec succès l'exception de dol s'il réclame le prix, et ce bien que la vente n'oblige le vendeur qu'à garantir la jouissance et la libre possession de la chose. Il est fort courant pour un vendeur de stipuler le prix de l'acheteur, ce qui lui donne une voix de droit beaucoup plus énergique que l'*actio uenditi*. C'est donc beaucoup plus vraisemblablement dans une action de droit strict (*certae creditae pecuniae* ou *ex stipulatu*) et non dans une *actio uenditi*, qu'est insérée cette exception de dol.

Un texte de Scaevola fait en apparence référence à une exception de dol dans une *actio locati*¹⁶⁸⁴. Le locataire peut-il, après avoir inséré l'exception de dol (*opposita doli mali exceptione*), opposer en compensation à son ancien bailleur, qui agit en paiement des loyers non versés, des impenses utiles auxquelles il n'était certes pas

¹⁶⁸³ Dig. 2.14.16.1 (Ulp. 4 ad ed.) *Sed et si inter dominum rei venditae et emptorem convenisset, ut homo qui emptus erat redderetur, ei qui pro domino rem vendidit petenti pretium doli exceptio nocebit.*

¹⁶⁸⁴ Dig. 19.2.61 pr. (Scaev., 7 dig.) *Colonus, cum lege locationis non esset comprehensum, ut vineas poneret, nihilo minus in fundo vineas instituit et propter earum fructum denis amplius aureis annuis ager locari coeperat. Quaesitum est, si*

obligé par le contrat, mais qui ont augmenté la valeur locative du fonds et donc enrichi le propriétaire? Il est à noter que ce n'est pas la réponse de Scaevola qui fait mention de l'exception de dol, mais la question qui lui a été soumise. L'exception de dol est d'autant plus douteuse que le juge d'une action de bonne foi a le pouvoir bien établi de procéder à la compensation¹⁶⁸⁵. En revanche le texte, qui ne fait au demeurant nulle part mention de l'*actio locati*, devient limpide si l'on fait l'hypothèse que le bailleur avait déduit, comme c'est fréquent, le paiement des loyers dans une stipulation, et qu'il agissait par la voie de l'*actio ex stipulatu*: l'ancien locataire prétend lui opposer des impenses par la voie de l'*exceptio doli* exactement comme le ferait un défendeur dans une *actio in rem* ou dans une action personnelle de droit strict en vertu du rescrit de Marc-Aurèle.

Le seul texte manifestement étrange et concernant la vente est un rescrit du Code¹⁶⁸⁶: son destinataire a acheté des biens que le vendeur avait grevés de sûretés, mais il peut agir contre lui par l'*actio empti* pour le contraindre à les dégrever, et si c'est le vendeur qui agit *ex uendito* en paiement du prix, l'acheteur pourra réclamer la même prestation par demande reconventionnelle s'il lui oppose l'exception de dol (*si adversus venditorem ex vendito actione pretium petentem doli exceptionem opposueris*). Biondi, suivi en cela par Metro, a éliminé ce texte en considérant qu'un rescrit ne saurait s'occuper de deux cas, celui où l'acheteur serait demandeur à l'*actio empti* et celui où il serait défendeur à l'*actio uenditi*, si bien que toute la deuxième partie du texte serait nécessairement une interpolation¹⁶⁸⁷. Cet argument n'est pas convaincant toutefois: en effet, si le destinataire du rescrit avait demandé à quelle action il pouvait avoir recours, c'est que la situation contentieuse n'était pas encore liée, et il n'est pas absurde que la chancellerie ajoute qu'il pourra réclamer aussi cette prestation par demande reconventionnelle. En revanche, il est vrai que ce qui rend ce

dominus istum colonum fundi eiectum pensionum debitarum nomine conveniat, an sumptus utiliter factos in vineis instituendis reputare possit opposita doli mali exceptione. Respondit vel expensas consecutorum vel nihil alius praestaturum.

¹⁶⁸⁵ A ce titre, Antonino Metro nous paraît dénaturer la pensée de P. Pichonnaz en invoquant sa démonstration que la compensation n'est pas automatique: que la compensation ne s'opère pas de plein droit est une chose, mais le juge d'une action de bonne foi est *ipso iure* investi par la formule *du* pouvoir de procéder à la compensation, sans aucune adjonction d'exception.

¹⁶⁸⁶ CJ.8.44.5: *Imperator Antoninus Ex praediis, quae mercata es, si aliqua a venditore obligata et necdum tibi tradita sunt, ex empto actione consequeris, ut ea a creditrice liberentur: id enim fiet, si adversus venditorem ex vendito actione pretium petentem doli exceptionem opposueris. * ant. a. patroinae. * <a 212 pp. xv k. oct. duobus aspris cons.>*

¹⁶⁸⁷ B.BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, p. élimine encore ce texte pour une autre raison, que Metro à bon droit n'admet pas: l'acheteur pourrait en ce cas agir alors qu'il n'a pas encore été évincé. La précision qu'il n'y a pas pu encore avoir de *traditio* s'explique fort bien: en principe, celui qui a acheté et possède un bien ne peut agir au motif que le bien n'appartenait pas au vendeur ou qu'il était grevé de sûretés, tant qu'il n'a pas été évincé. Mais a contrario, si le bien n'a pas pu lui être remis du fait qu'un créancier dispose du bien, alors il peut agir.

texte suspect est le *enim*. La possibilité de refuser le paiement du prix par le jeu d'une exception de dol tant que le fonds n'a pas été dégrevé serait la raison pour laquelle l'acheteur peut contraindre le vendeur à dégrever le fonds vendu par l'*actio empti*. Ce raisonnement est bancal en ce sens que ce qu'on peut très bien obtenir par voie d'exception peut fort bien nous être refusé par voie d'action. Dans le texte considéré, l'exception de dol permet au juge de contraindre le demandeur qui réclame le paiement du prix à dégrever les biens vendus, faute de quoi il absoudra le défendeur. Or nous avons vu que ce pouvoir qu'a le juge de contraindre le demandeur à exécuter des contreprestations existe dans les actions de bonne foi depuis le premier siècle ap. J.C. sans l'appui d'une exception de dol¹⁶⁸⁸. En réalité, le texte deviendrait là encore limpide si le vendeur agissait en réalité par une action de droit strict parce que le prix avait été déduit dans une stipulation¹⁶⁸⁹.

Les textes concernant la vente et la location ont été largement réutilisés et ne montrent pas clairement la nécessité d'insérer l'exception de dol dans les *actiones empti uenditi locati conducti*. Ils concernaient bien souvent des actions de droit strict. Reste à examiner l'existence problématique de *replicationes* et de *duplicaciones doli* dans les actions de bonne foi.

3° Deux textes du Digeste font référence à une *replicatio doli* au profit du demandeur d'une part, à une *duplicatio doli* au profit du défendeur d'autre part. Il peut paraître étonnant au premier abord qu'il y ait besoin de *replicationes doli* ou de *duplicaciones* si la clause de bonne foi permet à elle seule d'invoquer le dol de l'adversaire à tout moment dans la phase *apud iudicem*. Pourtant l'examen de chaque *casus* permet d'expliquer facilement cette dérogation.

Le premier de ces textes concerne l'*actio tutelae*¹⁶⁹⁰, et trouve un correspondant dans un rescrit du Code¹⁶⁹¹. Un tuteur, poursuivi par son ancien pupille et condamné,

¹⁶⁸⁸ Dig. 19.2.60.2 (Lab. 5 post. a Iav. Epit.) et Dig. 46.1.13 (Iul. 14 Dig.).

¹⁶⁸⁹ Cela conduit à envisager une mince interpolation, non nécessairement faite sous Justinien, consistant à ajouter la précision *ex uendito actione*: ainsi on obtenait une belle symétrie entre l'*actio empti* et l'*actio uenditi*, alors que le texte initial concernerait sans doute l'*actio empti* et une action de droit strict (*certae creditae pecuniae* ou *ex stipulatu*).

¹⁶⁹⁰ Dig. 26.7.46.5 Paulus 9 resp. *Tutelae iudicio tutor conventus edidit librum rationum et secundum eum condemnatus solvit: postea cum a debitoribus paternis, quorum nomina libro rationum non inerant, exigere vellet pupillus, prolatae sunt ab his apochae tutoris: quaesitum est, utrum adversus tutorem an adversus debitores actio ei competat. paulus respondit, si tempore administrandae tutelae tutori tutelam gerenti debitores solvissent, liberatos eos ipso iure a pupillo: sed si cum tutore actum esset, posse eundem adulescentem propter eam causam tutelae experiri et adversus exceptionem rei iudicatae doli mali uti replicatione.*

¹⁶⁹¹ CJ.3.1.2: Imperatores Severus, Antoninus. *Licet iudice accepto cum tutore tuo egisti, ipso iure actio tutelae sublata non est: et ideo si rursus eundem iudicem petieris, contra utilem exceptionem rei iudicatae, si de specie de qua agis in iudicio priore tractatum non esse adlegas, non inutiliter replicatione doli mali uteris. * Sev. et Ant. Aa. Valerio. * <a 210 pp. vi k. ian. Faustino et rufo cons.>*

avait omis de présenter dans sa reddition de compte les créances dont il avait fait remise par une collusion frauduleuse avec les débiteurs du pupille: alors, le pupille peut agir à nouveau, en opposant une véritable *replicatio doli* à l'*exceptio rei iudicatae* insérée par le tuteur¹⁶⁹². Cette *replicatio doli* explicite est un peu particulière, et n'a de sens que parce qu'une autre exception, la plus énergique qui soit, a été insérée explicitement au profit du défendeur: pour contrer l'efficace toute particulière de l'exception qui assure l'autorité de la chose jugée, invoquer le dol du tuteur simplement en vertu de la clause de bonne foi serait impossible si l'on examine précisément la formule: la clause de bonne foi porte sur l'*intentio*, et le juge qui reconnaîtrait la véracité de l'*exceptio rei iudicatae* qui conditionne explicitement la condamnation n'aurait d'autre choix que d'absoudre *illico* le tuteur, car une fois vérifiée l'exception l'argument de la mauvaise foi du tuteur ne serait plus recevable. Ainsi la formule délivrée doit par précaution donner l'ordre explicite au juge de suspendre l'efficace de l'*exceptio rei iudicatae* à l'absence de dol du tuteur. Aussi l'exception de chose jugée devra-t-elle être tout spécialement paralysée par une *replicatio doli* explicite. Cela ne prouve en rien que l'exception de dol n'était pas en principe inhérente à l'action de bonne foi au profit du pupille contre son tuteur.

Un extrait de Julien¹⁶⁹³ montre quant à lui la présence d'une *triplicatio doli*, en réalité une *duplicatio*, dans une *actio negotiorum gestorum*. Un second curateur avait intenté cette action, au non de la personne sous curatelle atteinte de démence, contre son premier curateur qui s'est vu condamné du fait de sa mauvaise gestion. Mais, pas plus que le précédent curateur, il n'avait fourni bonne et suffisante caution (*satisdatio rem furiosi saluam fore*), ce qui l'empêchait de représenter valablement en justice le géré: l'action qu'il avait intentée ne devait donc pas avoir d'effet préclusif. Lorsque les héritiers de la personne sous curatelle prétendent agir en justice contre le premier curateur, ce dernier voudra tout de même leur opposer l'exception de chose jugée. Eux-mêmes pourront paralyser à leur tour l'exception de chose jugée par une *replicatio* « ou si celui qui a agi n'a pas donné bonne et suffisante caution »¹⁶⁹⁴. Mais

¹⁶⁹² Concernant cette exception, voir *supra* p. et Mantovani, *Formule*, p.

¹⁶⁹³ Dig. 27.10.7.2 Iulianus 21 Dig. *Cum dementis curatorem, quia satis non dederat et res male administraret, proconsul removerit a bonis aliumque loco eius substituerit curatorem, et hic posterior, cum nec ipse satisdedit, egerit cum remoto negotiorum gestorum, posteaque heredes dementis cum eodem negotiorum gestorum agant et is exceptione rei iudicatae inter se et curatorem utatur: heredibus replicatio danda erit: " aut si is qui egit satisdederat". sed an replicatio curatori profutura esset, iudex aestimabit: nam si curator sequens pecuniam, quam ex condemnatione consecutus fuerat, in rem furiosi vertisset, doli triplicatio obstabit.*

¹⁶⁹⁴ Le texte « *aut si is qui egit satisdederat* » souffre d'une imperfection: il faut, conformément à l'hypothèse de Finazzi, *Negotiorum Gestio*, p.285, introduire un *non*.

même si le second curateur n'a pas donné caution de restituer, s'il a effectivement reversé dans le patrimoine du géré la condamnation qu'il avait obtenu contre le premier curateur, alors à ce dernier profitera une *triplicatio doli*¹⁶⁹⁵. Sans qu'il soit nécessaire d'attribuer l'extrait de Julien au commentaire de la formule *in factum* de gestion d'affaires, la même explication peut être donnée que pour le texte précédent. Les *exceptiones* et *replicationes* sont des commandements explicites du préteur auxquels le juge doit se plier: ils conditionnent la condamnation ou l'absolution, et obéissent à une interprétation propre indépendamment des termes de l'*intentio*. Le juge, même investi d'un large pouvoir discrétionnaire en vertu de la clause de bonne foi, ne peut qu'interpréter strictement ces exceptions qui conditionnent la condamnation; *a contrario* il n'est fondé à écarter le pouvoir paralysant de la *replicatio* que si celle-ci est elle-même suspendue à une *duplicatio*.

Ces textes reviennent à confirmer une vérité toute simple de la procédure formulaire: lorsque la condamnation est conditionnée par une exception explicite, paralyser cette exception nécessite une *replicatio* explicite. Pour le défendeur, neutraliser cette *replicatio* afin de bénéficier de l'*exceptio* nécessite une *duplicatio* explicite. La clause de bonne foi est insérée près de l'*intentio*, elle permet de neutraliser implicitement la prétention du demandeur exprimée dans l'*intentio*, si celui-ci a commis ou commet un dol, mais le juge ne saurait paralyser sur ce même fondement une partie adjectice de la formule (*exceptio, replicatio*) spécialement conçue par le préteur pour conditionner la condamnation. Ces textes témoignent donc d'une légère dérogation, très circonscrite, au principe maintes fois énoncé par les classiques que la clause de bonne foi permet toujours à une partie d'invoquer à tout moment de l'instance le dol de l'adversaire: une exception explicite ne peut être paralysée que par une *replicatio doli* explicite, une *replicatio* explicite ne peut être paralysée que par une *duplicatio doli* explicite. Mais *a contrario* la dérogation ne fait que confirmer la règle: la simple *exceptio doli* est contenue de manière implicite dans la formule des actions de bonne foi.

L'époque classique a donc bien pris conscience de cette efficace toute particulière de la clause de bonne foi, qui permet au défendeur d'invoquer pour la première fois dans la phase *apud iudicem* le dol du demandeur. Et les traces d'une pareille possibilité

¹⁶⁹⁵ Techniquement, d'après le langage employé par Gaius (*Inst.*, IV, 127-128), cette *triplicatio* est en fait une *duplicatio* puisqu'elle profite au défendeur.

sont sans doute encore plus anciennes, bien avant sa systématisation donnée par Julien (*iudicium bonae fidei continet in se doli mali exceptionem*).

2.2.2.1.2.2. Les traces de l'inhérence de l'exception de dol à époque républicaine (B)

L'on date généralement de 66 les *formulae de dolo* d'Aquilius Gallus, alors qu'il était collègue de Cicéron et préteur pérégrin; l'exception de dol est peut-être, quant à elle, plus ancienne dans la pratique. Pourtant, la protection *ipso iure* contre le dol du demandeur par la clause *ex fide bona* est plus ancienne que la protection contre le dol par la voie de l'exception, et l'on en trouve des traces à la fin du deuxième et au début du premier siècle av. J.C.. La règle n'a donc pas, à proprement parler, trouvé son sens originaire par opposition à l'inscription explicite de l'exception de dol, qui n'en est plutôt que la généralisation prétorienne: ce qu'Aquilius Gallus a sans doute tenté de faire en proposant l'exception de dol dans l'album est d'étendre la protection contre le dol du demandeur aux actions qui ne possédaient pas la clause *ex fide bona*.

Ces traces indirectes se trouvent toutes dans l'oeuvre de Cicéron, et deux d'entre elles dans le troisième livre du *De Officiis* : l'une, très célèbre, la vente frauduleuse dont est victime Canius, manifeste indirectement la reconnaissance de cette règle dès le II^e siècle(1°); l'exception mucienne qu'évoque Cicéron dans une lettre à Atticus témoigne sans doute encore implicitement de la reconnaissance d'une protection contre le dol *in contrahendo* du demandeur (2°). Enfin, un débat entre Antonius et Crassus manifeste directement la portée processuelle de l'« inhérence de l'exception de dol » dès les débuts du I^{er} siècle (3°).

1°Le cas de Canius raconté par Cicéron *De Off.* III,58-60¹⁶⁹⁶ montre indirectement selon nous¹⁶⁹⁷ une trace de l'inhérence de l'exception de dol dès la fin du II^e siècle

¹⁶⁹⁶ [58] *Quod si vituperandi qui reticuerunt, quid de iis existimandum est, qui orationis vanitatem adhibuerunt? C. Canius, eques Romanus, nec infacetus et satis litteratus, cum se Syracusas otiaandi, ut ipse dicere solebat, non negotiandi causa contulisset, dictitabat se hortulos aliquos emere velle, quo invitare amicos et ubi se oblectare sine interpellatoribus posset. Quod cum percebuisset, Pythius ei quidam, qui argentariam faceret Syracusis, venales quidem se hortos non habere, sed licere uti Canio, si vellet, ut suis, et simul ad cenam hominem in hortos invitavit in posterum diem. Cum ille promisisset, tum Pythius, qui esset ut argentarius apud omnes ordines gratiosus, piscatores ad se convocavit et ab iis petivit, ut ante suos hortulos postridie piscarentur, dixitque quid eos facere vellet. Ad cenam tempore venit Canius; opipare a Pythio adparatum convivium, cumbarum ante oculos multitudo, pro se quisque, quod ceperat, adferebat; ante pedes Pythii pisces abiciebantur. [59] Tum Canius "quaeso", inquit, "quid est hoc, Pythi? tantumne piscium? tantumne cumbarum?" Et ille: "Quid mirum?" inquit, "hoc loco est Syracusis quidquid est piscium, hic aquatio, hac villa isti carere non possunt." Incensus Canius*

av. JC. Point n'est besoin de rappeler en détail la célèbre escroquerie dont fut victime Canius: voulant acheter une propriété en Sicile, il fut berné par le banquier Pythius, qui lui prêta sa villa en bord de mer et demanda à des pêcheurs de venir faire semblant de pêcher au large. Attiré par l'appât du gain, croyant que la zone était fort poissonneuse, Canius accepta de l'acheter pour une somme démesurée par rapport à sa valeur réelle. Après avoir découvert la supercherie, il ne put s'en prendre qu'à lui-même, car il n'avait aucun moyen de défense à tirer du dol de Pythius si ce dernier intentait une action pour réclamer la somme promise: Aquilius Gallus n'avait pas encore proposé ses formules « *de dolo* ». On peut donc situer l'événement avant 66 av. JC. Mais la date exacte reste fort incertaine. Il doit précéder la rhétorique à Herennius, qui connaît déjà un équivalent de l'exception de dol: Canius ne se serait pas résigné aussi facilement s'il avait eu un moyen, même bien incertain, de rompre l'engagement. Par ailleurs, il est fort possible que l'événement se situe encore plus tôt, vers 115 av. JC, si l'on peut identifier ce Canius avec un autre évoqué dans le *De Oratore*.

La question principale tient à la raison pour laquelle Canius s'est senti démuné juridiquement contre le dol de Pythius. Et le texte nous la donne, quoique de façon assez sibylline: « *emit instructos* » renvoie à la rencontre des consentements; jusque là, il disposerait éventuellement d'une *actio empti*. Mais le danger est expliqué par la suite: « *nomina fecit, negotium confecit* », il a fait des *nomina*. Il est difficile de savoir si ce terme renvoie à un contrat *litteris*, par lequel on opérerait une *transcriptio a re in personam*, ou s'il s'agit de reconnaître une dette d'argent certaine par une *stipulatio*; quoi qu'il en soit, Pythius a fort probablement conduit Canius à changer la nature de la prestation dont il était débiteur: elle était devenue une obligation unilatérale que Pythius allait pouvoir faire sanctionner par une action « de droit strict », une *actio certae creditae pecuniae*, sans craindre de se voir opposer son propre dol; s'il a fait cela, c'est sans doute parce qu'il ne voulait pas que son action *ex uendito* fût paralysée en vertu de cette « inhérence de l'exception de dol » si

cupiditate contendit a Pythio, ut venderet. Gravate ille primo. Quid multa? impetrat. Emit homo cupidus et locuples tanti, quanti Pythius voluit, et emit instructos. Nomina facit, negotium conficit. Invitat Canius postridie familiares suos, venit ipse mature, scalmum nullum videt. Quaerit ex proximo vicino, num feriae quaedam piscatorum essent, quod eos nullos videret. "Nullae, quod sciam," ille, "sed hic piscari nulli solent. Itaque heri mirabar quid accidisset." [60] Stomachari Canius, sed quid faceret? Nondum enim C. Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas; in quibus ipsis, cum ex eo quaereretur, quid esset dolus malus, respondebat, cum esset aliud simulatum, aliud actum.

caractéristique des actions de bonne foi¹⁶⁹⁸. C'est dire que ce moyen de défense contenu *ipso iure* dans la formule existait déjà dans une éventuelle *actio uenditi*. Sans que l'on sache précisément si le préteur délivrait des exceptions semblables à l'exception de dol, c'était encore un moyen bien incertain, et Pythius a tout fait pour ne pas avoir à agir avec une action de bonne foi.

2° L'exception Mucienne à laquelle se réfère Cicéron, gouverneur de Syrie, dans sa lettre à Atticus¹⁶⁹⁹, représente l'équivalent d'une exception de dol (ou de son ancêtre) qui pourra être utilisée par le contribuable contre les publicains. Elle reste aux yeux de Cicéron une particularité de l'édit asiatique de Quintus Mucius, et date donc de 95 av. JC. Elle a une portée assez faible par rapport à l'exception de dol classique; son « *negotium gestum est* » ne renvoie pas à un *dolus futurus* ou à un *dolus praesens*, et donc ne permet a priori de sanctionner que les comportements frauduleux passés du publicain¹⁷⁰⁰.

Elle n'appréhende pas le dol ou la fraude du demandeur de façon explicite et directe. Elle formule une conséquence du dol passé du demandeur: on n'a pas l'obligation de s'en tenir, comme un *bonus uir*, au *negotium*. Mais la *fides bona*, même introduite dans l'exception, ne fait pas explicitement dépendre l'efficace de l'exception du comportement du demandeur: elle continue à se reporter de manière impersonnelle au *negotium* et à la conséquence du dol du demandeur (*ut eo stari non oportet ex fide bona*).

¹⁶⁹⁷ Il est à noter que pour M.TALAMANCA, *Bona fides*, p.131-136, ce texte prouverait négativement l'impossibilité de sanctionner le *dolus in contrahendo* par voie d'action, notamment par l'*actio empti*.

¹⁶⁹⁸ Toutefois, le texte conserve une difficulté: pourquoi Canius ne pouvait-il faire réparer son préjudice par l'*actio empti*? On pourrait penser qu'il avait lui aussi stipulé de Pythius et transformé sa créance en créance de droit strict. Mais il y a une explication plus simple: sans doute, et nous partageons en partie l'avis de TALAMANCA sur ce point, en tant que voie d'action, la formule *empti* n'avait pas encore la portée qu'elle recevrait un peu plus tard et ne pouvait appréhender parfaitement tout dolus survenu avant la conclusion du contrat: les manoeuvres dolosives de Pythius n'étaient pas encore susceptibles, dans le cas d'espèce, de sanction par voie d'action dans l'*actio empti*; aux yeux des jurconsultes sans doute, il n'avait pas à proprement parler caché ou nié des vices de la chose vendue. Il peut paraître paradoxal que l'appréhension du dol par voie de défense soit plus extensive que celle par voie d'action, toutefois, cela n'est pas étonnant si l'on considère que la dynamique processuelle introduite par la clause *ex fide bona* profitait d'abord et davantage au défendeur. Ce n'est que dans un second temps, après la célèbre sentence rendue par Caton, que cette sanction du dol par voie d'action va devenir de plus en plus extensive.

¹⁶⁹⁹ *Ad Att. 6.1.15 (...) de Bibuli edicto nihil novi praeter illam exceptionem de qua tu ad me scripseras nimis gravi praeiudicio in ordinem nostrum.' ego tamen habeo isodunamouan sed tectiorem ex Q. Muci P. L edicto Asiatico, EXTRA QVAM SI ITA NEGOTIVM GESTVM EST VT EO STARI NON OPORTEAT EX FIDE BONA, multaue sum secutus Scaevolae (...)*

¹⁷⁰⁰ Voir sur ce point M.BRUTTI, *Dolo processuale*, cit., p.170 n.3. Voir sur la littérature à ce sujet D.MANTOVANI, *L'editto come codice*, cit., p.174 n.3.

Si l'on considère que Quintus Mucius ne pouvait formuler une pareille exception originale sans avoir à l'esprit l'*intentio* des actions de bonne foi comme modèle, cela nous renseigne indirectement sur l'appréhension du dol du demandeur par la clause *ex fide bona* dans les *iudicia bonae fidei*. Cette exception, à employer dans une action dite de droit strict, n'est que l'explicitation d'une fonction que les juristes assignent à la clause *ex fide bona* dans les *iudicia bonae fidei*: elle paralyse l'action si le défendeur prouve au juge une fraude ou un dol du demandeur. L'efficacité de cette exception présuppose qu'on est de bonne foi à ne pas se tenir au *negotium* si l'on a été berné par le demandeur durant sa formation ou son exécution.

Une telle formulation implicite qui se réfère impersonnellement à la bonne foi permet sans équivoque au défendeur d'invoquer devant le juge le dol du demandeur: tout comme le juge a l'office de compenser *nec aperte uerbis* selon Gaius, tout autant l'exception est selon Cicéron *tector sed isodunamouosa*, « plus couverte mais avec la même efficace juridique ». Si Quintus a construit une pareille exception originale en se référant abstraitement à la bonne foi pour sanctionner le dol du demandeur, c'est donc que le plus grand juriste d'époque républicaine reconnaissait au juge le pouvoir d'absoudre le défendeur sur le fondement de la clause *ex fide bona* si le demandeur avait commis un *dolus in contrahendo* ou un dol dans l'exécution du *negotium*. Et s'il a pu formuler en 94 av. JC une exception de dol ou de fraude d'une manière aussi originale sans que cela prêle à ambiguïté (*tector sed isodunamouosa*), c'est que la possibilité pour un défendeur d'invoquer le dol du demandeur pour la première fois durant la phase *apud iudicem* dans les actions de bonne foi, en vertu de la clause *ex fide bona*, devait être faire consensus dès la fin du II^{ème} siècle avant J.C.

3^o En *De Off.* III, 67, le plaidoyer d'Antonius¹⁷⁰¹ relaté par Cicéron semble d'une certaine manière reconnaître l'inhérence d'une exception de dol dans l'*actio empti*. Un certain Sergius Orata avait vendu un fonds construit, grevé de servitudes, à Marius Gratidianus. Quelques années plus tard, Marius Gratidianus lui a revendu (sans doute remancipé) ce fonds, sans toutefois énoncer au moment de la vente les servitudes qui

¹⁷⁰¹ [67] *Ergo (Cato) ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor. Quod si recte iudicavit, non recte frumentarius ille, non recte aedium pestilentium venditor tacuit. Sed huiusmodi reticentiae iure civili comprehendere non possunt; quae autem possunt diligenter tenentur. M. Marius Gratidianus, propinquus noster, C. Sergio Oratae vendiderat aedes eas, quas ab eodem ipse paucis ante annis emerat. Eae serviebant, sed hoc in mancipio Marius non dixerat; adducta res in iudicium est. Orata Crassus, Gratidianum defendebat Antonius. Ius Crassus urgebat, "quod vitii venditor non dixisset sciens, id oportere praestari", aequitatem Antonius, "quoniam id vitium ignotum Sergio non fuisset, qui*

le grevaient et dont Sergius avait parfaitement connaissance. Pourtant, celui-ci engagea astucieusement une action contre Marius et fut représenté par Crassus, qui fondaient son argumentation sur le fait que Marius n'avait pas énoncé des vices de la chose vendue alors qu'il les connaissait. Marius, lui, était défendu par Antonius, qui, nous dit Cicéron, invoquait l'*aequitas*: Marius Gratidianus n'avait pas eu à déclarer ces servitudes dans la mesure où Sergius Orata les connaissait, et ne pouvait donc se dire trompé. Cicéron ne nous révèle pas l'issue de l'affaire: « *non placere maioribus nostris astutos* » semblerait toutefois se référer à l'astuce, à la ruse de Sergius Orata, et l'on sait par Ulpian qui commente Sabinus que dans une pareille situation le vendeur n'est bien entendu pas tenu par l'action *ex empto*¹⁷⁰²: il paraît peu probable que cette solution juridique soit nouvelle.

Pourquoi fut-il probablement absous? Certainement pas grâce à une exception de dol. Cicéron, dans ce passage, comme dans le précédent, montre les cas d'appréhension du dol avant l'introduction des formules *de dolo* d'Aquilius Gallus¹⁷⁰³: le dol est donc sanctionné uniquement grâce à la clause *ex fide bona*. En outre, le procès semble se dérouler avant 91 av. JC: en effet, l'affaire est évoquée par Crassus lui-même dans le *De Oratore*, et l'époque où ce situe le dialogue est aux alentours de 90.

Il convient de restituer le texte dans la logique de Cicéron: l'un de ses arguments pour montrer que le dol consistant à se procurer un avantage au détriment d'autrui en mentant, est contre nature, c'est de montrer que le droit sanctionne largement et depuis longtemps ce dol, parce que que le *ius civile* est guidé par la raison naturelle (*a natura ductum*). Aussi veut-il montrer que la sanction juridique efficace du dol existait bien avant l'introduction des formules d'Aquilius Gallus. Il faut encore se rappeler que, dans cette controverse sur l'identité du bien et de l'utile, Cicéron emploie souvent un raisonnement dialogique, une *disputatio perpetua*, suivant ainsi

illas aedes vendidisset, nihil fuisse necesse dici nec eum esse deceptum, qui id, quod emerat, quo iure esset, teneret". Quorsus haec? Ut illud intellegas, non placuisse maioribus nostris astutos.

¹⁷⁰² Dig. 19.1.1.1 Ulpianus 28 ad sab. *Venditor si, cum sciret deberi, servitutum celavit, non evadet ex empto actionem, si modo eam rem emptor ignoravit: omnia enim quae contra bonam fidem fiunt veniunt in empti actionem. sed scire venditorem et celare sic accipimus, non solum si non admonuit, sed et si negavit servitutum istam deberi, cum esset ab eo quaesitum. sed et si proponas eum ita dixisse: " nulla quidem servitus debetur, verum ne emergat inopinata servitus, non teneor", puto eum ex empto teneri, quia servitus debebatur et scisset. sed si id egit, ne cognosceret emptor aliquam servitutum deberi, opinor eum ex empto teneri. et generaliter dixerim, si improbato more versatus sit in celanda servitute, debere eum teneri, non si securitati suae prospectum voluit. haec ita vera sunt, si emptor ignoravit servitutes, quia non videtur esse celatus qui scit neque certiorari debuit qui non ignoravit.*

¹⁷⁰³ cf. De Off. III,61.

un schéma objection/contre-objection. Il a donc, au §61, considéré deux formes de protection contre le dol antérieures aux *formulae de dolo*, celles qui s'opèrent *legibus*, et celles qui s'opèrent *sine legibus*, grâce aux formules où se trouve la clause *ex fide bona*. Au §62, Cicéron se fait une forme d'objection qu'on retrouvera plus tard: si le *dolus malus* repose sur la simulation, aux dires d'Aquilius, alors il y a une grande difficulté à concevoir un acte sans aucun dol, si l'on retient la définition très large, et il sera difficile trouver le *bonus uir* idéal; par ailleurs, l'exemple de la bonté de Scaevola, qui informe généreusement le vendeur de sa mauvaise estimation du prix du bien qu'il compte lui acheter, est discuté par rapport à la théorie d'Hécaton. Or Cicéron va justement montrer que dans le *ius praediorum*, le dol fut tout de même effectivement reprimé de façon multiforme, et ce au moyen de la clause *ex fide bona*. Dans un premier temps (§65-66), après avoir montré le contraste entre les règles archaïques de la loi des XII tables et l'ingéniosité des jurisconsultes, Cicéron va nous donner deux exemples de comportement dolosif sanctionné par l'*actio empti*. Dans un premier temps (§66), il nous raconte la sentence de Caton, à propos d'une *actio empti* intentée contre un vendeur qui avait omis de dire à l'acheteur que les augures lui avaient demandé de détruire sa maison qui gênait la vue du ciel du haut de l'*arx augurium*. Caton considéra sur le fondement de la clause *ex fide bona*, que le vendeur aurait dû prévenir l'acheteur de tous les vices de la chose dont il avait connaissance, et qu'il devait de ce fait réparer le préjudice causé par son silence. Alors, Cicéron se lance lui-même une nouvelle objection (§67): si le jugement de Caton est correct, alors le marchand de blé qui va vendre très cher son blé à Rhodes en proie à la disette sans prévenir les habitants que d'autres bateaux remplis de blé arrivent sous peu, lui non plus n'a pas agi honnêtement, et devrait être sanctionné, tout comme le vendeur d'édifices insalubres lui non plus. Pourtant, ce genre de silence dolosif n'est précisément pas encore appréhendé par le droit positif (*sed huiusmodi reticentiae iure ciuili comprehendendi non possunt*)! Cela conduirait à minimiser l'appréhension du dol, avant les *formulae de dolo* d'Aquilius Gallus. Toutefois, Cicéron va répondre à sa propre objection: *quae autem possunt, diligenter tenentur*. Certes tout ce qui constitue une réticence dolosive selon les philosophes ne peut être appréhendé par le droit positif, et la clause *ex fide bona* ne pourrait permettre de sanctionner le vendeur de blé rhodien, mais celles qui peuvent être appréhendées le sont avec une grande « diligence ». C'est là qu'il cite l'exemple du débat entre Crassus et Antonius. Grâce à la clause *ex fide bona*, Marius Gratidianus était protégé contre l'*astutia* de Sergius

Orata: celui-ci a intenté l'action dolosivement, et Marius Gratidianus n'était pas de mauvaise foi à ne pas énoncer les servitudes que l'acheteur connaissait déjà. C'est dire qu'il était prémuni contre la mauvaise foi du demandeur.

Le cas relaté par Cicéron devient un cas d'école, qui manifeste l'un des effets de la clause *ex fide bona* qu'on appellera plus tard « inhérence de l'exception de dol »: le dol, l'*astutia*, est d'ailleurs constitué ici par le fait même d'*agere*. Cette solution, relatée explicitement par Ulpien dans le livre 28 de son commentaire à Sabinus¹⁷⁰⁴, à propos d'un cas identique. Dans une optique plus tardive, on pouvait voir dans l'attitude de Sergius Orata un dol processuel: le dol est ici constitué par le fait même d'agir en justice, et par le fait de détourner le sens d'une règle du *ius civile* à son profit. C'est ce que semble considérer Cicéron lorsqu'il finit par dire « *non placere maioribus nostris astutos* ».

Il nous semble donc que la logique du texte de Cicéron est de montrer d'abord, par la sentence de Caton, l'appréhension extensive du dol par voie d'action grâce à la clause *ex fide bona* (*ad fidem bonam statuit...*); puis, pour répondre à l'objection que cette voie d'action rencontre certaines limites (*huiusmodi reticentiae iure civili non possunt*), il montre, dans une autre direction, l'efficacité de la clause *ex fide bona* comme voie de défense. Sergius Orata s'est donc vu débouté de sa demande par un effet propre de la clause *ex fide bona* qui appréhende aussi un comportement dolosif du demandeur.

Il serait toutefois étonnant que Crassus ait tenté alors l'*actio empti*, qui est la seule dont il puisse espérer quelque chose. Il ne fait que se référer à la règle de droit constituée par les jurisconsultes, selon la lettre de laquelle, dans l'*actio empti*, le vendeur devait « *praestare id quod sciens non dixerat* ». Cela ne veut pas nécessairement dire que Crassus ne connaissait pas, ou contestait l'effet absolu de la clause *ex fide bona*, exprimé plus tard comme une « inhérence de l'exception de dol ». Ce qu'il pensait pouvoir montrer peut-être, c'est que cette clause ne permettait pas d'envisager un dol du demandeur constitué par le fait même d'*agere*: en soi, Sergius Orata n'avait commis aucun *dolus in contrahendo*, il n'avait même pas, lors de la première vente, caché des servitudes à Marius Gratidianus, il n'y avait eu aucune *simulatio* ou *dissimulatio*¹⁷⁰⁵. Concevoir la réclamation même de Sergius

¹⁷⁰⁴ cf. *supra* Dig. 19.1.1.1 Ulpianus 28 ad sab.

¹⁷⁰⁵ On pourrait comparer, *mutatis mutandis*, la position de Crassus à celle de Nerva, relatée par Pomponius et contredite plus tard par Celse: si j'ai vendu la chose d'autrui à quelqu'un (sans lui cacher que c'était la chose d'autrui), et si

Orata comme une attitude dolosive n'était peut-être pas encore parfaitement évident, mais son action a fort probablement échoué. En bref, le débat pouvait porter non sur la question d'une inhérence de l'exception de dol, mais sur la question de savoir si l'attitude du demandeur était en soi dolosive.

En revanche la référence d'Antonius à l'*aequitas* ne doit pas nous tromper: il n'opposait sans doute pas la règle morale à la règle juridique. Il se réfère plutôt à la bilatéralité et à la réciprocité impliquée par l'*aequitas*, qui veut que l'appréciation de la bonne foi du défendeur soit faite, non dans l'abstrait mais en référence à l'attitude du demandeur et aux informations dont il dispose, en bref que l'appréciation de la *bona fides* tienne compte du comportement des deux parties.

2.2.2.1.2.3. *Le fondement de l'inhérence de l'exception de dol: l'appréciation de la bonne foi « ut inter bonos » (C)*

En soi, contrairement à une exception de dol, la clause *ex fide bona* ne manifeste pas directement que le dol du demandeur sera pris en compte. Dans la formule, « *quidquid eum ei dare facere oportet* », se rapporte aux obligations du défendeur; la clause *ex fide bona* introduit un paramètre pour évaluer le contenu concret des prestations que doit le défendeur; en principe, tous les passages où l'on trouve l'expression *bonam fidem praestare* se réfèrent à une obligation du défendeur. On pourrait donc rappeler ce que dit Gaius de la compensation: c'est *nec aperte uerbis* que le juge se sent le pouvoir de tenir compte du dol du demandeur. La bonne foi est un standard de jugement qui implique nécessairement la bilatéralité (1°) ce qui explique encore qu'elle assure une protection modulée contre le dol du demandeur (2°).

par la suite il a acheté le bien au propriétaire, Nerva considérait encore que je pourrais tout de même agir contre l'acheteur par l'*actio uenditi* en paiement du prix: en effet, je n'étais tenu que de lui assurer la libre jouissance de la chose en vertu du contrat de vente et le prémunir contre l'éviction, et je ne lui avais rien caché, donc je n'étais nullement de mauvaise foi; c'est en revanche Celse qui voit dans la réclamation même une attitude dolosive. A contrario, on peut voir que pour Nerva encore, le simple fait d'être de mauvaise foi à intenter l'action ne constitue pas nécessairement un dol qui paralyserait l'action. La position de Crassus, qui revient à dire que Sergius Orata n'a commis aucun dol, se réclamait sans doute de cette logique stricte qui contestait que le simple fait de réclamer un paiement ou une indemnisation sans cause ou devenue sans cause soit constitutif de mauvaise foi de la part du défendeur.

1° Un texte de Tryphoninus¹⁷⁰⁶, bien qu'il date de la toute fin de l'époque classique, montre encore parfaitement comme l'« inhérence de l'exception de dol » n'est qu'une conséquence de l'*aestimatio bonae fidei* qui fait partie de l'office du juge, et qui suppose d'apprécier la bonne foi entre les parties¹⁷⁰⁷.

Tryphoninus examine deux questions dans ce texte. Tout d'abord, évaluons-nous la *bona fides* indépendamment de l'ordonnancement civil? C'est la question de savoir si le dépositaire doit rendre à un déposant qui a fait l'objet d'une confiscation la somme déposée: la réponse est non. Evaluons-nous ensuite la *bona fides* indépendamment des tiers et uniquement entre les deux parties contractantes? C'est la question de savoir si un dépositaire doit restituer à un voleur la chose qu'il lui a confiée en dépôt après l'avoir soustraite frauduleusement à un tiers. Il pose pour répondre à cette seconde question une distinction, selon que le tiers est un tiers véritable ou un tiers simplement apparent. Lorsque le tiers est un véritable tiers et n'est pas sous la *potestas* du dépositaire, le devoir de restitution au voleur dépend de l'attitude de ce tiers: s'il vient signaler au dépositaire que le bien déposé lui a été volé, le dépositaire n'a pas à restituer le bien au voleur qui le lui a déposé mais au véritable propriétaire, et si en revanche le véritable propriétaire ne le lui a pas réclamé, il doit le restituer malgré tout au voleur. Mais lorsque le tiers est un *alieni iuris* qui tombe sous la *potestas* du dépositaire, alors ce n'est pas un véritable tiers, et le bien qu'il lui a volé est en fait *iure civili* dans le patrimoine du dépositaire: alors, en aucun cas ce dernier ne sera contraint à restituer au voleur déposant ce qui est en fait son propre bien.

¹⁷⁰⁶ Dig. 16.3.31pr. et 16.3.31.1: Tryphonus 9 disp.: ***Bona fides*** quae in contractibus exigitur ***aequitatem summam desiderat***: sed eam utrum ***aestimamus*** ad merum ius gentium an vero cum praeceptis civilibus et praetoriis? veluti reus capitalis iudicii deposuit apud te centum: is deportatus est, bona eius publicata sunt: utrumne ipsi haec reddenda an in publicum deferenda sint? si tantum naturale et gentium ius intuemur, ei qui dedit restituenda sunt: si civile ius et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt: nam male meritis publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet.

Incurrit hic et alia inspectio. ***bonam fidem inter eos tantum, quos contractum est, nullo extrinsecus adsumpto aestimare debemus*** an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id quod geritur pertinet? exempli loco latro spolia quae mihi abstulit posuit apud seium inscium de malitia deponentis: utrum latroni an mihi restituere seius debeat? ***si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides***, ut commissam rem recipiat is qui dedit: ***si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis quae negotio isto continguntur impletur, mihi reddenda sunt, quo facto scelestissimo adempta sunt. et probo hanc esse iustitiam, quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore repetitione. quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilo minus ei restituenda sunt qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit. quod et Marcellus in praedone et fure scribit. si tamen ignorans latro cuius filio vel servo rem abstulisset apud patrem dominumve eius deposuit ignorantem, nec ex iure gentium consistet depositum, cuius haec est potestas, ut alii, non domino sua ipsius res quasi aliena, servanda detur. et si rem meam fur, quam me ignorante subripuit, apud me etiam nunc delictum eius ignorantem deposuerit, recte dicitur non contrahi depositum, quia non est ex fide bona rem suam dominum praedoni restituere compelli. sed et si etiam nunc ab ignorante domino tradita sit quasi ex causa depositi, tamen indebiti dati conditio competet.***

¹⁷⁰⁷ Pour une analyse sur l'emploi de la notion de *ius gentium* et les références à la doctrine générale du droit selon Ulpian dans ce texte, voir l'analyse, circonspecte, de M. TALAMANCA, *Bona fides*, p.107.

On prête souvent à ce texte la portée d'une élucubration philosophique sur le droit, la morale, le *ius gentium* et l'*aequitas*. En fait, il n'en est rien. D'abord, le problème est très concret et a dû se poser, et Tryphoninus envisage ces situations comme des cas-limites, pour poser des lignes directrices, qui ont déjà été traitées par Marcellus, qui est un juriste fort éloigné des considérations philosophiques. En outre, la question de savoir si la mauvaise foi du demandeur s'apprécie uniquement dans son rapport avec son co-contractant ou encore dans son rapport avec les tiers est une question technique et complexe, traitée dans d'autres situations selon des termes similaires¹⁷⁰⁸. Si l'on considère attentivement les deux mouvements du texte (les deux *inspectiones*) on voit qu'il en vient à poser incidemment une règle de droit fiscal exorbitante du droit privé quant au droit des tiers : autant le dépositaire doit rendre la chose déposée au voleur si le véritable propriétaire ne la rend pas, autant il n'a jamais pas à la restituer si le tiers est le fisc.

Par ailleurs, il est très concis dans sa technique de commentaire: jamais il ne nous parle explicitement de *dolus*, mais seulement de *bona fides*. Il fait à ce titre un exercice proche des commentaires à l'édit: il ne fait que commenter la formule, en se servant uniquement des concepts introduits explicitement par elle. Il vise la formule *in ius ex fide bona* du dépôt, non sa formule *in factum*, et ne se réfère donc jamais directement au *dolus* du déposant qui serait demandeur à l'action, mais uniquement à la *bona fides*. Il traite, dans son ensemble, de ce que Julien appelle l'inhérence de l'exception de dol, formulée de façon tardo-classique: *recte dicetur non contrahi depositum, quia non est ex fide bona rem suam dominum praedoni restituere compelli*. Tryphoninus se réfère à la fonction absolutoire de la clause (qu'il cite sous la forme *fides bona* encore, telle qu'elle apparaît dans la formule, et non le plus courant *bona fides*) pour le dépositaire et à la protection *ipso iure* contre le dol du demandeur: *recte dicetur non contrahi depositum*: on dira à juste titre qu'il n'y a pas de dépôt contracté, donc le demandeur dolosif intente inutilement l'action.

Ce texte se réfère avant tout à un travail du *iudex*, à une *aestimatio*, lorsqu'il se voit autorisé à juger sur le fondement de la formule *in ius* de dépôt: *bonam fidem inter eos tantum, quos contractum est, nullo extrinsecus adsumpto aestimare debemus?* Il ne

¹⁷⁰⁸ Voir *supra* Dig. 28.5.47 Africanus 2 quaest. Et spécifiquement dans les rapports avec le fisc voir Dig. 24.3.24.7 Ulpianus 33 ad ed. *Si bona mulieris pro parte sint publicata, superest mulieri reliquae partis dotis exactio: plus puto: et si post litem contestatam publicata sit pro parte dos, sufficet arbitrium iudicis ad partis condemnationem faciendam. quod si tota dos publicata sit, expirabit iudicium*. L'intérêt de ce texte technique est de montrer comment, comme bien souvent, c'est l'*arbitrium iudicis* qui est convoqué pour remédier à la fixation des termes du litige par la *litis contestatio*.

peut s'agir que du *iudex*, qui a face à lui les deux parties contractantes (*inter eos...quos contractum est*). Le vocabulaire est significatif: Tryphoninus ne se réfère pas à la question de la condamnation, mais à la question de la « *restitutio* » (quatre fois dans le texte), vocabulaire caractéristique de la *satisfactio post litis contestationem*; il ne se réfère pas non plus en amont aux obligations substantielles, et n'emploie jamais ni un *praestare*, ni un *oportere*, alors qu'il a en vue la formule. Dès lors, la *fides bona* visée quatre fois dans ce texte semble faire référence au travail d'appréciation du *iudex* durant l'instance.

L'*aestimatio bonae fidei* qui incombe au juge est envisagée dans sa dimension de réciprocité dès le début du texte. L'*aequitas* qu'elle convoque ne renvoie pas à une équité abstraite qui s'opposerait à l'ordre juridique positif, bien au contraire, c'est cette même *aequitas* qui nécessite de prendre en compte dans la première partie du texte l'ensemble les *praecepta ciuilia*, en l'occurrence les droits du fisc. C'est sans doute la même *aequitas* que visait Antonius dans le *De Off.* 3,67, comme une interdépendance entre différents paramètres dont doit tenir compte le juge¹⁷⁰⁹: « *summam aequitatem* » renvoie à une interdépendance encore plus forte, qui conduit éventuellement à prendre en compte des rapports avec les tiers, que ce soit le fisc ou une personne privée: « *totius rei aequitas* ». Mais la question ainsi posée admet *a fortiori* que la *bona fides* ne peut s'apprécier qu'en tenant compte de l'attitude des deux parties au procès.

La formulation choisie par Tryphoninus pour montrer que la *bona fides*, en tout état de cause, ne s'évalue jamais abstraitement en considérant unilatéralement l'obligation du défendeur, est selon nous significative: « *inter eos tantum* »: l'emploi de ce tour montre sans doute qu'il a à l'esprit une institution fort proche du dépôt, la fiducie, ainsi que sa formule, classée dans les *iudicia bonae fidei* et contenant la clause spécifique « *ut inter bonos bene agier oportet* », qui devait donner lieu elle aussi à ce genre de casuistique¹⁷¹⁰. Dans la formule de la fiducie, le juge a au moins explicitement le pouvoir d'apprécier l'*agere* entre les deux parties. Quant à la clause *ex fide bona*, l'adjectif n'est que l'hypallage qui permet de comprendre l'expression

¹⁷⁰⁹ Ce texte n'est pas sans rappeler l'opinion de Quintus Mucius sur le *magnus iudex* (*De Off.* 3.70) : là où pour Mucius les *iudicia* à clause *ex fide bona* impliquaient une *summa uis* et réclamaient un *magnus iudex*, pour Tryphoninus la *bona fides* réclame une *summa aequitas* comme qualité d'appréciation du *iudex*.

¹⁷¹⁰ En effet, dans le cas d'une chose mobilière donnée en fiducie, soit parce qu'elle a été volée, soit en fraude des droits d'un tiers, on peut se demander valablement ce qu'est le *inter bonos bene agier*: le fiduciaire doit-il remettre la chose au fiduciaire? On pourrait d'ailleurs se demander si le texte ne visait pas initialement la fiducie. C'est, nous semble-t-il, peu

fides bona comme *fides* caractéristique des *boni*, ceux-là même qui sont mentionnés dans la formule de la fiducie. La *fides bona* n'est pas originellement l'exigence de bonne foi pesant sur le défendeur, ou sur le demandeur, c'est une exigence qui pèse sur la relation entre le demandeur et le défendeur (*ut inter bonos bene agier oportet*), en principe liés par une *societas uitaie*: aussi implique-t-elle pour le juge de considérer autant les attitudes du demandeur qui serait contraires à la bonne foi que celles du défendeur, qui par contrecoup n'est pas de mauvaise foi à ne pas exécuter une prestation pour un demandeur dolosif.

C'est donc l'interprétation de la notion même de *fides bona*, inscrite de série dans la formule, qui habilite logiquement le juge à prendre en compte l'attitude dolosive du demandeur. Elle ne conduit pourtant pas nécessairement à une absolution.

2° La protection contre le dol du demandeur dans les actions de bonne foi s'écarte sur un point de l'exception de dol: elle n'a pas automatiquement un effet péremptoire. Ainsi, nous avons vu que Julien¹⁷¹¹ mettait en parallèle la protection contre le dol du demandeur par la voie de l'*exceptio doli* dans l'*actio ex stipulatu* et la protection *ipso iure* contre ce dol dans l'*actio uenditi*. Si le vendeur intente d'abord l'*actio uenditi* pour réclamer la réparation de l'intégralité de son préjudice causé par l'inexécution du pacte, le défendeur pourra faire échec à sa demande de pénalité dans l'*actio ex stipulatu* par la voie d'une *exceptio doli*. Mais s'il réclame d'abord les pénalités par l'*actio ex stipulatu*, le juge de l'action de bonne foi *ex uendito*, devant qui le défendeur peut invoquer pour la première fois le dol du demandeur qui prétend à une double réparation, n'absoudra pas nécessairement le défendeur: *ipso iure ex uendito agere non poteris nisi in id quod pluris eius interfuerit id fieri*. Il pourra simplement déduire du montant de la réparation les sommes déjà versées à titre de pénalité. C'est dire que cette protection contre le dol du demandeur est modulée par le *iudex* et n'a pas nécessairement une fonction péremptoire comme la classique exception de dol.

probable, dans la mesure où Tryphoninus hésiterait à employer le concept de *ius gentium* pour une institution reposant sur un acte du droit quiritaire archaïque.

¹⁷¹¹ Dig. 19.1.28 Iulianus 3 ad urs. Ferozem. *Praedia mihi vendidisti et convenit, ut aliquid facerem: quod si non fecissem, poenam promisi. respondit: venditor antequam poenam ex stipulatu petat, ex uendito agere potest: si consecutus fuerit, quantum poenae nomine stipulatus esset, agentem ex stipulatu doli mali exceptio summovebit: si ex stipulatu poenam consecutus fueris, ipso iure ex uendito agere non poteris nisi in id quod pluris eius interfuerit id fieri.*

Il est significatif qu' à aucun moment Gaius n'examine dans ses *Institutes* une règle comme celle de l'inhérence de l'*exceptio doli*; lorsqu'il présente les exceptions¹⁷¹², il ne souligne à aucun moment la particularité des *iudicia bonae fidei* qui se passeraient de l'exception de dol. Gaius, pourtant, connaît des solutions rattachables à l'inhérence de l'*exceptio doli* dans les actions de bonne foi, par exemple sous la forme « *bona fides non patitur ut bis idem exigatur* »¹⁷¹³. En réalité, il n'envisage pas cette conséquence comme une conséquence de principe. Et pour cause: l'inhérence de l'*exceptio doli* n'est qu'un cas-limite de la protection contre le dol du demandeur, lorsqu'elle prend l'aspect d'une défense péremptoire.

Donc, sans doute pour lui cette protection procède elle aussi de la *libera potestas aestimandi ex aequo et bono quantum restitui debeat* dont parle le texte des *Institutes* de Justinien: dans la mesure où la détermination par le juge de la bonne *restitutio* qui aura un caractère absolutoire est fondée et régie par l'examen de la *bona fides*, cette *bona fides* est *aestimata*, non dans l'abstrait, mais en rapport avec le comportement passé et présent du demandeur: elle est nécessairement appréciée *ut inter bonos*, la référence à l'*aequum bonum* est là encore, pensons-nous, technique, et se réfère à la réciprocité et à l'interdépendance des paramètres: *Ex aequo et bono* a donc sans doute le même sens que celui que lui donnait Gaius au livre III, pour montrer le caractère synallagmatique des contrats consensuels sanctionnés par une action de bonne foi, par opposition aux contrats unilatéraux que sont la stipulation, le *mutuum* et l'*expensilatio*. Apprécier *bona fides*, c'est nécessairement apprécier la bonne foi du demandeur comme la bonne foi du défendeur, et éventuellement les mettre en balance, comme dans le cas examiné par Julien . En soi, ce cas montre que le défendeur peut être absout s'il offre de payer non la réparation intégrale du préjudice, mais cette réparation diminuée du montant des pénalités qu'il a déjà payées au titre de la *stipulatio poenae*: le demandeur est de mauvaise foi à réclamer l'intégralité du préjudice alors qu'il a déjà perçu des pénalités, mais le défendeur serait tout autant de mauvaise foi à ne pas lui rembourser le surplus si son préjudice dépassait le montant de pénalités. C'est seulement si le montant des pénalités qu'il a touchées dépasse la valeur de son préjudice qu'il est irrémédiablement de mauvaise foi à réclamer quoi que ce soit par l'*actio uenditi*. Ainsi le juge peut mettre en balance l'attitude du

¹⁷¹² IV,115-129. C'est sans doute pour des commodités pédagogiques qu'il ne présente pas la dispense d'exception de dol dans les actions de bonne foi: tout d'abord, *quod abundat non uitiat*. Par ailleurs, nous avons vu qu'il existait peut-être des cas où il était nécessaire d'adjoindre une *replicatio doli* contre l'*exceptio rei iudicatae uel in iudicium deductae*.

demandeur et celle du défendeur: l'*aequitas* ne signifie donc rien d'autre que la qualité du juge qui apprécie la *bona fides* « *ut inter bonos* », et non de manière séparée la bonne foi du demandeur ou la bonne foi du défendeur.

La formulation de Julien, (inhérence de l'exception de dol) semble faire porter cette protection contre le dol du demandeur sur le principe même de la condamnation, tandis que pour Gaius, elle n'a que dans des cas limites des effets péremptoires, et influe avant tout sur le montant de la restitution.

La détermination de l'agir dolosif du demandeur doit tenir compte encore d'un autre élément: les pactes survenus entre le demandeur et le défendeur.

2.2.2.1.3. *L'inhérence de l'exception de pacte et l'exigence d'apaisement du contentieux entre boni uiri*

« *Exceptiones pacti bonae fidei iudiciis insunt* »¹⁷¹⁴: cette règle énoncée sans doute par Julien, rappelée par Ulpien, est proche de celle de l'inhérence de l'exception de dol; elle est comme elle parfaitement attestée à époque classique¹⁷¹⁵. Comme elle, elle assure une sanction *ipso iure* du pacte extinctif ou minutoire et dispense de l'insertion d'une véritable *exceptio pacti*. L'inhérence de l'exception de pacte constitue à ce titre une protection contre un cas particulier de dol processuel: c'est le fait même d'agir en justice qui est constitutif de mauvaise foi puisqu'on a fait un pacte qui montrait qu'on renonçait à l'action. D'ailleurs, l'exception de dol permettrait à elle seule à un défendeur d'invoquer pour sa défense un pacte. Qu'est-ce qui justifie pourtant cette dispense d'insérer l'exception de pacte promise par l'édit *de pactis*? Deux points nous semblent à envisager pour comprendre le fondement de cette exception de pacte.

La dispense d'insérer l'exception de pacte représente un avantage étrange pour le défendeur, car seul les pactes conclus *ex intervallo* ne peuvent en principe être que minutoires ou extinctifs(A). Ce n'est pourtant qu'une simple solution de procédure: elle avait initialement une portée différente de l'extinction *ipso iure* des actions

¹⁷¹³ Dig. 50.17.57 Gaius 18 ad ed. provinc.

¹⁷¹⁴

¹⁷¹⁵ Cf. R.KNÜTEL, ZSS 84, 1967, p.161 qui a démontré son authenticité, suivi en cela par M.KASER RZ, 194.

délictuelles par la voie d'un pacte (B): ne se réclamant ni de la loi, ni du prêteur, elle se fonde sur l'*interpretatio bonae fidei*, l'interprétation de la bonne foi, qui réclame, *ut inter bonos bene agier oportet*, un apaisement des contentieux entre *boni uiri* (C).

2.2.2.1.3.1. *Un avantage certain pour le défendeur: l'invocation des pactes ex intervallo limitée aux voies de défense (A)*

La règle de l'inhérence de l'exception de pacte est une faveur pour le défendeur qui équivaut exactement à l'insertion d'une exception de pacte dans les actions de droit strict. En effet, si les pactes adjoints faits *in continenti* peuvent bénéficier au demandeur, les pactes conclus *ex intervallo* ne bénéficieront en tout état de cause qu'au défendeur¹⁷¹⁶.

Cette solution asymétrique et fort étrange est fort bien documentée: nous en avons un témoignage explicite par Ulpien lorsqu'il commente l'édit *de pactis*(1°); mais nous en avons encore un, plus implicite et plus ancien, grâce à Neratius qui se réfère à Ariston(2°). La faveur apparaît d'autant plus grande si l'on considère la conception extrêmement élastique que se font les juristes de la notion même de pacte, notamment à propos de l'*acceptilatio inutilis*(3°).

1°Le commentaire fait par Ulpien à la rubrique *de pactis* et son développement sur la sanction des pactes adjoints par une action de bonne foi montrent incidemment que l'inhérence des pactes profite surtout au défendeur¹⁷¹⁷: seuls le défendeur peut invoquer les pactes conclu *ex intervallo*.

¹⁷¹⁶ B.BIONDI, *Judicia bonae fidei*, p.34 et préc. considère que cette asymétrie est post-classique, et que même les pactes conclu *ex intervallo* bénéficient au demandeur. A notre avis, c'est peu probable. Tout d'abord, la doctrine d'Ariston étudiée en 2° est trop subtile pour représenter un remaniement post-classique. Par ailleurs, cette règle a aussi son bon sens, ne serait-ce que par égard pour les *fideiussores* qui s'engagent aux côtés d'un co-contractant: l'impossibilité d'accroître les obligations du débiteur principal s'explique aussi du fait qu'un pacte conclu entre ce dernier et le créancier ne saurait alourdir l'obligation que les cautions garantissent. De plus, on ne voit pas pourquoi une pareille limitation serait intervenue à époque post-classique. Il est vrai que cette asymétrie est troublante, mais c'est précisément ce que nous nous proposons d'expliquer.

¹⁷¹⁷ Dig. 2.14.7.5 Ulpianus 4 ad ed. *Quin immo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur. ut puta post divortium convenit, ne tempore statuto dilationis dos reddatur, sed statim: hoc non valebit, ne ex pacto actio nascatur: idem Marcellus scribit. et si in tutelae actione convenit, ut maiores quam statutae sunt usurae praestentur, locum non habebit, ne ex pacto nascatur actio: ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est quae in ingressu contractus facta sunt. idem responsum scio a papiniano, et si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex empto non posse propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur. quod et in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum. sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere*

-*Pacta conuenta ex continenti... ETIAM ex parte actoris sint.* Par le « *etiam* », il montre que le point de vue originel est que les pactes bénéficient avant tout au défendeur. La fonction du pacte *ex continenti* qui donne sa loi au contrat même au profit du demandeur n'est envisagée qu'allusivement. L'illustration qu'il donne est singulière: il n'illustre son propos que pour montrer que les pactes *ex interuallo* ne peuvent être favorables demandeur, à propos de l'action de tutelle, de l'*actio rei uxoriae* et de l'*actio empti*: en aucun cas il n'est possible de contrevenir à la solution générale « *ex nudo pacto nulla oritur actio* ». D'ailleurs, la suite du texte¹⁷¹⁸ se penche simplement sur le problème des pactes *ex interuallo*.

-Le régime des pactes *ex continenti* favorables à l'acteur n'est pas général à tous les *iudicia*. Ulpien le souligne par l'adverbe *interdum*: en effet, pour qu'il y ait pacte *ex continenti*, il faut qu'il y ait un *contractus*; ce qui est impossible au moins pour deux actions, dont l'une, significativement, est citée dans le texte: l'*actio tutelae*, mais encore pour tous les cas de gestion spontanée. A contrario l'inhérence de l'exception de pacte conclu *ex interuallo* est une solution générale à tous les *iudicia bonae fidei*. Autant il peut être impossible de conclure des pactes *in continenti*, autant il est toujours possible de conclure des pactes *ex interuallo*, et ils ne sauraient pourtant devenir l'objet d'une action en alourdissant l'obligation du demandeur. L'exemple de la tutelle est particulièrement caractéristique: le pupille bénéficie à époque classique de nombreux avantages faits ou consolidés par les constitutions impériales *in favorem pupillorum*, et pourtant il est exclu qu'ils aient le moins du monde le droit d'invoquer dans l'*actio tutelae* directe des pactes qui alourdiraient l'obligation du tuteur.

-La justification finale de cette solution est intéressante: les pactes *ex interuallo* sont inhérents au *iudicia bonae fidei* parce que même les pactes *ex interuallo* génèrent habituellement, nous dit-il, des exceptions. Toutefois, on ne comprend pas explicitement pourquoi le défendeur dans une action de bonne foi est spécifiquement dispensé d'insérer cette exception. Il faut comprendre alors, implicitement, que les *iudicia bonae fidei* dispensent d'une pareille insertion justement parce que ces pactes représentent des moyens de défense. Par ce raisonnement implicite, Ulpien montre

exceptiones. Nous ne nous attarderons pas sur les soupçons d'interpolations post-classiques ou de tribonianismes qui pèsent sur ce texte.

¹⁷¹⁸ Dig. 2.14.7.6 Ulpianus 4 ad ed. *Adeo autem bonae fidei iudiciis exceptiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt, ut constet in emptione ceterisque bonae fidei iudiciis re nondum secuta posse abiri ab emptione.*

que la clause *ex fide bona* est avant tout interprétée comme une faveur processuelle pour le défendeur qui s'en tient de bonne foi au pacte.

-Par ailleurs, la dérogation qu'il admet pour la vente dans la suite de son commentaire n'est qu'apparente¹⁷¹⁹ et confirme d'autant mieux la règle générale. Il dit que d'une certaine manière un pacte conclu *ex interuallo* peut bénéficier au demandeur si aucune prestation n'a encore été exécutée, et donc être sanctionné par voie d'action, mais le subterfuge pour admettre cette dérogation est intéressant: en ce cas, on peut dire qu'il y a novation (*renouatus*) : le pacte a éteint les actions naissant de la première vente, et l'on peut considérer que le pacte tient lieu de nouveau contrat. C'est donc qu'il attache implicitement une valeur extinctive à ce second pacte qui prétend explicitement augmenter les obligations du défendeur: les parties n'ont pas augmenté le contenu des obligations nées du contrat, mais ils ont implicitement éteint par pacte ce contrat pour en créer un nouveau. C'est d'ailleurs la valeur *ipso iure* extinctive du pacte qui est le point de départ de son raisonnement (*adeo autem bonae fidei iudicii exceptiones postea factae insunt*).

Les pactes *ex interuallo* ne peuvent donc engendrer en principe que des moyens de défense dans les actions de bonne foi, conformément à la portée donnée à l'exception de pacte explicite donnée par le préteur dans la rubrique de l'édit *de pactis*. Ulpien est loin d'être le premier à l'attester.

2° C'est ce que confirme indirectement un texte plus ancien de Neratius, relatant la doctrine d'Ariston¹⁷²⁰. Il s'intéresse au problème particulier des pactes résolutoires qui sont conclus *ex interuallo*, et prend l'exemple d'une résolution a posteriori de la vente.

Le problème est le suivant: dans le cas des contrats consensuels, si aucune prestation n'a encore été exécutée, un pacte de résolution ne pose aucune difficulté. Le pacte est

¹⁷¹⁹ Dig. 2.14.7.6 Ulpianus 4 ad ed. *Adeo autem bonae fidei iudiciis exceptiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt, ut constat in emptione ceterisque bonae fidei iudiciis re nondum secuta posse abiri ab emptione. si igitur in totum potest, cur non et pars eius pactione mutari potest? et haec ita pomponius libro sexto ad edictum scribit. quod cum est, etiam ex parte agentis pactio locum habet, ut et ad actionem proficiat nondum re secuta, eadem ratione. nam si potest tota res tolli, cur non et reformari? ut quodammodo quasi renovatus contractus videatur.*

¹⁷²⁰ Dig. 2.14.58 Nerat. 3 membr. *Ab emptione venditione, locatione conductione ceterisque similibus obligationibus quin integris omnibus consensu eorum, qui inter se obligati sint, recedi possit, dubium non est. aristoni hoc amplius videbatur, si ea, quae me ex empto praestare tibi oporteret, praestitisset et cum tu mihi pretium deberes, convenisset mihi tecum, ut rursus praestitisset mihi a te in re vendita omnibus, quae ego tibi praestitisset, pretium mihi non dares tuque mihi ea praestitisset: pretium te debere desinere, quia bonae fidei, ad quam omnia haec rediguntur, interpretatio hanc quoque conventionem admittit. nec quicquam interest, utrum integris omnibus, in quae obligati essemus, conveniret, ut ab eo negotio discederetur, an in integrum restituitis his, quae ego tibi praestitisset, consentiremus, ne quid tu mihi eo nomine praestares. illud plane conventionem, quae pertinet ad resolvendum id quod actum est, perfici non potest, ut tu quod iam ego tibi praestitisti contra praestare mihi cogaris: quia eo modo non tam hoc agitur, ut a pristino negotio discedamus, quam ut novae quaedam obligationes inter nos constituentur.* Sur ce texte, voir notamment M.TALAMANCA, *Bona fides*, p.100.

extinctif d'action de part et d'autre, ce qui équivaut à une résolution du contrat. Mais Ariston allait plus loin et considérait que la clause *ex fide bona* admettait aussi une forme de pacte conclu *ex interuallo* sous condition de restitution. Supposons que le vendeur ait déjà exécuté sa prestation, sans que l'acheteur ait encore payé le prix, qu'il conviennet alors que l'acheteur n'aura pas à le payer s'il restitue toutes les prestations déjà exécutées par le vendeur, et qu'effectivement, l'acheteur les restitue. Alors, l'acheteur cesse de devoir le prix, et ce parce que la *bonae fidei interpretatio* admet aussi ce type de convention: qu'est-ce à dire? L'interprétation de la clause *ex fide bona* admet l'invocabilité de plein droit pour la première fois dans la phase *apud iudicem* des pactes conclus *ex interuallo* pour le défendeur, ce qui revient à dire que le contrat est résolu. Et peu importe que le pacte ait été fait alors que personne n'avait commencé à exécuter sa prestation, ou qu'il ait été fait sous la condition que tout les prestations seraient restituées au vendeur. A la condition qu'il ait effectivement restitué, l'acheteur peut se prévaloir de ce pacte si le vendeur intentait contre lui l'*actio uenditi*.

En revanche, Neratius précise, sans doute en cela fidèle à la pensée d'Ariston, qu'un tel pacte ne saurait ouvrir une voie d'action: le vendeur ne pourra contraindre l'acheteur par l'*actio uenditi* à tout restituer s'il ne l'a pas fait, et ce parce qu'un pacte *ex interuallo* génère un moyen de défense, non une obligation: sanctionner un pareil pacte par l'*actio uenditi*, ce serait reconnaître la constitution de nouvelles obligations.

Ce texte est d'autant plus important qu'il manifeste que toute la discipline des pactes *ex interuallo* se ramène à l'interprétation de la clause *ex fide bona* : *bonae fidei, ad quam omnia haec rediguntur, interpretatio* (où *bonae fidei interpretatio* étant une allusion à la mention de la bonne foi dans la formule).

Or dans le cas où le vendeur voudrait agir en restitution pour sanctionner ce pacte, l'*interpretatio bonae fidei* ne l'admet pas. La résolution conventionnelle de la vente faite *a posteriori* ne saurait être sanctionnée par les actions qui naissent du contrat de vente, et ce alors même qu'elles servent déjà à sanctionner les clauses résolutoires adjoint *in continenti* au contrat. Ce paradoxe ne s'explique que si l'on rappelle cette donnée: l'*interpretatio bonae fidei* sert plus largement à générer des moyens de défense que d'attaque. Et même si Ariston admettait assez souplement le pacte de résolution survenu *ex interuallo*, il ne l'admettait qu'en tant qu'il permettait d'éteindre une action, non d'augmenter le contenu des prétentions d'un demandeur.

3° L'inhérence des pactes *ex interuallo* est très favorable au défendeur en ce qu'elle admet une conception très extensive du pacte, exactement comme l'exception de pacte explicite.

Bien entendu, elle admet une grande souplesse quant à l'objet et au contenu du pacte: il peut éteindre l'action, il peut empêcher d'agir durant un certain temps, il peut être, selon Ariston, fait sous condition, il peut encore limiter le montant de la réclamation, ou il peut limiter le degré de responsabilité. Mais elle admet une très grande souplesse quant à la forme que prend ce pacte, comme nous le montrerons à travers un exemple qui constitue un cas-limite.

Julien nous le montre par son interprétation d'une *acceptilatio* qui était irrégulière parce qu'elle prétendait éteindre des obligations contractées *nudo consensu*¹⁷²¹. En principe, l'*acceptilatio* est uniquement un mode d'extinction des *obligationes uerbis contractae*¹⁷²². Mais, malgré l'absence de *deductio in stipulationem*, une *acceptilatio* vaut pacte *ex utraque parte* pour les contrats consensuels sanctionnées par une action de bonne foi au profit de chaque co-contractant.

-Elle vaut pacte de *non petendo*. La résolution est identique à celle observée pour l'*exceptio pacti conuenti*. Toutefois, la formulation de Julien semble assez catégorique, en ce sens qu'une *acceptilatio* montre de plein droit la volonté des parties contractantes de sortir du contrat.

-Mais surtout, alors que l'*acceptilatio* éteint en principe l'obligation de celui de qui on stipule, et non celle du stipulant, Julien considère qu'une pareille *acceptilatio*, qui vaut « *potestate conuentionis* », équivaut à un pacte de *non petendo* favorable non seulement au stipulant, mais encore au promettant, c'est à dire aux deux co-contractants. Cette solution est encore rappelée par Paul commentant Labéon¹⁷²³, lequel considère qu'une *acceptilatio* ne libère jamais le stipulant s'il est lui-même débiteur en vertu d'une autre stipulation, et pour cause, il a sans doute en vue une *acceptilatio* « régulière ». Mais Paul ajoute que dans le cas d'une *emptio uenditio* ou d'une *locatio conductio*, le pacte que représente cette *acceptilatio* irrégulière libère les deux parties, même si formellement il n'intervient qu'au profit du stipulant.

¹⁷²¹ Dig. 18.5.5pr. Iulianus 15 Dig. *Cum emptor venditori vel emptori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur et perinde habeatur, ac si conuenisset inter eos, ut neuter ab altero quicquam peteret, sed ut evidentius appareat, acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conuentionis ualet.*

¹⁷²² Gaius *Inst.*, IV.169-170.

¹⁷²³ Dig. 46.4.23 Labeo 5 pith. a paulo epit. *Si ego tibi acceptum feci, nihilo magis ego a te liberatus sum. paulus: immo cum locatio conductio, emptio uenditio conuentione facta est et nondum res intercessit, utrimque per acceptilationem, tametsi ab alterutra parte dumtaxat intercessit, liberantur obligatione.*

C'est dire que la règle, entendue sous l'angle des moyens de défense, a une portée très vaste: elle assure une protection du défendeur, qui n'a nul besoin de réclamer l'*exceptio pacti conuenti*. Cette extinction ou diminution *ipso iure* des obligations d'un défendeur est toutefois, là encore, ambiguë.

2.2.2.1.3.2. Une faveur de pure procédure: un pacte extinctif étranger aux modes civils d'extinction des obligations (B)

Comme pour l'exception de dol, « *ipso iure* » signifie pour les jurisconsultes classiques que les pactes se passeront dans le cas des actions de bonne foi de l'aide du préteur, exprimée solennellement dans l'édit par un « *pacta conuenta seruabo* »: la sanction de ces pactes ne relève en aucun cas de l'initiative prétorienne, mais uniquement de l'*officium iudicis*. Les jurisconsultes classiques considèrent deux voies, et deux voies uniquement, pour faire valoir les pactes extinctifs ou minutoires: *ipso iure* ou *exceptionis ope*, et c'est ainsi que les présente par exemple Pomponius incidemment dans une digression à son propos sur l'*actio rerum amotarum*¹⁷²⁴. Ces deux voies semblent constituer une alternative et c'est à la première, selon le principe du tiers-exclu, que se rattachent les pactes à faire valoir dans un *iudicium bonae fidei*.

Toutefois, « *ipso iure* » est une expression assez ambiguë aussi bien quant au fondement qu'à la portée de l'effet extinctif du pacte. La libération *ipso iure* par un pacte rapproche certes les actions de bonne foi du régime des actions délictuelles (1°), mais, comme le montre la comparaison entre différentes opinions de Paul, de Gaius et de Julien (2°), c'était initialement une solution de pure procédure qui n'est pas rattachable à un régime matériel de l'obligation (3°).

1°L'extinction *ipso iure* d'une action par le pacte n'est pas une règle inconnue du reste des actions: elle existe notamment dans deux d'entre elles, l'*actio furti* et l'*actio iniuriarum* comme nous le rappelle Paul¹⁷²⁵, qui les exclut purement et simplement

¹⁷²⁴ Dig. 50.17.27 Pomponius 16 ad sab. *Nec ex praetorio nec ex sollemni iure privatorum conventionem quicquam immutandum est, quamvis obligationum causae pactione possint immutari et ipso iure et per pacti conventi exceptionem: quia actionum modus vel lege vel per praetorem introductus privatorum pactionibus non infirmatur, nisi tunc, cum inchoatur actio, inter eos convenit.*

¹⁷²⁵ Dig. 2.14.17.1 Paulus 3 ad ed. *Quaedam actiones per pactum ipso iure tolluntur: ut iniuriarum, item furti.*

du champ d'application de l'édit *de pactis*, tout comme le faisait Ulpien pour les actions de bonne foi¹⁷²⁶.

Paul semble même opérer une assimilation entre les pactes extinctifs de l'*actio iniuriarum* et les pactes à faire valoir dans une action de bonne foi à un autre endroit de son commentaire à l'édit *de pactis*¹⁷²⁷. En effet, à l'inverse du pacte *de non petendo* paralysant une *actio ex stipulatu*, un pacte de nature à éteindre totalement l'action (« *tollere totam actionem* »), dans l'*actio iniuriarum* ou dans une action de bonne foi comme l'*actio empti*, éteint définitivement l'action sans qu'un second pacte puisse la ressusciter. La justification en est, pour l'*actio iniuriarum*, que cette action ne naît pas du pacte, mais d'un délit. Pour une *actio empti*, un nouveau pacte ne ressuscite pas l'action née du premier contrat, mais on considère qu'il s'agit d'un nouveau contrat de vente, comme le rappellera Ulpien dans son commentaire. Aussi Paul considère sans doute cette opération comme une sorte de novation, qui a éteint de plein droit les éventuelles garanties (personnelles ou réelles) accompagnant le contrat de vente initial.

La question, qui était posée uniquement pour connaître le sort de l'obligation des *fideiussores*, est certes fort théorique dans le cas de l'*actio iniuriarum*. Mais justement, pourquoi envisager le cas de l'*actio iniuriarum*? Pour opposer ce régime d'extinction à celui que connaissent les créances de droit strict, et pour justifier le fait qu'une créance protégée par une action de bonne foi suit en principe un régime semblable à celui des actions délictuelles: c'est donc qu'il prend comme un présupposé la similitude entre les régimes imposés aux pactes extinctifs dans l'*actio iniuriarum* et dans les actions de bonne foi. Il semble très clairement rattacher les pactes extinctifs des actions de bonne foi au cas des pactes extinctifs dans les actions délictuelles. Toutefois, une telle perception de l'effet extinctif du pacte cache la portée uniquement procédurale de l'inhérence de l'exception de pacte dans les actions de bonne foi.

¹⁷²⁶ Voir *supra* Dig. 2.14.7.5

¹⁷²⁷ Dig. 2.14.27.2 Paulus 3 ad ed. *Pactus, ne peteret, postea convenit ut peteret: prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso iure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur: et ideo replicatione exceptio elidetur. eadem ratione contingit, ne fideiussoribus prius pactum prosit. sed si pactum conventum tale fuit, quod actionem quoque tolleret, velut iniuriarum, non poterit, postea paciscendo ut agere possit, agere: quia et prima actio sublata est et posterius pactum ad actionem parandam inefficax est: non enim ex pacto iniuriarum actio nascitur, sed ex contumelia. idem dicemus et in bonae fidei contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit, veluti empti: non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum (...)*

2° Paul, avons-nous vu, donne au pacte sous-entendu dans une *acceptilatio* conclue pour résoudre un contrat consensuel de vente une portée extrêmement forte : *utrimque liberantur obligatione*¹⁷²⁸. Il semble donc considérer, dans le cadre des actions de bonne foi, le pacte *ex interuallo* comme un mode d'extinction *iure ciuili* des obligations. Or Julien était plus circonspect et considérait qu'une *acceptilatio* en elle-même *inutilis* pour éteindre le contrat consensuel de vente et les actions de bonne foi qui en naissaient, avait la même force qu'une convention et valait pacte *de non petendo*: en disant qu'elle valait *potestate conuentionis*¹⁷²⁹, il ne se prononçait pas sur son caractère libératoire au sens strict du droit civil.

Or le pacte ou la convention n'est pas en principe un mode d'extinction de l'obligation. A la même époque que Julien, Gaius le rappelle de manière générale dans son développement sur les exceptions¹⁷³⁰, et il n'énonce aucune dérogation à propos des *iudicia bonae fidei*. De même, lorsqu'il présente au livre III les modes d'extinction des obligations, à aucun moment il ne fait référence aux pactes: la seule règle qu'il propose à ce sujet est de déduire dans une stipulation l'obligation née d'un contrat *non uerbis*, pour pouvoir ensuite l'éteindre par *acceptilatio*¹⁷³¹, sans nous prévenir comme Julien que le pacte a éteint l'action *potestate conuentionis*. A notre avis, le sens de la règle telle qu'elle est formulée par Julien et rappelée par Ulpien (*exceptiones pacti bonae fidei iudiciis insunt*) est que l'invocabilité du pacte indépendamment de l'insertion d'une exception pour paralyser l'action est une propriété de la formule *ex fide bona*, non une propriété du régime des obligations nées d'un contrat consensuel.

3° A preuve, Paul se montre très circonspect lorsqu'il commente le favori d'Hadrien et lui attribue cette formulation¹⁷³². Il traite de la résolution d'une vente où la

¹⁷²⁸ Dig 46.4.23. Voir *supra*.

¹⁷²⁹ Dig.18.5.5. Voir *supra*.

¹⁷³⁰ *Inst.*, IV, 116.

¹⁷³¹ *Inst.*.III.170. Dire qu'il omet de parler de l'extinction par simple pacte informel au motif que ce serait une règle trop particulière aux contrats consensuels ou aux contrats réels de bonne foi n'est pas une objection valable: il est capable de présenter un mode d'extinction aussi particulier que la *solutio per aes et libram*, qui ne concerne que les obligations portant sur des choses certaines en vertu d'une *damnatio*. Sans doute parle-t-il ailleurs des modes de résolution informels de certains contrats comme dans le cas du contrat de société. Mais la résolution volontaire de la société n'emporte pas, loin de là, l'extinction de l'action et de l'obligation qu'elle sanctionne: bien au contraire, c'est alors que devient possible l'*actio pro socio*. En définitive, les pactes sont totalement exclus de son développement sur l'extinction des obligations.

¹⁷³² Dig. 18.5.3 Paulus 33 ad ed. *Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta: ideoque quaesitum est, si emptor fideiussorem acceperit, vel venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio. iulianus scripsit ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt: an autem fideiussori utilis sit exceptio, videndum: et puto liberato reo et fideiussorem liberari. item venditorem ex stipulatu agentem exceptione summoveri oportet, idemque iuris esse, si emptor quoque rem in stipulationem deduxerit.* L'emploi de l'indicatif *insunt* au lieu du subjonctif *insint* ne veut pas nécessairement dire que la proposition « *quia...* » ne fait

prestation du vendeur était de surcroît garantie par une sûreté personnelle (*fideiussor*), et où l'obligation de l'acheteur (sans doute le paiement du prix) avait été déduite dans une stipulation.

La début du texte et la fin du texte donnent deux solutions non controversées. Il est permis tout d'abord au vendeur d'invoquer le pacte de résolution pour la première fois *apud iudicem* lorsque le demandeur agit par l'*actio empti* et Paul suit Julien pour dire que l'acheteur n'a plus d'action en vertu du pacte (*ex empto agi non posse*). Lorsque le vendeur agit en revanche contre son co-contractant par une action de droit strict (*ex stipulatu agentem*), le défendeur doit bien entendu paralyser la demande au moyen d'une exception (*exceptione summo veri oportet*).

Il reste à savoir comment le *fideiussor*, quant à lui, qui n'a qu'une obligation accessoire, fera valoir la résolution de la vente si l'acheteur agit contre lui par une action nécessairement de droit strict: pourra-t-il invoquer la résolution de la vente pour la première fois *apud iudicem*, au motif que son obligation accessoire suit le sort de l'obligation principale et qu'il aurait donc été libéré *ipso iure*? Ou bien, s'il est poursuivi, doit-il quant à lui faire insérer une exception (*pacti* ou *doli*) pour profiter du pacte extinctif, au motif que l'action dirigée contre lui reste une action de droit strict? La première solution conduirait à considérer le pacte *de non petendo* comme un mode d'extinction *ipso iure* de l'obligation; la seconde solution reconnaîtrait simplement que la formule de bonne foi dispense de l'insertion d'une exception, sans que le pacte *de non petendo* soit considéré matériellement comme un mode d'extinction *iure ciuili* des obligations contractées même *nudo consensu*.

Paul, tout comme Papinien avant lui¹⁷³³, dit qu'en ce cas le *fideiussor* est libéré (*liberatus*)¹⁷³⁴, à l'instar du vendeur (*ex empto agi non posse*): le terme *liberatus* fait contraste avec la suite du texte où le vendeur poursuivi en vertu d'une stipulation devra faire valoir le pacte dans la phase *in iure* au moyen d'une exception. Ce *fideiussor* n'a donc pas à insérer pour sa part d'exception de pacte, pas plus que le vendeur, et cela s'explique fort bien si l'on considère qu'il peut de plein droit invoquer

pas partie du discours de Julien rapporté par Paul; en effet, Julien emploie explicitement une tournure similaire à propos de l'inhérence de l'*exceptio doli*, et si Paul partage son avis sur cette justification de l'*agi non posse*, ou s'il cite comme entre guillemets Julien, il peut tout à fait employer l'indicatif.

¹⁷³³ Dig. 46.3.95.12 Papinianus 28 quaest. *Si inter emptorem et venditorem convenerit, priusquam aliquid ex alterutra parte solveretur, ut ab emptione discedatur, fideiussor eo nomine acceptus soluto contractu liberabitur.* Pour Papinien, le pacte *ex interuallo* qui résout la vente vaut extinction *ipso iure* de l'obligation: c'est pourquoi, les *fideiussores* sont libérés *ipso iure*. Mais il est à noter que ce n'est que dans le cas où aucune prestation n'a encore été exécutée.

l'extinction de l'obligation principale. C'est dire que pour les préfets des Sévères, le pacte résolutoire conclu *ex interuallo* constitue un mode d'extinction *iure ciuili* des obligations nées du contrat consensuel¹⁷³⁵.

Toutefois, Julien n'était sans doute pas de cet avis: pour lui, l'action de vente est éteinte en vertu du pacte de résolution parce que l'exception de pacte est inhérente à la formule de l'*actio empti*¹⁷³⁶: les règles qui informent l'instance grâce à la clause *ex fide bona* dispensent simplement de l'insertion d'une exception pour que le juge tienne compte d'un pacte afin de ne pas condamner. En caractérisant cette protection du pacte extinctif comme l'inhérence d'une exception, il la considère comme une pure particularité procédurale propre aux actions de bonne foi. A contrario, il faudrait considérer que le *fideiussor* qui garantit l'obligation du vendeur, doit quant à lui insérer une exception pour faire valoir ce pacte, puisqu'il est pour sa part sujet à une action de droit strict. D'ailleurs, Paul semble s'interroger sur la réponse de Julien quant au cas du *fideiussor*, (*an utilis sit exceptio, uidendum*): a-t-il besoin d'une exception au cas où l'*emptor* agirait contre lui? Paul semble donner son opinion personnelle (*et puto*), sur une question où Julien était plus embarrassé: il devait sans doute considérer que le *fideiussor* ne devait pas oublier quant à lui de faire insérer une *exceptio pacti* (ou *doli*) pour faire valoir ce pacte. C'est dire que pour ce dernier, encore, la règle de l'inhérence de l'exception de pacte est une simple règle de procédure qui permet d'invoquer pour la première fois *apud iudicem* un pacte en vertu des termes de la formule, non en vertu de l'institution protégée par l'action. C'était une simple règle de l'instance favorable au défendeur, tirée de l'interprétation de la clause *ex fide bona* présente dans la formule.

¹⁷³⁴ Voir *supra* Dig. 18.5.3

¹⁷³⁵ Le même Paul l'affirme ailleurs mais d'une manière différente en Dig. 2.14.27.2 (voir *supra*). Si un premier pacte a eu pour objet d'empêcher toute réclamation en vertu d'une stipulation, mais qu'un second pacte est intervenu pour résoudre le précédent, l'obligation née de la stipulation n'a jamais été éteinte *iure ciuili*, si bien que le *fideiussor*, toujours obligé *iure ciuili* à la dette, ne pourra pas profiter du premier pacte: *eadem ratione contingit, ne fideiussoribus prius pactum prosit*. En revanche, si un premier pacte a totalement résolu un contrat consensuel de vente et éteint les *actiones empti* et *uenditi*, un second pacte ne peut faire renaître la première *emptio uenditio*, mais ne fait que constituer un nouveau contrat de vente consensuel: on peut en déduire que le *fideiussor*, obligé à raison de la première *emptio uenditio* est *ipso iure* libéré de son obligation en vertu du premier pacte, et ne saurait donc être garant de ce qui s'apparente à un nouveau contrat de vente. Il est à noter que cette solution favorable aux *fideiussores* dans les contrats consensuels a fini par être transposée au cas d'une stipulation, contre la *strict iuris ratio* et pour des raisons d'équité (voir Dig. 2.14.62).

¹⁷³⁶ L'emploi de l'indicatif *insunt* en Dig. 18.5.3 au lieu du subjonctif *insint* ne veut pas nécessairement dire que la proposition « *quia...* » ne fait pas partie du discours de Julien rapporté par Paul; en effet, Julien emploie explicitement une tournure similaire à propos de l'inhérence de l'*exceptio doli*, et si Paul partage son avis sur cette justification de l'*agi non posse*, ou s'il cite comme entre guillemets Julien, il peut tout à fait employer l'indicatif.

Sans doute Julien comme Gaius partageaient-ils une position plus ancienne: on pouvait dire du pacte *de non petendo* qu'il éteignait *ipso iure* une action exprimée par une formule *ex fide bona*, non pas en ce sens que c'était un des modes d'extinction *iure ciuili* de l'obligation, mais parce que la prise en compte de ce pacte ne dépendait jamais du bon vouloir du prêteur dans la phase *in iure* et était contenue dans *l'officium iudicis*. Dans bien des cas, cela revenait en pratique au même: l'obligation n'était certes pas *stricto sensu* éteinte par le pacte, mais elle l'était de toute manière par la *litis contestatio*, et le pacte de constituait qu'un obstacle de fait à la condamnation qui devait être pris en compte par le juge indépendamment de l'insertion d'une exception.

Il convient donc de comprendre le fondement de cette particularité procédurale propre aux actions de bonne foi.

2.2.2.1.3.3. *Le fondement de l'inhérence de l'exceptio pacti: l'exigence d'apaisement des contentieux entre « boni uiri ». (C)*

L'efficace *ipso iure* des pactes conclus *ex interuallo* dans les actions de bonne foi est précisément reportée encore à l'époque d'Ariston à *l'interpretatio bonae fidei*. En quoi *l'interpretatio bonae fidei* fonde-t-elle une pareille solution?

On pourrait se contenter de dire que c'est par voie d'*interpretatio* que les pactes sont invocables pour la première fois *apud iudicem*, en ce que le demandeur est dolosif à agir en justice contre le pacte qu'il doit respecter: l'inhérence de l'exception de pacte ne serait qu'une application particulière de l'inhérence de l'exception de dol à une certaine variété de dol processuel. Cette explication donne pourtant trop et trop peu: pourquoi un pacte *ex interuallo* ne peut-il bénéficier qu'au défendeur, et pourquoi ne peut-il être sanctionné par voie d'action? Le défendeur lui non plus ne serait pas de bonne foi à ne pas respecter un pacte conclu après coup mais volontairement au motif qu'il aggraverait sa responsabilité. Pourquoi *l'interpretatio bonae fidei* n'admet pas dans l'action de sanctionner au profit du demandeur de bonne foi un pacte conclu *ex interuallo*?

Bien qu'à la différence des actions délictuelles, l'extinction des actions de bonne foi par un pacte ne soit pas fondée sur une règle légale, pas plus qu'elle n'est fondée sur

une initiative prétorienne(1°), ces deux catégories d'actions ont un point commun qui est qu'elles se côtoient dans l'édit *qui nisi pro certis personis*(2°). C'est uniquement une interprétation particulière de la *bona fides* et de l'*ut inter bonos bene agier* qui exige, du juge comme des parties, l'apaisement de ces contentieux délicats et souvent infamants(3°)

1° Il est difficile d'identifier la raison exacte de l'inhérence de l'exception de pacte dans les actions de bonne foi. Mais il est certain qu'elle est fort différente de celle qui fonde l'extinction des actions délictuelles.

Les traités de rhétorique d'époque républicaine nous donnent encore la division fondamentale des pactes en deux catégories¹⁷³⁷: les pactes qui sont à observer en vertu de la loi (*quae legibus obseruanda sunt*) et les pactes à observer sans l'appui de la loi (*quae sine lege...obseruantur*).

Les pactes extinctifs des actions délictuelles se rattachent à la première catégorie. En effet, dans l'*actio furti*, le pacte est pour ainsi dire fondé sur la loi, et semble exprimé dans la formule elle-même: « *quam ob rem pro fure damnum decidere oportet* », où *decidere damnum* équivaut à une forme de transaction qui vaut extinction de l'action. L'extinction de l'obligation par le pacte est proprement dite s'opérer *ipso iure* parce que c'est par l'effet de la loi. De même, la loi des XII Tables semblait prévoir pour un certain nombre de délits des possibilités de pactiser pour éteindre l'action. Ainsi, le fameux verset sur le *membrum ruptum SI MEMBRUM RUP<S>IT, NI CUM EO PACIT, TALIO ESTO*, renvoie explicitement à un pacte, ce qui explique encore pourquoi, par extrapolation, même l'action prétorienne d'injures peut être *ipso iure* éteinte par un pacte.

En revanche, dans les actions de bonne foi, il n'existe pas de fondement légitime à l'effet extinctif du pacte *de non petendo*, et ces pactes entrent dans la seconde catégorie, celle des pactes observés *sine lege*. Ils sont semble-t-il observés *ex conuento*, à raison d'une convention.

Qu'ils ne soient pas observés en vertu d'une loi ne signifie pas que leur sanction soit fondée sur le pouvoir de juridiction du préteur. Un extrait du *de Inuentione* de

¹⁷³⁷ cf. ad Her. II,20: *Ex pacto ius est, si quid inter se pepigerunt, si quid inter quos conuenit. Pacta sunt, quae legibus obseruanda sunt, hoc modo: Rem ubi pagunt, <orato; ni pagunt,> in comitio aut in foro ante meridiem causam coicito. Sunt item pacta, quae sine legibus obseruantur ex conuento quae iure praestare dicuntur. His igitur partibus iniuriam demonstrari, ius confirmari conuenit, id quod in absoluta iuridicali faciendum uidetur.*

Cicéron nous paraît le montrer indirectement¹⁷³⁸ sans viser directement les actions de bonne foi. Il montre tout d'abord que de nombreux droits sont établis par la coutume. Par l'expression *iura ipsa* il se réfère sans doute aux voies d'actions, aux droits à faire valoir, et il dit que dans ce *genus iuris*, beaucoup de choses ont fait l'objet de prévisions édictales. D'autre part, il y a d'autres *genera iuris* qui ont acquis une stabilité juridique du fait de la coutume (*quaedam autem genera iuris iam certa consuetudine facta sunt*), la deuxième catégorie englobant le *pactum*, le *iudicatum* (le précédent), le *par* (ce qui doit être appliqué réciproquement, et qui est assimilable à l'*aequum bonum* des traités de rhétorique). On peut en déduire *a contrario* que cette deuxième catégorie de *genera iuris* n'a pas eu besoin de la prévision prétorienne pour se développer, à preuve le précédent (*iudicatum*) n'est pas une source du droit protégée explicitement par le préteur. Aussi peut-on considérer qu'il existe des pactes qui ne sont pas fondés sur la loi, et qui pourtant ne sont pas fondés sur une prévision édictale. La *Rhétorique à Herennius* comme le *De Inventione* rappellent qu'ils sont dits *iure praestare* (*iure praestare dicuntur*). Il est difficile de traduire cette expression sans lui donner une signification triviale (avoir force de droit? l'emporter en droit?), mais il est fort possible que cette expression renvoie à leur effet « *ipso iure* », par opposition au *genera iuris* qui ont nécessité l'intervention du préteur par ses prévisions édictales: ils sont devenus *certa* non par la stabilité d'une prévision édictale, mais par la simple *consuetudo*, aussi ne nécessitent-ils pas d'intervention prétorienne pour recevoir une sanction juridique.

L'extinction de l'action par un pacte dans les actions de bonne foi a donc un fondement assez mystérieux. Elle n'est pas fondée sur une intervention prétorienne et l'édit *de pactis* qui promet l'exception de pacte semble plutôt une généralisation prétorienne aux actions de droit strict d'une protection qui s'opérait *ipso iure* dans les actions de bonne foi.

Elle n'est pas non plus fondée sur la loi. C'est seulement l'interprétation des termes de la formule et notamment de la clause *ex fide bona* qui fonde la possibilité de les invoquer, tout comme le dol est lui aussi appréhendé *sine lege* en vertu des termes de la formule.

¹⁷³⁸ *De Inventione*, II,67-68: *Consuetudine autem ius esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit. In ea autem quaedam sunt iura ipsa iam certa propter vetustatem. Quo in genere et alia sunt multa et eorum multo maxima pars, quae praetores edicere consuerunt. Quaedam autem genera iuris iam certa consuetudine facta sunt; quod genus pactum, par, iudicatum.[68] P a c t u m est, quod inter quos convenit ita iustum putatur, ut iure praestare dicatur (...)*

2° L'explication précise de l'asymétrie de cette règle doit selon nous tenir compte du lien qu'entretient la *pactio* des actions de bonne foi avec la *pactio* des actions délictuelles. Le lien avec les pactes éteignant les actions délictuelles nous paraît très fort. Car les similitudes sont très fortes.

Les actions délictuelles connaissent uniquement, par définition, des pactes *ex interuallo* exclusivement extinctifs ou minutoires, et la protection consentie aux pactes *ex interuallo* dans les actions de bonne foi semble à ce titre calquée sur le modèle des actions délictuelles.

Dans l'édit du préteur, le lien et le point commun entre les actions de bonne foi et les actions délictuelles est encore plus évident: si l'on se place du point de vue de l'époque républicaine, la plupart des actions de bonne foi entraînent ce que la jurisprudence appelle l'infamie. Elles partagent ce trait avec les deux catégories d'actions délictuelles les plus emblématiques, les *actiones furti* et les *actiones iniuriarum*.

Dans l'édit du préteur urbain, la disposition qui fonde leur caractère infamant se trouve au titre *De Postulando*: « *qui nisi pro certis personis ne postulent* »¹⁷³⁹. Toutefois, les cas d'interdiction de postuler tels que nous les connaissons ont été reconstruits par Lenel pour l'édit perpétuel tel qu'il fut fixé par Julien. On en trouve, pour l'époque républicaine, une variante dans la Table d'Héraclée¹⁷⁴⁰, qui dans un certain nombre de cas interdit l'accès aux magistratures municipales. Cette liste appelle plusieurs remarques.

-L'édit classe implicitement en deux catégories, du point de vue de l'infamie, les pactes extinctifs: dans l'*actio furti*, le pacte emporte l'infamie. Dans les autres, parmi lesquelles se trouvent au moins trois actions qui font mention de la *fides bona* (*tutelae, mandati, pro socio*), et une qui sera assimilée plus tard aux *iudicia bonae fidei* (l'*actio fiduciae*), pactiser semble implicitement être une façon d'éviter l'infamie. Dans cette seconde catégorie se rencontre aussi, à la différence de l'époque classique, l'*actio iniuriarum*, qu'un pacte peut là encore éteindre *ipso iure*.

-Si l'on excepte la mention de ce qui semble être la toute récente *actio doli* toutes les actions prévues par cet édit sont celles où l'on observe à époque classique une

¹⁷³⁹ EP³ *qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit : qui iudicio fiduciae, pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine [non contrario iudicio] damnatus erit :*

extinction *ipso iure* de l'action par l'effet d'un pacte¹⁷⁴¹. Il est donc légitime de penser que l'édit *qui nisi pro certis personis* prend déjà en compte, en regroupant cet ensemble d'actions, la dispense caractéristique d'insérer l'exception de pacte.

Si l'on peut pactiser sans éviter l'infamie dans l'*actio furti* tandis que seule la condamnation entraîne l'infamie dans les autres actions et notamment dans l'*actio iniuriarum*, on peut supposer *a contrario* que toutes ces actions connaissent elles aussi à époque classique l'extinction *ipso iure* par un pacte: cela est certain pour l'*actio iniuriarum*.

On peut donc penser que les actions à formule *ex fide bona* connaissent dès cette époque l'effet extinctif *ipso iure* en vertu d'un pacte conclu *ex interuallo*.

Mais le lien entre la *pactio* et l'infamie est encore plus profond. C'est sans doute la similitude de régime avec les actions délictuelles (l'infamie) qui explique d'autant mieux pourquoi ces actions, quoique réipersécutoires, devaient tolérer une règle qui s'apparente à l'extinction de l'action par un pacte, l'inhérence de l'exception de pacte.

3° La fonction d'un pacte est avant tout processuelle, il sert à éteindre ou à limiter une action: à preuve la place de l'édit *de pactis* dans la la *Pars Prima* de l'édit perpétuel consacrée à la procédure. La *pactio* renvoie à la *pax*. Et c'est le lien qui unit les *pacta conuenta* avec la *fides bona* caractéristique des formules qui lieront le contentieux entre personnes liées par une *societas uitae*.

Si l'invocation du pacte pour la première fois *apud iudicem* est admise dans une action infamante d'injures, il a paru a fortiori étonnant que le défendeur à une action purement réipersécutoire mais infamante ne bénéficie pas d'une pareille faveur. La sanction étant souvent plus lourde (infamie en plus de la condamnation, dans le cas de l'action de tutelle, de l'action pro socio, de l'*actio mandati*), il est équitable que l'arsenal des moyens de défense soit élargi par rapport à une action de droit strict: si le demandeur encourt une sanction plus grave, sanction sociale en tant qu'il apparaîtrait comme un *malus* qui aurait une *mala fides*, sanction juridique en tant qu'il subira un certain nombre d'interdictions prévues par l'édit, le juge sera d'autant plus

¹⁷⁴⁰ §104 *quei furtei quod i<ps>e fecit fecerit condemnatus pactusue est erit;/ queiue iudicio fiduci<ae>, pro socio, tutelae, mandatei, iniuriarum deue d(olo) m(alo) condemnatus est erit.*

¹⁷⁴¹ Qui plus est, nous n'avons aucun texte qui démente formellement la possible inhérence de l'*exceptio pacti* dans l'*actio doli*. Significativement, les textes qui traitent de l'*exceptio pacti* concernent toujours des actions réipersécutoires.

enclin à absoudre quelqu'un qui a pactisé et qui ne fait que s'en tenir à ce qui a été convenu.

Par ailleurs, le juge se fait assez peu d'illusions sur le caractère proprement libéral d'un pacte. Les romains distinguent le pacte d'une transaction. Un pacte est en principe une forme de libéralité, ou plutôt ne dit pas sa cause. Cela ne veut pas nécessairement dire que le motif pour lequel un demandeur potentiel fait un pacte *de non petendo* soit purement libéral. En effet, il est peu probable qu'un pacte *de non petendo* soit fait à titre de pure libéralité: cette situation, possible en théorie, devait être assez rare en pratique. Le pacte est souvent lié à une satisfaction du demandeur: celui-ci accepte de ne pas agir parce qu'il a été satisfait d'une manière ou d'une autre, non nécessairement par l'exécution exacte de la prestation qu'il devait au titre de l'obligation à laquelle il était assujéti. Au demeurant, l'intérêt que trouve celui qui renonce à agir par un pacte dans les actions de bonne foi se trouve bien souvent dans l'extinction de l'action contraire. A ce titre, le demandeur se protégera fort souvent lui-même grâce au pacte.

Mais c'est la notion même de *fides bona* et d'*inter bonos bene agier* qui implique de donner au juge les plus amples pouvoirs afin de trouver un moyen d'apaiser le contentieux. En effet, deux personnes unies par une *societas uitae* n'ont pas vocation à obtenir la condamnation de l'une ou de l'autre. Le plus conforme à un agissement *ut inter bonos* est de trouver des solutions alternatives au procès. La *fides* des *boni* doit les conduire à favoriser la *pax*, ce qui implique de ne pas la défaire une fois obtenue. La *fides* des *boni* nous semble à ce titre orientée vers une pacification des contentieux, et vers une renonciation, au moins informelle, de l'action

Aussi le juge ne peut que tenir compte de ce genre de pacte en vertu de la clause *ex fide bona*. Dans les actions de droit strict, les parties n'ont pas vocation naturelle à renoncer à leurs droits, aussi est-ce le prêteur qui doit intervenir. En revanche, entre des individus qui sont souvent liés par une *societas uitae* apaiser les différends par la voie extrajudiciaire apparaît comme la règle, aussi le juge se sent-il naturellement investi du pouvoir d'examiner si ces personnes avaient renoncé à agir ou avaient convenu entre elles de diminuer leurs prétentions: c'est là le comportement attendu des *boni uiri*, et revenir sur une pareille renonciation, sur un pareil apaisement, ce n'est pas agir *ut inter bonos*. Soit le juge absoudra le défendeur s'il reconnaît l'existence d'un pacte extinctif, soit tiendra compte du pacte minutoire dans son *aestimatio litis* qu'il opère *ex aequo et bono*. Cela nous semble la raison la plus

probable qui explique cette asymétrie qui survient dans le traitement des pactes conclus *ex interuallo*.

L'exigence de bonne foi qui pèse sur le demandeur est pourtant loin de s'épuiser dans ce que les classiques appellent l'inhérence de l'exception de dol et de pacte. Le juge a encore l'office de tenir compte des dettes du demandeur envers le défendeur.

2.2.2.2. *La compensation officio iudicis et la deductio boni uiri arbitrato (Sous-section 2)*

La possibilité d'une compensation dans les *iudicia bonae fidei*¹⁷⁴² est sans doute l'un des traits les plus distinctifs et les plus fédérateurs des actions de bonne foi. Tel est le trait le plus frappant que retiennent les *Institutes* de Gaius ainsi que les *Institutes* de Justinien, à titre de différence spécifique. Deux des plus grandes généralisations autour de la notion de *iudicium bonae fidei* visent donc ce procédé. En outre, c'est encore cette particularité qui semble visée par Cicéron au § 66 des *Topiques*, lorsqu'il invoque le « *quid alterum altero* ». Par ailleurs, la pratique de « *deductiones* » semble ancienne: les prescriptions catoniennes manifestent la possibilité de *deductiones boni uiri arbitrato* et de *deductiones fide bona*¹⁷⁴³.

Le principe de la compensation n'est pas inconnu du reste de la procédure formulaire: comme nous l'indique Gaius, il existe dans le cas du *bonorum emptor*, ainsi que dans le cas de l'action de l'*argentarius*, mais selon des schémas bien particuliers qui tiennent à des commandants explicites du préteur.

La compensation des actions de bonne foi est un mécanisme original: il s'agit comme nous le verrons d'une compensation *officio iudicis* qui est étrangère aux modes civils d'extinction des obligations (I), dont le fondement se trouve à nouveau attaché à une certaine interprétation de la clause *ex fide bona* en rapport avec la *satisfactio inter moras litis* (II).

2.2.2.2.1. *Le mécanisme: Une compensation étrangère aux modes d'extinction civils de l'obligation (I)*

La compensation établie par notre Code civil est fort différente à maints égards, dans son régime, dans ses effets, de la compensation des actions de bonne foi. Retenons simplement pour l'instant en quoi elle est différente dans son principe: la

¹⁷⁴² L'ouvrage contemporain fondamental en la matière est celui de P.PICHONNAZ, *La compensation*, Fribourg, 2001, p.11-95 dont nous nous inspirons sur de nombreux points.

¹⁷⁴³ Voir U.VON LUBTOW, *Catos leges*, cit., p.375 ss, et M.MARRONE, « *Retentio e bonae fidei iudicia* », IURA, 6, 1955, p.170.

compensation de l'article 1290 est un mode d'extinction de l'obligation. Or lorsque Gaius, au livre III, développe à partir du §168 les différents modes d'extinction *ipso iure* de l'obligation (en ayant en vue les obligations contractuelles avant tout), jamais il n'évoque la compensation. Dans le cas de la *compensatio argentarii*, et dans celui du *bonorum emptor*, cela se comprend bien, puisqu'elles sont des institutions prétorienne, et qu'il s'intéresse avant tout à l'extinction *ipso iure*, en vertu du droit civil¹⁷⁴⁴. Mais il ne parle à aucun moment de la compensation propre aux actions de bonne foi, qui pourtant ne repose sur aucun commandement explicite du prêteur rajouté dans la formule, et qui à ce titre pourrait apparaître comme un mode civil d'extinction de l'obligation¹⁷⁴⁵. Certes, il pourrait l'omettre parce que la compensation ne provoquerait généralement pas une extinction intégrale de l'obligation; toutefois, cet argument ne tient pas, puisqu'il considère au §171 le cas d'une extinction *pro parte*, qui vaut *ipso iure*. En bref, la compensation des actions de bonne foi n'a rien à voir, dans son principe, avec l'extinction des obligations, parce qu'elle s'opère *officio iudicis*, et c'est le principe exposé par Gaius (A), principe confirmé par ses conséquences dans l'action contraire(B).

2.2.2.2.1.1. Le principe de la compensation *officio iudicis* expliqué par Gaius (A)

¹⁷⁴⁴ Il n'envisage les voies détournées exceptionis ope que lorsqu'il convient de définir précisément les limites d'une règle d'extinctio ipso iure (par ex. la distinction iudicia legitima/ imperio continentia pour la litis contestatio), ou de rapporter une matière controversée (la position audacieuse de Servius sur l'effet extinctif des novations par stipulation conditionnelle ou par stipulation inutilis).

¹⁷⁴⁵ Cette compensation, qui est dite *ipso iure*, a été interprétée au Moyen-Age comme une compensation de plein droit dès que les deux créances coexistent. Le principal argument qui fut utilisé et qui est à l'origine de la conception de la compensation dans l'article 1290 du Code Civil concernait la cessation du cours des intérêts. Si le demandeur A avait une dette de 10 avec intérêt et si le défendeur B avait lui aussi une dette de 10 mais sans intérêt, les intérêts cessaient-ils de courir à partir de la naissance de la contrecréance, ce qui prouverait que la compensation éteindrait iure ciuili l'obligation? Ou bien continuaient-ils de courir jusqu'au moment du procès, ce qui prouverait que la compensation s'opère véritablement *officio iudicis*? Il semblerait que certains textes fassent pencher pour la première solution. C'est notamment le cas d'un texte sur l'*actio pro socio* (Dig. 16.2.11 Ulpianus 32 ad ed. *Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est a divo severo concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas*) lequel est sans doute de Paul malgré l'erreur dans l'*inscriptio* (Voir Ch. Appleton, *Compensation*, p.85, et Pichonnaz, *Compensation*, p.79). Ulpian le montre aussi à propos de l'action de tutelle (Dig. 27.4.3.3 Ulpianus 36 ad ed. *Quare et si in usus suos convertit, deinde aliquid impendit in rem pupillarem, quam impendit desinit vertisse et exinde usuras non praestabit. et si ante impendit in rem pupillarem, mox in usus suos vertit, non videbitur vertisse quantitatem, quae concurrat cum quantitate sibi debita, ut eius summae non praestet usuras.*). Mais Pascal Pichonnaz, *Compensation*, p.79-84, a définitivement démontré qu'une pareille cessation du cours des intérêts était particulière aux intérêts non pas purement moratoires, mais aux intérêts pour usage abusif. Ajoutons un argument à sa brillante réfutation qui est que cette cessation prouverait de toute manière pas une compensation de droit matériel: dans les actions de bonne foi, ce sont les intérêts eux-mêmes qui sont de toute manière constitués et appliqués *officio iudicis*, si bien que le juge a le pouvoir de statuer *ex aequo et bono* sur le taux comme sur le point de départ et le point de cessation. Si le juge peut fixer comme point d'arrêt au cours des intérêts l'existence de deux créances réciproques, ce n'est pas parce que la compensation s'opère *ipso iure* mais parce que compensation et devoir de payer des intérêts sont tous les deux rapportés à l'*officium iudicis*. Il faudrait un texte où l'obligation aux intérêts serait soit au moins prévue dans un pacte adjoint, soit déduite dans une stipulation, pour prouver que la compensation est un mode civil et matériel d'extinction de l'obligation qui s'imposerait au juge.

Gaius pose très clairement ce principe au livre IV dans un texte dont le début est malheureusement mutilé¹⁷⁴⁶: la compensation romaine des actions de bonne foi, qui suppose des créances réciproques *ex eadem causa* (1°), repose sur un pur pouvoir discrétionnaire du *iudex* (2°).

1°La compensation des contrecréances du défendeur avec le montant de sa dette évaluée est soumise à une condition qui restreint largement la portée de la compensation: les contrecréances doivent être nées *ex eadem causa*. La principale raison de cette restriction est liée au statut de la *demonstratio*, qui, définissant la *causa*, définit précisément les termes du litige: le juge ne saurait examiner, dès lors, tout les rapports qui lient les patrimoines du défendeur et du demandeur. En principe, donc, cette compensation est fortement restreinte. Notons néanmoins trois choses:

-l'un des paradoxes les plus surprenants de cette compensation qui s'opère *ipso iure* mais *ex eadem causa* est qu'elle est née très tôt au sujet d'institutions où souvent l'objet véritable de la prétention du demandeur à l'action directe est la restitution d'une chose ou l'exécution d'une prestation. Plus généralement, il s'agit d'obligations de *dare facere* et non de simples obligations de *dare*. En soi, il est beaucoup plus simple de compenser entre elles, même si elles sont *ex dispari causa*, des créances portant sur un *dare* et donc sur un *certum*, que des créances qui portent très souvent sur un *facere*. Et c'est pourtant dans les actions de bonne foi que le juge s'est senti très tôt investi du pouvoir de compenser (*ex eadem causa*) pour se livrer à une *aestimatio litis* encore plus complexe, tandis que les obligations de droit strict, même certaines attendirent les rescrits de Marc-Aurèle pour pouvoir être par principe opposées en compensation, par la voie de l'*exceptio doli*.

-Dans certaines institutions, cette connexité s'apprécie plus ou moins strictement: le cas de la tutelle montre bien que la condition de l'*eadem causa* est largement interprétée, et que les créances sont avant tout soumises à la condition de bonne foi, en ce sens que les dépenses doivent avoir été faites de bonne foi.

-cela ne veut pas nécessairement dire que l'obligation contraire est déduite en justice de la même manière que l'obligation principale: le juge va « *habere rationem* »: il va simplement tenir compte de la contrecréance (*quod iniucem oporteret*). Si l'on tient

compte du texte des *Institutes* de Justinien, cela tient à son pouvoir d'évaluation *ex aequo et bono* du montant de la condamnation, et non au fait que la contrecréance serait automatiquement déduite en justice: la *litis contestatio* n'opère pas *ipso iure* une compensation entre deux dettes connexes qui lierait le *iudex* dans son travail d'évaluation. C'est dire qu'il a un pouvoir discrétionnaire.

2° C'est la mise en garde de Gaius¹⁷⁴⁷ sur la nature de ce procédé qui nous montre qu'il repose sur la nature élargie des pouvoirs discrétionnaire du *iudex*. Retenons pour l'instant de ce texte seulement trois points:

-le juge est libre de ne pas tenir compte de la compensation: c'est dire qu'elle ne s'opère pas de plein droit, qu'elle n'est pas automatique. C'est dire surtout que le juge ne fait jamais sien le procès (*litem suam facere*) en refusant de tenir compte d'une contrecréance. A plus forte raison—mais cela est du à l'*intentio incerta*, plus qu'à la clause *ex fide bona*-- il ne peut y avoir *pluris petitio* pour le demandeur. En bref, son office est « *liberum* ». On en verra plus tard la raison. La compensation n'a donc aucunement les traits d'un moyen d'extinction automatique de la contrecréance.

-en effet, rien ne le prescrit explicitement (*aperte*) au juge dans la formule. C'est l'un des points les plus importants: au §64, à propos de la *compensatio argentarii*, Gaius dira, par opposition, « *ea compensatio uerbis formulae exprimitur* ». Le préteur a défini dans cette formule-là les modalités de la compensation.

-elle repose sur l'*officium* du *iudex* tel que le conçoit la jurisprudence (*creditor*): cela fait partie de son office tel qu'il fut caractérisé par les juristes.

Et cela s'explique parfaitement si l'on songe que la compensation est fondée sur la présence de la clause *ex fide bona*: le juge a un large pouvoir de déterminer s'il vaut mieux laisser pratiquer au défendeur une rétention de la chose gardée, ou s'il faut permettre une compensation, et si la contrecréance invoquée, valable civilement, n'est pas un pur moyen de s'arroger la chose pour une condamnation à un montant dérisoire.

Cela conduit à considérer la compensation dans les actions de bonne foi comme un mécanisme original. Il ne repose pas sur l'injonction du préteur; il n'est pas non plus

¹⁷⁴⁶ Gaius IV,61.[.] *continentur, ut habita ratione eius, quod inuicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare(t?)*.

considéré comme un moyen d'extinction de l'obligation reconnu par le *ius ciuile*. Qu'est-il donc alors? Il est purement et simplement rapporté à l'*officium iudicis*: la compensation est une compensation judiciaire, une simple pratique judiciaire sans doute reconnue et « encodée » par la jurisprudence. Elle est une manifestation de plus de ce *liberum officium iudicis*. Le fait qu'il ne représente pas un mode d'extinction civile de l'obligation transparait indirectement dans les conséquences que la compensation peut avoir sur l'action contraire.

2.2.2.2.1.2. Les conséquences du principe sur l'action contraire (B)

L'idée que la compensation repose purement et simplement sur l'*officium iudicis* nous semble confirmée par l'effet de la *litis contestatio* et de la *condemnatio* sur la contrecréance qu'on fait valoir en compensation. Bien entendu, si le juge n'a pas tenu compte de la compensation, ou si le défendeur ne l'a pas invoquée, la contrecréance n'est pas éteinte: son titulaire garde pour la faire valoir l'action contraire car le *iudicium*, malgré son *intentio incerta*, ne déduit jamais automatiquement la contrecréance. C'est logique, puisque *stricto sensu* la formule n'exprime que l'obligation du défendeur,

En revanche, si le juge de la première action a tenu compte des contrecréances, soit pour les rejeter, soit pour les admettre, l'action contraire est-elle éteinte *ipso iure* ou bien le défendeur, ancien demandeur à l'action directe, doit-il demander l'insertion d'une exception *rei iudicatae uel in iudicium deductae*? Il semblerait que ni la *litis contestatio*, ni la *condemnatio* n'emportent l'extinction de plein droit de la contrecréance¹⁷⁴⁸.

Trois textes, tous tirés du commentaire à l'édit d'Ulpien, montrent un état du droit qui fut certainement controversé à la fin de l'époque classique: il s'agit de Dig. 3.5.7.2 (1°), 27.4.1.4 (2°), et 16.2.7.1 (3°).

¹⁷⁴⁷ *Inst.*, IV.63 *Liberum est tamen iudici nullam omnino inuicem compensationis rationem habere; nec enim aperte formulae uerbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conueniens uidetur, ideo officio eius contineri creditur.*
¹⁷⁴⁸ V. M.MARRONE, *Efficacia*, p.240.

1° Voici ce que nous dit Ulpien¹⁷⁴⁹, au sujet de la première action de bonne foi qui apparaît dans l'édit, et qu'il traite donc en premier: Si le juge à l'action directe de gestion d'affaires a rejeté au fond les créances opposés par le gérant en compensation, ce dernier ne peut agir par l'action contraire, comme si la chose avait été jugée.

Le texte semble nous dire que l'action contraire n'est pas éteinte *ipso iure*, mais bien en vertu d'une *exceptio rei iudicatae*. Dans la mesure où il s'agit du commentaire à l'édit, il n'y a aucune raison de croire qu'Ulpien envisage le cas particulier d'un *iudicium imperio continens*. Cela veut dire que ni la *deductio in iudicium* ni la *condemnatio* dans l'action directe n'ont eu les effets civils extinctifs sur la contrecréance invoquée en compensation: sa prise en compte par le *iudex* (même s'il l'a rejetée) ne servait qu'à moduler la condamnation dans l'action directe, et la *litiscontestatio* de l'action directe n'a jamais éteint *stricto iure* cette créance.

On a soupçonné la dernière proposition (*quia exceptio rei iudicatae opponenda est*), d'être une interpolation influencée par les règles de la *cognitio extra ordinem*. Il est vrai que l'expression « *agi non posse* » est souvent employée par les jurisconsultes lorsqu'ils entendent expliquer que la prétention est éteinte de plein droit par l'effet de la *litis contestatio* dans l'action précédente, par opposition à la nécessité d'insérer dans la formule l'*exceptio rei iudicatae uel in iudicium deductae*. A l'inverse, le lien logique pourrait sembler en apparence bancal: « le gérant ne peut agir parce que l'on doit lui opposer l'exception *rei iudicatae* ». En soi, selon la doctrine classique, il peut justement agir mais on devra lui opposer l'exception *rei iudicatae*, ou bien il peut agir *ipso iure* et donc il faudra lui opposer l'exception *rei iudicatae*. Le lien devrait être soit un lien adversatif, soit un lien consécutif, mais non un lien causal expliquant pourquoi il n'y aurait pas d'action. Aussi ce texte apparaît-il légèrement défectueux. Toutefois, remarquons quatre objections:

-D'une part, les compilateurs ont souvent laissé l'expression *agi non posse* sans ajouter de précision: il s'agirait alors plutôt d'une interpolation dans la transmission post-classique du commentaire d'Ulpien, et non d'un tribonianisme. Et même à l'époque post-classique, « *agi non posse* » n'aurait pas eu besoin de précision.

-Le texte est certes bancal, mais l'interpolation n'est pas nécessairement celle qu'on croit. Le texte d'origine, qui n'aurait aucun sens en dehors de la procédure formulaire,

¹⁷⁴⁹ Dig. 3.5.7.2 Ulpianus 10 ad ed. *Si quocumque modo ratio compensationis habita non est a iudice, potest contrario iudicio agi: quod si post examinationem reprobatae fuerint pensiones, verius est quasi re iudicata amplius agi contrario iudicio non posse, quia exceptio rei iudicatae opponenda est.*

pourrait être de la teneur suivante: « **iudicio contrario quidem ipso iure agi posse, exceptio tamen rei iudicatae opponenda est* ». Quitte à choisir une solution interpolationniste, nous préférons celle-là, parce qu'au moins elle aurait sa nécessité pratique: le texte original ferait référence aux particularités de la procédure formulaire au point d'être incompréhensible aux byzantins. Elle nous semble plausible.

-Ulpien dit *agi non posse*, et non *ipso iure agi non posse*: en un sens, il est possible, même si cette tournure apparaît peu courante, qu'Ulpien ait voulu dire qu'on ne peut agir, non pas parce que l'*intentio* de l'action contraire est *inutilis ipso iure*, mais parce qu'on va de toute façon se voir opposer l'*exceptio rei iudicatae*, qui sera la première chose que le juge examinera en début d'instance. C'est personnellement la solution (non interpolationniste) que nous préférons: Ulpien a une vue réaliste et considère que si l'on peut être débouté par le jeu d'une exception, c'est comme si l'on ne pouvait pas agir.

-A supposer vraiment que « *quia exceptio...* » ne figure pas dans le texte original et soit un ajout, « *verius est* » montre qu'il peut y avoir eu un débat, relaté par Ulpien mais effacé par les compilateurs. Peut-être Ulpien considérait-il qu'on ne peut plus agir *ipso iure*, mais la solution n'avait pas été acquise sans difficulté. A contrario, très probablement, d'autres prudents avaient auparavant considéré que l'action contraire n'était pas éteinte *ipso iure* par le rejet de la contrecréance dans l'action directe: la *litis contestatio* dans l'action directe ne faisait qu'éteindre et « nover » l'obligation civile du gérant vis-à-vis du géré, non la contrecréance dont le juge ne faisait que « tenir compte » souverainement pour moduler *ex aequo et bono* la condamnation.

Personnellement, il nous semble probable qu'il y ait eu un débat à ce sujet: faut-il pour le défenseur à l'action contraire insérer une *exceptio rei iudicatae* pour donner autorité au premier jugement qui rejetait les contrecréances opposées en compensation? Il nous paraît vraisemblable que la solution retenue majoritairement encore à époque médioclassique n'était pas l'extinction *ipso iure* de l'obligation. La *litis contestatio* de l'action directe n'avait pas éteint *ipso iure* la contrecréance invoquée, et l'*intentio* de l'action contraire n'était pas *ipso iure* « *inutilis* »: on ne pouvait faire valoir l'autorité de chose jugée que par l'insertion d'une exception de chose jugée ou déduite en justice.

2° Cela nous paraît confirmé par un deuxième extrait du commentaire à l'édit d'Ulpien¹⁷⁵⁰. Dans cet extrait, qui, selon toute vraisemblance, concerne les actions directe et contraire de commodat¹⁷⁵¹, il est clairement fait à deux reprises référence à une exception *rei iudicatae*, et ce texte n'offre aucune raison de douter de son authenticité. Donc, le moyen naturel de faire respecter en ce cas l'autorité de chose jugée est le moyen prétorien (*exceptio rei iudicatae*), et non le moyen civil (l'effet extinctif de la *litis contestatio* dans l'action directe).

Ce texte confirme donc notre vue sur le premier texte (3.5.7.2), tout comme le suivant.

3° Ulpien traite cette fois d'un problème similaire à propos de l'action contraire de tutelle¹⁷⁵². Après nous avoir signalé que le défendeur peut choisir entre la compensation dans l'action directe et la voie « offensive » dans l'action contraire, il se demande si l'ancien tuteur peut agir par l'action contraire si le juge n'a pas tenu compte de la compensation. Sa réponse est qu'il le peut de toute façon, mais que, si la contrecréance a été rejetée au fond par le iudex à l'action directe, alors le iudex de l'action contraire ne doit pas chercher à redresser la solution du premier procès.

La réponse est intéressante à deux égards:

-Le tuteur peut agir par l'action contraire « *utique* »: il peut de toute manière agir. Il faut comprendre, nous semble-t-il, que, quoi qu'ait décidé le juge dans l'action directe (ne pas tenir compte de la contrecréance pour un renvoi *ad separatum*, l'admettre ou la rejeter au fond), le tuteur peut *ipso iure* agir par l'action contraire de tutelle. L'effet extinctif de la *litis contestatio* dans l'action directe ne peut jamais en rien affecter, du point de vue civil, sa contrecréance et il peut donc « *utiliter intendere* ». Cela peut paraître en contraste avec ce que disait Ulpien en 3.5.7.2 à propos de la *negotiorum gestio*, « *non posse agi* ». A première vue cela confirmerait l'interpolation que nous proposons à titre hypothétique pour 3.5.7.2 (avec un texte original disant au contraire « *posse agi sed exceptionem rei iudicatae ei opponendam esse* »). Toutefois, cela peut

¹⁷⁵⁰ Dig. 16.2.7.1 Ulpianus 28 ad ed. *Si rationem compensationis iudex non habuerit, salva manet petitio: nec enim rei iudicatae exceptio obici potest. aliud dicam, si reprobavit pensionem quasi non existente debito: tunc enim rei iudicatae mihi nocebit exceptio.*

¹⁷⁵¹ Selon les très justes remarques de PICHONNAZ, p.55, il fait partie du livre 28 du commentaire d'Ulpien, qui traite largement de l'actio commodati; l'expression « *iudex rationem non habuerit* », déjà souvent présente pour le cas d'autres actions de bonne foi, paraîtrait en contradiction avec les règles de la compensation du bonorum emptor.

¹⁷⁵² Dig. 27.4.1.4 Ulpianus 36 ad ed. *Praeterea si tutelae iudicio quis convenietur, reputare potest id quod in rem pupilli impendit: sic erit arbitrii eius, utrum compensare an petere velit ^ veli ^ sumptus. quid ergo, si iudex compensationis eius rationem non habuit, an contrario iudicio experiri possit? et utique potest: sed si reprobata est haec reputatio et adquevit, non debet iudex contrario iudicio id sarcire.*

traduire une différence de perspective: en 3.5.7.2, il disait « *non posse agi* » parce qu'il adoptait une perspective réaliste, considérant qu'il ne pouvait agir parce que de toute manière l'*exceptio rei iudicatae* allait lui être opposée; en revanche en 27.4.1.4, il adopte une perspective juridique formelle; l'action contraire n'est pas éteinte *ipso iure*, donc « *utique potest* ».

-Pourtant, il n'est fait à aucun moment mention de l'*exceptio rei iudicatae*. Et pourtant, le juge ne doit pas « réparer » la solution de la première instance fondée sur la formule de l'action directe, si une contrecréance y avait été, après examen, rejetée pour des raisons de fond. Soit les compilateurs ont effacé un passage important mentionnant l'insertion d'une *exceptio rei iudicatae*, parce que cela faisait contraste avec le « *utique posse* ». Toutefois, nous pensons que le cheminement qui a conduit à cette solution qui ne fait pas intervenir d'*exceptio rei iudicatae* est plus complexe qu'il n'y paraît.

Significativement, nous ne possédons aucun texte qui envisage le cas où un tuteur intente l'action contraire alors qu'il avait déjà fait valoir ses contrecréances en compensation dans l'action directe du pupille. Que se passerait-il dans une telle situation? L'action contraire sera-t-elle repoussée *exceptionis ope*, ou *ipso iure* en vertu de l'effet extinctif de la *litis contestatio*? On peut certes insérer une exception de chose jugée, et c'est la règle, pensons-nous; toutefois, à notre avis, au cas même où l'on ne le ferait pas, les juristes ont dû chercher à remédier à une pareille iniquité due au formalisme de la procédure¹⁷⁵³. Le fait de réclamer par l'action contraire une créance pour laquelle on a déjà été satisfait par voie de compensation à l'action directe est constitutive d'un dol, contraire à la *bona fides*; aussi est-il fort probable que le pupille sera protégée « *ipso iure* », dans cette action contraire, non par l'effet extinctif de la *litis contestatio* de l'action directe, mais par l'« inhérence » de l'exception de dol dans l'action contraire, de par la présence de la clause *ex fide bona*. En effet, « *bona fides non patitur ut bis idem exigatur* », comme le dirait Gaius. Aussi le juge à l'action contraire pourra rejeter une pareille prétention en vertu de son caractère indéniablement dolosif, sans avoir à se poser la question d'une consommation ou d'une non-consommation *ipso iure* de la créance du tuteur par l'action directe.

¹⁷⁵³ Il semble qu'ils aient de toute manière une orientation de principe dans ce sens. Rappelons-nous la célèbre citation de Paul citant Arrien: Dig. 44.7.47 Paulus ex 14 ad plaut. *Arrianus ait multum interesse, quaeras, utrum aliquis obligetur an aliquis liberetur: ubi de obligando quaeritur, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem, ad negandum: ubi de liberando, ex diverso, ut facilius sis ad liberationem.*

La situation est en revanche plus complexe et doit avoir suscité plus de difficultés si le juge de l'action directe a rejeté au fond la contrecréance: il peut tout à fait l'avoir fait injustement, et l'ancien tuteur peut se sentir légitimement lésé; alors il est beaucoup moins évident de dire que le défendeur agit nécessairement dolosivement en voulant faire valoir ses impenses par l'action contraire de tutelle. Toutefois, le texte d'Ulpien nous donne la raison pour laquelle l'ancien tuteur peut être dit agir dolosivement: « *et adquevit* », il a acquiescé, ce qui peut soit vouloir dire qu'il n'a pas fait appel (ce qui est possible à l'époque d'Ulpien, et ce qui est la voie de droit naturelle qu'il aurait dû emprunter s'il contestait la décision du juge), soit qu'il a manifesté, au cours de l'instance directe, son acquiescement au rejet, et ne fait que faire pirouette. Alors, son intention d'agir par l'action contraire est en soi constitutive de mauvaise foi. Sur le plan pratique, cela revient au même que si l'action était éteinte *ipso iure* par l'effet de la *litis contestatio* dans l'action directe. Toutefois, sur le plan théorique, *stricto sensu*, les contrecréances du tuteur n'ont pas été éteintes par l'effet consommé de la *litis contestatio* de l'*actio tutelae*, et quand on veut dans l'action contraire se défendre purement et simplement par l'autorité de chose jugée, le moyen de droit commun reste l'insertion d'une *exceptio rei iudicatae* dans la formule¹⁷⁵⁴.

-Il convient encore de noter que cela ne vaut que si « *reprobata est haec reputatio* »: il faut comprendre que la contrecréance a été rejetée au fond soit parce que la dépense n'a pas été faite *bona fide* (par exemple parce qu'un tuteur a fait des dépenses voluptuaires dans l'espoir que le pupille ne pourra jamais les rembourser, pour ainsi essayer de s'octroyer la possession d'une partie du patrimoine du pupille), soit parce qu'elle n'existe pas. Toutefois, la *reprobatio* doit porter sur l'existence de la contrecréance, non sur sa preuve. Si le juge considère que la contrecréance n'a pas pu être prouvée, alors au mieux on pourra opposer à l'ancien tuteur l'exception de chose jugée insérée dans la formule; la *bona fides* ne pourra sans doute pas, *ipso iure*, l'empêcher de réclamer dans l'action contraire ce qu'il n'arrivait pas à prouver dans l'action directe.

Donc, le sort de la contrecréance au regard de la *litiscontestatio* dans l'action directe montre lui aussi que jamais en principe la prise en compte par le juge des

¹⁷⁵⁴ A supposer d'ailleurs qu'on considère en 3.5.7.2 le « *quia exceptio rei iudicatae opponenda est* » comme interpolé, et qu'Ulpien ait simplement écrit « *uerius est agi contrario iudicio non posse* », il aurait sans doute fait référence à cette inhérence de l'exception de dol, dol consistant à exiger deux fois sa créance et à espérer une erreur de procédure de l'adversaire, et non à un effet extinctif de la *litis contestatio* dans l'action directe; mais il savait qu'en pratique, c'était « comme si » (*quasi re iudicata*) la chose avait été jugée.

contrecréances ne peut être considérée comme une voie d'extinction *ipso iure* de l'obligation. Elle n'est donc dictée que par des considérations procédurales liées aux pouvoirs du juge dans l'instance. La compensation est une modulation de la condamnation, que le juge est fondé à opérer grâce à une certaine interprétation de la clause *ex fide bona*.

2.2.2.2.2. *Le fondement: La deductio boni uiri arbitrato et la satisfactio inter moras litis (II)*

Le fondement d'un pareil pouvoir est reporté généralement à *l'officium iudicis*. Toutefois, il en est la manifestation, et nous voudrions préciser à titre d'hypothèse le raisonnement qui à notre avis a conduit le juge à tenir compte des contrecréances dans les actions de bonne foi. Bien que la particularité de cette compensation judiciaire soit qu'elle s'opère entre des créances nées *ex eadem causa*, il nous semble difficilement envisageable que la compensation dans les actions de bonne foi trouve son origine dans l'idée abstraite de contrat synallagmatique (A), et nous l'envisagerons plutôt comme un problème incident dans l'instance lorsque le défendeur est prêt à satisfaire mais en pratiquant des *deductiones boni uiri arbitrato* (B).

2.2.2.2.2.1. *Un fondement peu probable: l'idée de contrat synallagmatique (A)*

L'idée courante, et sans doute valable *a posteriori*, est de mettre en étroite relation la possibilité d'une compensation avec l'idée de contrat synallagmatique. La réciprocité des prestations, l'interdépendance des obligations impliqueraient naturellement une compensation. Toutefois, l'origine de la compensation ne peut, pour plusieurs raisons, se trouver dans une réflexion abstraite sur la bilatéralité des contrats. Tout d'abord, la compensation est un mécanisme ancien (1°), par ailleurs l'idée de contrat synallagmatique trouve son expression procédurale dans l'existence de deux actions (2°).

1°Le mécanisme de la compensation ne peut avoir trouvé son point d'appui dans l'idée de rapport bilatéral, nous semble-t-il, parce qu'elle est née à une époque où l'idée de contrat synallagmatique n'existe pas, même en germe.

La trace la plus ancienne que nous ayons d'un pareil mécanisme compensatoire se trouve sans doute dans une citation de Celse¹⁷⁵⁵: le vendeur a vendu son esclave en précisant au moment de la formation du contrat qu'il avait un pécule de 10 qui n'était grevé d'aucune dette. Si le pécule est supérieur à ce montant, en principe il doit donner l'intégralité (à moins que 10 n'ait été qu'un montant limitatif), et s'il se révèle inférieur à ce montant, il lui doit tout de même lui garantir un pécule de 10.

Celse considère toutefois que, si la remise tardive de l'esclave avec son pécule est imputable à l'acheteur, alors le vendeur peut conserver (sur le pécule, ou sur la différence entre le pécule promis et le pécule effectif, pensons-nous, car les deux textes 38pr. et 38.1 parlent à notre avis du même cas) une indemnité pour les frais de nourriture entraînés par la garde de l'esclave, et ce « *per arbitrium* ». Il s'agit donc bien d'une compensation. Or il invoque dans ce cas l'autorité de deux juristes médiorépublicains, Sextus Aelius et Livius Drusus. Donc au début du II^e s. av. J.C., Sextus Aelius semble invoquer la compensation comme un procédé naturel dans les contentieux liés à la vente. Certains objecteront qu'il n'est en rien prouvé qu'il s'agisse d'une *actio empti*¹⁷⁵⁶. Toutefois, qu'est-ce que cela pourrait être d'autre? Peut-être un arbitrage privé¹⁷⁵⁷? Pour la seconde moitié du II^e siècle, on ne voit pas pourquoi Livius Drusus, qui connaît déjà l'action de mandat, ne parlerait pas de l'*actio empti*. Il n'y a donc aucune raison de croire que Celse invoque leur double autorité pour des cas aussi distincts qu'un arbitrage privé et une *actio empti*: les deux parlaient sans aucun doute de cette dernière.

Quant à l'expression *per arbitrium*, elle est difficile à analyser: veut-elle dire « discrétionnairement » (avec la limitation imposée par l'*arbitrium boni uiri*), puisque le vendeur seul est capable d'estimer grossièrement ce qu'il a dépensé pour cet esclave? Ou bien veut-il dire par l'effet de l'instance? Ou encore, en supposant le texte légèrement corrompu, « *per arbitrum* », par l'entremise de l'arbitre? Quoiqu'il en

¹⁷⁵⁵ Dig. 19.1.38pr. et 19.1.38.1. Celsus 8 Dig. *Si venditor hominis dixit peculium eum habere decem nec quemquam adempturum, et si plus habet, totum praestet, nisi hoc actum est, ut dumtaxat decem praestaret, si minus est, praestet esse decem et talem servum esse, ut tantum peculii habeat. 1. Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitate posse servari sextus aelius, drusus dixerunt, quorum et mihi iustissima videtur esse sententia.*

¹⁷⁵⁶ Ainsi, U.VON LÜBTOW, *Catos leges*, p.419, considère qu'il s'agit de la *iudicis arbitriue postulatio*.

¹⁷⁵⁷ M.TALAMANCA, *Bona fides*, p.41 n.134.

soit, ce texte prouve que le mécanisme de la compensation est déjà connu au II^{ème} siècle avant J.C..

Or il est évident que la notion même de contrat synallagmatique ne pouvait être opératoire à une pareille époque, pas plus que la notion même de contrat, qui semble se dessiner entre l'époque de Cicéron et de Labéon.

En fait, tirer la compensation de la nature synallagmatique des contrats, c'est inverser historiquement, nous semble-t-il, la cause et l'effet. C'est l'exercice de la compensation *ex eadem causa* comme propriété de certains *iudicia* qui peut avoir contribué à construire, en filigrane, une catégorie spéciale dite de contrat synallagmatique.

2° La notion même de contrat synallagmatique tient beaucoup plus au fait que d'un même contrat naissent deux actions. En reconnaissant l'existence de deux actions qui naissent de part et d'autre d'un *negotium*, on reconnaît l'existence de deux obligations, et chaque action est au service d'une obligation. C'est exactement l'inverse de ce qui se produit en matière de contrats de droit strict.

Or, d'une part, il nous semble que l'existence d'une action contraire est souvent considérée, au moins au point de vue théorique, comme née de la déficience du système de la compensation, et non l'inverse. Gaius considère ainsi¹⁷⁵⁸ que la compensation offre certaines limites, et que c'est pour cela qu'une action contraire est nécessaire. Le cas le plus célèbre est celui de l'*actio tutelae*: le *iudicium contrarium* est une invention plus tardive que le préteur a introduite dans les moeurs judiciaires, aux dires d'Ulpien¹⁷⁵⁹, alors qu'en principe, le pupille ne peut être obligé envers son tuteur *iure ciuili*, ni même obligé *sine auctoritate*. Il semble que c'est plutôt la compensation qui a permis d'introduire dans les moeurs, de préfigurer, *utilitatis causa*, une voie de droit nouvelle pour que le tuteur soit remboursé de ses impenses même lorsqu'elles excéderaient ce à quoi il est susceptible d'être condamné. Aussi pensons-nous que la compensation n'est en rien fondée sur l'existence d'une action directe et d'une action contraire qu'on réunirait en une seule instance, mais, au moins pour les contrats synallagmatiques imparfaits, c'est plutôt l'inverse: l'exercice de la

¹⁷⁵⁸ Dig. 13.6.18.4 Gaius 9 ad ed. provinc. *Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest saluum habere iure pensationis. sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat, aut iudex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit aut sine iudice restituta est: dicemus necessariam esse contrariam actionem.*

¹⁷⁵⁹ Dig. 27.4.1

compensation a participé indirectement à la construction en filigrane de la notion de contrat synallagmatique.

D'autre part, l'idée de contrat synallagmatique suppose l'existence de deux obligations reconnues par le droit positif par voie d'action civile; or la compensation admet, comme l'a très bien montré P.Pichonnaz¹⁷⁶⁰, des contrecréances naturelles, ou du moins non sanctionnables par l'action civile contraire. Ainsi, selon Paul¹⁷⁶¹, un associé ne peut intenter contre le *pater familias* de son associé *alieni iuris* qu'une action à hauteur du pécule, alors même que le montant de sa créance dépasse ce pécule, mais il est en revanche fondé, s'il est défendeur à l'*actio pro socio*, à faire valoir en compensation l'intégralité du montant de sa contrecréance, même si elle dépasse le pécule. Aussi la compensation n'est-elle pas liée à l'interdépendance de deux obligations sanctionnables *iure civili*¹⁷⁶².

-D'autre part, dans le même ordre d'idées, nous avons vu plus haut que l'effet extinctif de la *litis contestatio* ou de la *condemnatio* ne porte pas sur la contrecréance qu'on fait valoir en compensation, ce qui serait la propriété naturelle de la compensation si l'action et la condamnation étaient destinées à éteindre de part et d'autre les obligations nées du contrat. Or, à l'inverse des *mutuae petitiones*, une *actio empti* sert à sanctionner la créance de l'acheteur, une *actio uenditi* la créance du vendeur: la prise en compte de contrecréances tient au pouvoir de modulation de la condamnation offert au juge, et elle ne les éteint jamais en vertu des effets « civils » de la *litiscontestatio*. Ce qui éteint totalement ou partiellement la créance principale à l'action directe, ce n'est jamais la compensation en elle-même, c'est l'effet extinctif de la *litis contestatio* dans cette action directe. Ce n'est que dans une seconde phase, essentiellement dans le droit de Justinien, qu'on peut dire que les créances principales « *minuuntur ipso iure* » par l'effet de la compensation. D'ailleurs, si la compensation était née de l'idée de contrat synallagmatique, alors les actions de bonne foi devraient être rédigées comme des *iudicia duplicia*, où chacun est *actor* et en même temps *reus*: pourquoi le demandeur ne pourrait-il pas être finalement condamné, s'il s'avère que sa créance est moins élevée que sa contrecréance? Les *iudicia duplicia* existent, et les

¹⁷⁶⁰ La compensation, p.62 ss.

¹⁷⁶¹ Dig. 16.2.9pr. Paulus 32 ad ed. *Si cum filio familias aut servo contracta sit societas et agat dominus vel pater, solidum per compensationem servamus, quamvis, si ageremus, dumtaxat de peculio praestaretur.*

¹⁷⁶² Voir, pour les contrecréances opposées en compensation à un impubère qui passé un contrat de vente sans l'autorité de son tuteur, ce qui est dit incidemment en Dig. 18.5.7.1 Paulus 5 quaest. (...) *an proinde sit, atque si ab initio sine tutoris auctoritate emissit, ut scilicet ipse non teneatur, sed agente eo retentiones competant (...)*

actions de bonne foi auraient eu un modèle tout trouvé dont on les avait d'ailleurs rapprochées à bien des égards, à savoir les actions divisoires.

La raison d'être du pouvoir de compensation nous paraît donc moins abstraite que la notion de contrat synallagmatique, et tient aux particularités de l'instance *apud iudicem* dans une action de bonne foi.

2.2.2.2.2. *Un lien étroit entre deductio boni uiri arbitrato et satisfactio inter moras litis (B)*

La compensation représente une entorse au principe qu'une action personnelle sert à sanctionner unilatéralement une et une seule obligation. L'*actio empti* sert à sanctionner typiquement l'obligation du vendeur, non celle de l'acheteur. Comment les juges et la jurisprudence sont-ils parvenus alors à envisager une compensation? Cela n'a pu se faire brutalement: personne n'a, par un procédé logique, déduit abstraitement la compensation de l'idée de contrat synallagmatique. Il nous semble que son mécanisme soit né d'une manière plus concrète, plus casuistique et plus incidente.

En soi, faire bénéficier au défendeur d'une réduction de sa condamnation précisément dans ces actions apparaît à première vue insolite. S'il est condamné, c'est qu'il a manqué d'une manière ou d'une autre à la bonne foi: à preuve les sanctions infamantes qui caractérisent la condamnation dans certaines d'entre elles, et l'on ne voit pas pourquoi le juge, libre de refuser la compensation, irait s'embarrasser d'opérer une *aestimatio litis* encore plus complexe en tenant compte de contrecréances, qui nécessitent elles-mêmes un calcul et une évaluation, pour un défendeur qui non seulement n'a pas rempli ses obligations mais a refusé de réparer ses fautes contractuelles.

Le fondement d'une pareille pratique est à rechercher tout d'abord plus concrètement dans l'exigence de bonne foi qui pèse sur le demandeur. *Dolo facit qui petit quod redditurus est*. En soi, réclamer l'intégralité de sa créance lorsqu'on sait devoir à son tour en rendre une partie serait de toute manière contraire à la bonne foi, et suppose que le juge module une pareille demande.

Dans certains cas, qui sont de loin les plus fréquents au vu du profil des institutions concernées, le demandeur qui réclame restitution est dolosif à ne pas rembourser les

impenses faites *bona fide* par le défendeur. Le juge peut alors autoriser le défendeur à retenir la chose, et peut même l'absoudre. Il est significatif qu'on obtienne cette solution par la voie d'une *exceptio doli* dans le cas des formules d'actions réelles munies d'une clause arbitraire *nisi arbitrio iudicis restituetur*. Il est encore plus significatif que les actions réelles, par le biais de la clause restitutoire, autorisent le défendeur à déduire, des fruits qu'il aurait perçus, les impenses faites au titre de la chose détenue. Ce mécanisme propre aux actions de bonne foi se rencontre donc marginalement ailleurs, non dans des actions visant à sanctionner des créances et des obligations, mais dans des formules d'actions réelles qui possèdent une clause arbitraire donnant au juge un large pouvoir discrétionnaire pour l'*aestimatio litis*.

La compensation judiciaire par la condamnation, qui n'emporte même pas l'extinction civile de la contrecréance, est donc un effet secondaire selon nous de la pratique des *deductiones boni uiri arbitrato*, déductions qui s'opèrent *ut inter bonos bene agier oportet*. Il n'est nullement besoin, entre *boni uiri*, de procéder à des mouvements de transfert de part et d'autre. Et c'est lorsque dans la phase *apud iudicem*, à l'occasion d'un contentieux, les *boni uiri* ne sont pas d'accord sur le montant final de la *satisfactio*, que le juge tiendra compte des contrecréances pour l'*aestimatio litis*.

Le mécanisme de la compensation supposait donc originairement, à notre avis, que la déduction s'opère lorsque le défendeur manifeste un minimum de bonne foi, une intention, au moins au cours de l'instance *apud iudicem*, d'agir *ut inter bonos bene agier oportet*, notamment en offrant de satisfaire pour le reliquat.

En effet, une fois l'absolution en cas de *satisfactio inter moras litis* admise à titre de principe, la même question pratique incidente, mais de grande importance, se pose: comment le juge évalue-t-il la « bonne » *satisfactio* qui permettra au défendeur d'être absout? Il la mesure *secundum bonam fidem*. Cette *satisfactio* est différente du montant et du contenu de la dette civile. Cela peut conduire à distordre l'*aestimatio litis* à la hausse (*usurae, fructus*), mais encore à la baisse (*deductio*). Une casuistique de la *satisfactio inter moras litis* a nécessairement conduit à se demander si l'on peut considérer de bonne foi un défendeur proposant une *satisfactio* inférieure au montant de sa dette sous prétexte qu'il s'est appauvri au profit du demandeur ou qu'il est lui-même son créancier. Par contrecoup la question s'est posée de savoir si le demandeur est de mauvaise foi à exiger l'intégralité de sa créance alors qu'il est lui-même

débiteur. Dans le cas relaté par Celse¹⁷⁶³, le vendeur doit-il, pour manifester un comportement de *bonus uir* et *satisfacere*, donner l'ensemble du pécule, disons 10, ou, puisqu'il a fait des dépenses pour l'esclave qu'il a gardé chez lui pour des raisons imputables à l'acheteur, dépenses estimées à 3, ne rendre que 7? S'il se propose de rendre 7, n'agit-il pas *ex bona fide*? Il peut « *seruare per arbitrium* ». L'arbitrage lui permet de conserver 3, parce que le juge ne le condamne que lorsqu'il dépasse les limites de la *bona fides*. Ainsi, la *bona fides* tolère ce que Caton appelait déjà la « *deductio boni uiri arbitrato* »¹⁷⁶⁴.

C'est donc, à notre avis, dans l'exercice d'évaluation de la *bona fides* du demandeur en tant qu'elle se manifeste dans une *satisfactio inter moras litis*, que le juge est amené à « *habere rationem compensationis* »: le défendeur reste dans les limites de la *bona fides* lorsqu'il s'exécute ou propose de s'exécuter en déduisant de sa prestation ses contrecréances valables nées *ex eadem causa*, et pourra donc espérer l'absolution.

Notre hypothèse n'est bien sûr qu'une hypothèse; elle est assez difficile à démontrer, puisque démontrer le lien manifeste entre ces deux solutions, *satisfactio inter moras litis* absolutoire et compensation, supposerait des textes de doctrine qui considèrent les deux comme des propriétés originales des *iudicia bonae fidei*. Or le triomphe de la doctrine sabinienne a justement fait perdre à la *satisfactio inter moras litis* des *iudicia bonae fidei* toute originalité, et donc la compensation est devenue une propriété des *iudicia bonae fidei* avec un statut autonome. Toutefois, notre hypothèse nous paraît beaucoup plus vraisemblable qu'un fondement théorique et principiel dans l'idée abstraite de contrat synallagmatique, et elle nous paraît fort probable au vu d'un certain nombre d'arguments; d'une part, l'exercice de la compensation est souvent fait sans référence à la condamnation (1°); et l'analyse des Institutes de Gaius montre un lien structurel entre *satisfactio inter moras litis* absolutoire et condamnation au reliquat après compensation (2°).

1°La compensation entre créances et contrecréances ne s'impose jamais de plein droit. Ainsi, semble-t-il, son exercice est soumis à une certaine casuistique, et ne semblait pas au début de l'époque classique admis comme une règle générale: il relève toujours de la liberté du juge.

¹⁷⁶³ Voir *supra* Dig. 19.1.38pr. et 19.1.38.1. Celsus 8 Dig.
¹⁷⁶⁴ *De Agr.* §§144 et 145.

Ainsi par exemple, un cas examiné par Labéon et relaté par Ulpien, montre qu'il n'était pas toujours évident d'opérer la compensation dans l'action de mandat¹⁷⁶⁵: *reputationes quoque hoc iudicium admittere*. Il semblerait que Labéon ait traité casuistiquement du problème de la compensation des impenses dans les actions de bonne foi et que sa solution ait été originale. En effet, dans l'action de mandat (ou de gestion d'affaires), fondée sur l'*amicitia*, il n'est pas nécessairement évident de laisser le défendeur opérer lui-même des *deductiones* sur ce qu'il doit rendre des *fructus*¹⁷⁶⁶.

Le langage de Labéon semble situer le problème au niveau de l'instance (une fois la formule rendue, *hoc iudicium admittere*). « *Sicuti fructus cogitur restituere* » est à mettre en parallèle avec la restitution dans les formules arbitraires des actions réelles, où le juge invite préalablement le défendeur à s'exécuter en lui indiquant ce que sera la bonne restitution, à savoir une restitution de la chose avec ses fruits. Le texte paraît donc renvoyer à des opérations survenues *inter moras litis, post litiscontestationem*, mais avant la condamnation, dont il n'est pas fait mention. On peut penser que la *deductio-compensatio* s'opère dans le même cadre. Nous avons vu que les *fructus* sont à restituer *officio iudicis*, et que leur restitution est très vraisemblablement liée à la discipline de la *satisfactio inter moras litis*, tout comme dans les formules arbitraires des actions réelles.

Ce texte manifesterait ainsi que Labéon traitait de la compensation dans le cadre de la possibilité d'une *satisfactio inter moras litis* absolutoire justifiée par une interprétation de la clause *ex fide bona*, au même titre que les *fructus praestandi officio iudicis*: le programme judiciaire impliquera de déterminer le juste montant de la *satisfactio*, qui peut encore s'opérer avant la condamnation. C'est donc à travers le contrôle, *arbitrio iudicis*, de la « bonne » *satisfactio post litis contestationem*, qu'interviendrait le processus compensatoire, ou directement à travers l'*aestimatio litis*.

¹⁷⁶⁵ Dig. 17.1.10.9 Ulpianus 31 ad ed. *Idem labeo ait et verum est reputationes quoque hoc iudicium admittere et, sicuti fructus cogitur restituere is qui procurat, ita sumptum, quem in fructus percipiendos fecit, deducere eum oportet: sed et si ad vecturas suas, dum excurrit in praedia, sumptum fecit, puto hos quoque sumptus reputare eum oportere, nisi si salariarius fuit et hoc convenit, ut sumptus de suo faceret ad haec itinera, hoc est de salario*. Il pourrait s'agir, notons-le, de la *negotiorum gestio*, si l'on considère que Labéon considérerait encore que l'*actio negotiorum gestorum* était la seule dirigée au début de l'époque classique contre un *procurator omnium bonorum* ou du moins contre un *procurator* qui gère des universalités. Toutefois, Ulpien en parle à propos du mandat dans son commentaire à l'édit en disant *hoc iudicium*. Voir G.FINAZZI, *Negotiorum gestio*, I, p.

¹⁷⁶⁶ Toutefois, à l'inverse de ce que semble penser A.WATSON, *Mandate*, p., nous ne pensons pas que la compensation ait été admise dans un pareil cas seulement après Labéon; simplement, l'exercice judiciaire de la compensation n'est jamais un acquis préétabli par l'ordonnancement du *ius civile*, et Labéon ne présentait pas encore de vue générale sur l'office de compenser dans les actions de bonne foi comme le fait Gaius en *Inst.* IV.61.

A cet égard, remarquons que derrière l'expression de Celse visant l'opinion de Livius Drusus et Sextus Aelius¹⁷⁶⁷, « *posse per arbitrium indemnitate servare* », on peut concevoir naturellement le même procédé: le vendeur pourrait conserver une partie du pécule au moyen de l'arbitrage évaluatif; l'idée est qu'il ne s'est pas exécuté avant l'instauration de l'*arbitrium*, mais qu'il va s'exécuter avant le jugement pour ne pas être condamné, en tenant compte de sa contrecréance telle qu'elle a été appréciée par le iudex. Livius Drusus et Sextus Aelius se plaçaient sans doute du point de vue de l'*aestimatio litis*, après la délivrance de l'*arbitrium*, mais indépendamment de toute condamnation.

Plus généralement, les cas de compensation sont rarement envisagés par rapport à la condamnation; il sont envisagés abstraitement comme une possibilité pour le défendeur de déduire de sa propre dette ses contrecréances, sans doute dans la perspective où il offrira sérieusement de *satisfacere* avant une condamnation. Le seul texte qui parle de la condamnation est celui plus systématique, des *Institutes*.

2°Le texte de Gaius en IV,61, quant à lui, fait clairement référence à la condamnation. Le juge peut condamner après avoir compensé. Il va moduler *ex aequo et bono* le montant de la condamnation, en tenant compte de la contrecréance, dans le cas où le défendeur n'a pas satisfait auparavant. Dès lors, le processus compensatoire semble envisagé indépendamment de la *satisfactio inter moras litis*. Et cela peut sembler naturel: indépendamment de la bonne foi manifestée par le défendeur durant l'instance, le juge tiendra compte de la contrecréance. Gaius semblerait donc décrire un état du droit où la propriété compensatoire des *iudicia bonae fidei* dans la condamnation est envisagée indépendamment de la possibilité de *satisfactio inter moras litis*. Mais ce n'est pas si sûr:

-A cause de la mutilation du texte, on ne connaît pas ce qui précédait le morceau de phrase sauvé en IV,61. Or, d'après le texte des *Institutes* de Justinien, qui doit être resté assez fidèle à la pensée du Gaius original sur ce point, l'opération de compensation tient justement au pouvoir d'évaluation *ex aequo et bono*, conféré au iudex, de ce que le défendeur « *restituere debeat* »¹⁷⁶⁸ L'office consistant à ne condamner qu'au reliquat découle, selon ce texte, du pouvoir d'estimer *ex aequo et*

¹⁷⁶⁷ Voir *supra* Dig. 19.1.38pr. et 19.1.38.1. Celsus 8 Dig.

bono « *quantum actori restitui debeat* ». La formulation est intéressante: elle ressemble étrangement au processus d'évaluation indiqué par les formules arbitraires des actions réelles, ne serait-ce que par l'expression impersonnelle *restitui*, qui est à rapprocher de la clause « *nec/nisi restituetur* » des formules d'actions réelles, sur laquelle se fonde la possibilité d'absolution en cas de *satisfactio post litis contestationem*. La phrase est d'ailleurs intéressante encore en ce qu'elle est très similaire à celle mentionnée plus bas au sujet des formules arbitraires¹⁷⁶⁹: ce même pouvoir d'évaluation *ex aequo et bono* porte sur une première estimation que fera le juge de ce que serait une *satisfactio* de nature à entraîner l'*absolutio*.

Dans le cas des actions de bonne foi, il ne s'agit donc pas non plus de condamner, mais bien d'estimer le montant d'une restitution « libératoire » (*restitui debeat*): significativement, le texte ne dit pas « **aestimari ex aequo et bono quantum oporteat reum condemnari* ». Le juge ne fera qu'une estimation de ce que le débiteur doit restituer *inter moras litis* pour faire preuve de *fides*, et pour être donc absous.

Et c'est de cette propriété de l'instance (*in quo illud continetur*) que découle le pouvoir de condamner en tenant compte des contrecreances. Le juge, après avoir opéré cette évaluation de ce qui serait une *satisfactio* libératoire, est pour ainsi dire tenu par son office à condamner au reliquat: soit parce que le défendeur a manifesté cette mauvaise foi processuelle consistant à ne pas du tout s'exécuter, soit parce qu'il n'a pas exécuté dans son entier ce que le juge estimait être une bonne *satisfactio* (dans ce dernier cas, d'ailleurs, le juge ne condamnera qu'au reliquat en tenant compte à la fois des contrecreances et de l'exécution partielle).

Le texte de Justinien est sans doute très proche de la pensée de Gaius: en effet, Justinien n'aurait aucun intérêt à inventer un texte qui parle des règles de la *satisfactio inter moras litis* dans les formules arbitraires et dans les actions de bonne foi comme d'une spécificité, alors qu'à son époque, dans la *cognitio extra ordinem*, « *omnia iudicia sunt absolutoria* ».

¹⁷⁶⁸ II, 4.7.32 (...) *In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi quantum actori restitui debeat. in quo et illud continetur, ut, si quid invicem actorem praestare oporteat, eo compensato, in reliquum is cum quo actum est condemnari debeat. (...)*

¹⁷⁶⁹ II, 4.7.33 (...) *in his enim actionibus et ceteris similibus permittitur iudici ex bono et aequo, secundum cuiusque rei de qua actum est naturam, aestimare quemadmodum actori satisfieri oporteat. (...)*

Donc, le texte original de Gaius manifestait très probablement lui aussi le lien très étroit qui unit la *satisfactio inter moras litis* avec le processus compensatoire, qui n'a rien de commun avec le système des modes d'extinction civils des obligations.

Le lien entre la *satisfactio inter moras litis* et la compensation se découvre encore à plusieurs titres dans les *Institutes*. Notons tout d'abord que Gaius n'opère que par deux fois des généralisations autour de la notion de *iudicium bonae fidei*, une fois à propos de la *satisfactio inter moras litis* et une fois à propos de la compensation. Significativement, il n'envisage jamais, lorsqu'il traite des exceptions de dol et de pacte, leur inutilité dans les *iudicia bonae fidei* du fait de leur inhérence, alors que ce sont leurs deux autres grandes caractéristiques; significativement, Théophile n'a pas repris, en revanche, l'énoncé de IV,115, qui traitait spécifiquement de la *satisfactio inter moras litis*, et de la vue archaïque des Proculiens.

Ensuite, il nous semble que le vocabulaire utilisé est le même: l'idée de « *liberum officium* » est présente dans les deux textes; en IV,61-IV,63, elle est présente sous la forme du « *liberum est iudici...* », et au vu du texte de Justinien, il y avait sans doute une mention similaire auparavant, de son *liberum officium*, ou de sa *libera potestas*. Très probablement, s'il est aussi allusif en IV,115 à propos de la raison pour laquelle les Proculiens reconnaissent dérogoirement au juge d'une action de bonne foi la possibilité d'absoudre en cas de *satisfactio post litis contestationem*, et s'il ne fait référence qu'à ce *liberum officium iudicis*, c'est parce que cette propriété est la même que celle dont il traitait en parlant de la compensation en IV.61.

Gaius nous donne le fondement, en synchronie, de la compensation: « *quia id iudicio bonae fidei conueniens uidetur* »: tenir compte des contrecréances est en harmonie avec l'idée de jugement portant sur la *bona fides*. Or évaluer la *bona fides* suppose pour le juge à la fois de ne pas tenir compte de l'effet fixateur de la *litis contestatio* et de dépasser l'unilatéralité qui caractérise *stricto sensu* les formules. Pour le dire autrement, tenir compte des impenses utiles qu'on a faites, des dettes éventuelles du demandeur qui naissent de la même cause, lorsqu'on propose une satisfaction, c'est bien agir *ut inter bonos*; et inversement, pour le créancier, ne pas en tenir compte lorsqu'il réclame satisfaction, c'est ne pas agir *ut inter bonos*.

Si la plupart des formules *ex fide bona* pouvaient donc aboutir à des conséquences socialement (voir juridiquement) infamantes à l'époque républicaine, dans des contentieux entre personnes liées par une *societas uitae*, le principe même d'une absolue pour *satisfactio inter moras litis* imposait par une sorte d'interprétation

téléologique, une évaluation *benignior* mais équilibrée du montant de la *satisfactio*: comme le montre encore bien Labéon¹⁷⁷⁰, autant le juge tiendra compte des fruits perçus, des intérêts pour le retard, qui alourdissent la *satisfactio* absolutoire, autant il tiendra compte des contrecréances, qui quant à elles l'allègent, parce que le demandeur serait de mauvaise foi à vouloir obtenir l'intégralité d'un montant dont il sait qu'une partie devra être plus tard restituée au défendeur. C'est sans doute cet équilibre que vise l'expression *ex aequo et bono* pour caractériser au moment de l'instance l'*officium iudicis*.

¹⁷⁷⁰

Dig. 17.1.10.9

Conclusion

Sans doute Quintus Mucius serait-il étonné qu'un de ses propos, rapporté par un auditeur qui n'a de surcroît même pas suivi la carrière de juriste, suscite à lui seul autant d'intérêt et fasse l'objet d'un travail de plusieurs années. Mais ce ne serait que modestie de la part du plus grand juriste d'époque républicaine. Son opinion à propos des *arbitria in quibus additur ex fide bona* suscitera toujours de longues réflexions, et quelque long et laborieux que puisse être notre ouvrage, il ne prétend aucunément y mettre un terme.

Sans doute encore Mucius serait-il loin d'acquiescer à toutes nos analyses et renverrait l'apprenti romaniste à une lecture soignée de ses *libri iuris ciuilis*. Nous regrettons fort qu'il ne soit pas là pour nous dire si certaines de nos interprétations auraient tout de même trouvé grâce à ses yeux, mais nous espérons qu'elles auront suscité l'attention du lecteur^(1°), tout comme nous espérons qu'elles stimuleront d'autres réflexions tant au sujet des actions de bonne foi que des figures juridiques qu'elles protègent et sanctionnent (2°).

^{1°}Ces actions doivent vraisemblablement peu au préteur, mais leurs formules donnent beaucoup au juge.

Malgré leur diversité, malgré leur évolution, tributaire de l'évolution de la réflexion jurisprudentielle comme de l'histoire de la procédure civile à Rome, les *iudicia in quibus additur ex fide bona* sont bien l'expression de prétentions fondées *iure ciuili*, et la jurisprudence classique n'a en ce domaine rien ajouté de nouveau par rapport à l'époque républicaine en les qualifiant très généralement d'actions civiles. Le rôle du contact des romains avec les pérégrins n'y a joué sans doute qu'un rôle secondaire, et c'est selon nous

dans les interstices de la *lex* que le *proprium ius civile* et l'*interpretatio prudentium* ont su élaborer des cas d'ouverture nouveaux qui ne donneraient droit qu'à des actions personnelles réipersécutoires. Du jour où les formules purent être dites des *iudicia legitima*, les actions de bonne foi furent automatiquement considérées comme des actions pleinement civiles, de par leurs prérequis substantiels et de par leur *modus agendi*. La banalité de leur *oportere* aux yeux des juristes en est le plus sûr témoignage.

En revanche, l'originalité de la clause *ex fide bona* que contiennent leurs formules est double:

- Plus que d'exprimer une source du droit ou d'établir d'une manière redondante que ce sont des prétentions incertaines, elle représente un standard qui est censé conférer au juge un pouvoir généralement explicité dans les formules, soit de manière stable dans l'édit (clause arbitraire), soit par des adjonctions lors de l'édition de la formule (exceptions)

- L'expression de ces actions a dû tenir compte d'impératifs « diplomatiques » particuliers dans le cas de contentieux naissant de figures marquées par la *societas uitae*. La confection ingénieuse de ces formules laisse encore apparaître un souci d'euphémisme, lié à l'*honor* et à la *reuerentia*.

A ce souci d'euphémisme correspondent les solutions ingénieuses de la jurisprudence qui les analyse et les interprète pour amplifier les pouvoirs du juge. Là où la *formula* est *tector*, les pouvoirs du juge en cours d'instance sont simplement reconnus comme implicitement fondés sur la formule (*non aperte uerbis exprimuntur*), et c'est à la jurisprudence qu'il revenait de « régler » ce *liberum officium iudicis*.

Là s'arrêtent nos convictions nées de cette recherche.

2° Nous n'avons pas tenté de fournir un « scénario » d'apparition des actions de bonne foi.

Il est difficile d'articuler les résultats de notre recherche avec la genèse des formules et plus particulièrement des formules à *demonstratio*. Sans doute manquons-nous d'expérience pour nous faire un avis précis sur la naissance de la procédure formulaire. Les résultats de notre recherche sur la dimension euphémique et diplomatique des formules à clause *ex fide bona* invitent peut-être toutefois à davantage différencier le problème spécifique de leur genèse du problème plus général de la genèse des formules à *demonstratio*, ou des formules à *intentio incerta*. Notre étude sur leur dimension euphémique mérite, pensons-nous, pour aboutir à des idées précises sur leur origine et leur confection, une investigation plus profonde d'ordre

socio-historique, sur les rapports d'affinité sociale et sur leur influence dans la pratique contentieuse des Romains.

Par ailleurs, nous n'avons pu, ni su, donner la moindre datation exacte pour leur apparition, ni même un ordre d'apparition. Bon nombre de celles présentées par Quintus Mucius existait sans doute déjà vers 124 av. JC, date à laquelle est établie une action de mandat, mais nous ne saurions dire avec certitude si certaines d'entre elles existaient déjà dès le III^{ème} siècle avant J.C. Nous n'avons notamment pas pu établir une postériorité ou une antériorité des actions infamantes sur les actions non infamantes, ni comprendre si l'un des deux groupes représente un modèle de rédaction pour l'autre. A ce titre encore, dans la mesure où la reconstruction exacte de la formule de la fiducie reste une pomme de discorde, il nous a été impossible d'examiner leur rapport génétique exact entre elle et les *iudicia in quibus additur ex fide bona*.

Enfin, nous avons essayé de nous garder d'envisager les voies contentieuses qui les précéderent dans la sanction de ces institutions particulières qu'elles protègent. Corrélativement, nous nous sommes gardé de présenter pour chaque institution des hypothèses précises sur leur apparition. Au mieux avons-nous avancé que le consensualisme peut tout autant être envisagé comme le fruit d'une affinité sociale marquée que le symptôme d'une origine dans les échanges avec les pèlerins.

Sans doute les études sur l'origine des actions de bonne foi nécessitent-elles de prendre encore davantage en compte cette distinction fondamentale dont nous sommes partis, la distinction entre actions de bonne foi infamantes et actions non-infamantes. Tout résultat plus précis mérite à notre avis une étude plus spécifiée, action par action, tendant à montrer des développements différenciés, et si notre travail a pu susciter quelque intérêt pour une étude plus approfondie de certaines de ces institutions, nous en serions très honoré.

Bibliographie

I) Sources antiques :

A) Sources littéraires :

ARISTOTE

-*Constitution d'Athènes* : CUF, 1922

-*Politique* : CUF, tome I, 1960.

CICERON

-*De Officiis* : CUF, 2002³, 2 vol. (1ère éd : 1970).

-*De Legibus* : CUF, 2002³ (1ère éd : 1959).

-*De Natura deorum*: LATOMUS, 3 vol., 1970-1981.

-*Topica*: CUF, 1924.

-*Correspondance*: CUF, 11 vol., 1934-1991.

-*Pro Roscio Comoedo*: Discours, tome I, CUF, 1921.

-*Pro Roscio Amerino*: Discours, tome II, CUF, 1921.

-*Pro Caecina*: Discours, tome VII, CUF, 1929.

-*Pro Quinctio*: Discours, tome I, CUF, 1921.

OVIDE

-*Métamorphoses* : CUF, tome I, 1925.

PLAUTE

-*Théâtre* : CUF, 7 vol., 1932-1949.

TITE-LIVE

-*Ab Urbe condita libri* : CUF, 35 tomes.

TERENCE

- *Théâtre*: CUF, 3 vol., 1942-1949.

B) Sources juridiques :

GAIUS *Institutes*, Paris, CUF, 1991 (4ème tirage).

LENEL (O.)

-*Das Edictum Perpetuum*, 1927³.

- *L'Edit perpétuel*, 1901-1903. (trad. fr. de la 1ère éd. F.Peltier., 2 vol.).

- *Palingenesia iuris civilis*, Rome, 2000 (2 vol., rééd.).

Digeste :

KRÜGER (P.) & MOMMSEN(T.) *Corpus Iuris Civilis I : Digesta Justiniani Augusti*, 1973, Berlin, 22ème éd.

Code Justinien :

KRÜGER (P.), *Corpus Iuris Civilis*, II, 1970, Berlin, 15ème éd.

Institutes de Justinien :

KRÜGER (P.), *Corpus Iuris civilis I*, 22ème éd., 1973.

Lois :

RICCOBONO (S.) (éd.), *FIRA*, Florence, 1941, rééd. 1968.

CRAWFORD, M.H (ed.), *Roman Statutes*, 1996, Londres, (2 vol).

C. G. BRUNS, *Fontes iuris Romani antiqui, Leges et negotia*, Tübingen, 1909.

Allen Chester Johnson, Paul Robinson Coleman Norton, Frank Card Bourne, *Ancient Roman Statutes*, Austin, 1961

II) Doctrine contemporaine

ALBANESE (B.)

-« *La sponsio processuale sulla qualifica di 'uir bonus'* », SDHI 60, 1994, p.135.

-« Sulle formule che *ad legis actionem exprimuntur* », in *A l'Europe du troisième millénaire : mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi : à l'occasion du dixième anniversaire de la fondation de l'Académie*, II, 2004, p.319.

AMIRANTE (L.)

-« L'origine dei contratti di buona fede », in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, I, Milan 1988, p.81.

ANKUM (H.),

-« Il *beneficium cedendarum actionum* del mandante di credito: un beneficio basato sulla buona fede in diritto romano classico ». in *Il ruolo della buona fede oggettiva (...). Studi in onore di Alberto Burdese*, dir. L.Garofalo, vol.I, p.173.

ARANGIO-RUIZ (V.)

Le formule con demonstratio e la loro origine(1912), in *Scritti di diritto Romano*, Camerino, 1974, p.321.

-“Les formules des actions et le système du droit romain classique”, *Revue Al qanoun Wal Iqtisad*, 4, 1934, pp.1-64. Repris dans *Scritti di diritto romano*, p.419.

-*La compravendita in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell' università di Roma(1951-53)*. Naples, 1954².

-*Il mandato in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell' Università di Roma, (1948-49)*, Naples, 1963².

-*La società in diritto romano : corso di lezioni svolto nell'università di Roma anno (1949-1950)*, Naples, 1982⁶.

-*Responsabilità contrattuale in diritto romano*. Naples, 1958 (repr. éd. 1935²).

ARICO-ANSELMO (G.)

« Studi sulla divisione giudiziale. I. *Divisio e vindicatio*», in *AUPA* 42 (1992), p. 257

ARRIAT (D.),

-*Le prêteur pérégrin*, Paris, 1950.

AUBRY (Ch.) et RAU (CH.-F.)

-*Cours de Droit Civil Français d'après la méthode de Zachariae*, vol. 3, Paris, 1897⁵.

BAUD (J.-P.),

-« *Contrats nommés et contrats innommés en droit savant* », in *Mélanges G. Fransen, Studia gratiana*, XIX (1976), p. 31.

BEDUSCHI (C.),

-« I profili giudiziari della *fides* » in *Fides fiducia fidelitas: Studi di storia del diritto e di semantica storica*, Milan, 2008, p.1.

BELLOCCI (N.)

-*La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana*, Milan, 1974.

-*La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana. Le nuncupationes*. Naples, 1979

-*La struttura della fiducia. Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica alla epoca classica del diritto romano*, Naples, 1983.

BIANCHI (E.)

-« *Le actiones quae ad legis actionem exprimuntur* in Gaio. Una nuova ipotesi di lavoro. »,

BIONDI (B.)

-*Studi sulle actiones arbitrariae e l'arbitrium iudicis*. Palermo, 1913.

-*Iudicia bonae fidei*. I. Palermo, 1920.

BISCARDI (A.)

-«Gai., 3, 134 e il diritto internazionale privato», in *Estudios en homenaje al profesor F. Hernandez-Tejero*, II, Madrid, 1992-1994, pp.75-80.

-« La genesi del concetto classico di *obligatio* », in *Derecho Romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, dir. J. Paricio, Madrid, 1994, p.19.

BISCOTTI (B.)

-*Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*. Milan, 2002.

BONA (F.)

-*Studi sulla società consensuale in diritto romano*. Milan, 1973.

BRENNAN (T.C.)

-*The Roman Praetorship*, 2001 (2 vol.).

BRETONE (M.)

-« *Consortium e communio* », *Labeo* 6, 1960, p.163

BROGGINI (G.)

-*Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz, 1957.

BRUTTI (M.)

-*La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, vol.I, Milan, 1973.

BUNSE (R.)

“Die klassische Praetur und die Kollegialität”, *ZSS RA*, 119, 2002, p.29.

BURDESE (A.)

-« I contratti innominati » in *Derecho Romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, dir. J. Paricio, Madrid, 1994, p.63.

-« *In margine ai contratti innominati* », *BIDR* 88, 1985, p.397

BUTI (I.) *Il praetor e le formalità introduttive del processo formulare*. Naples, 1984.

CANNATA (C.A.)

-« *Bona fides e strutture processuali* », in *Il ruolo della buona fede oggettiva(...). Studi in onore di Alberto Burdese*, dir. L.Garofalo, vol.I, CEDAM, 2004, p.257.

-« La responsabilità contrattuale », in *Derecho Romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, dir. J. Paricio, Madrid, 1994, p.143.

CARCATERRA (A.)

-*La buona fede in diritto romano*, Bari, 1956.

-*Intorno ai bonae fidei iudicia*, Naples, 1964.

CARDILLI (R.)

-*L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C.-II sec. d.C)*, Milan, 1995

-« La buona fede come principio di diritto dei contratti. Diritto romano e america latina », in *Il ruolo della buona fede oggettiva (...). Studi in onore di Alberto Burdese*, dir. L.Garofalo, vol.I, CEDAM, 2004, p.283.

CERAMI (P.)

-« Il commodato », in *Derecho Romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, dir. J. Paricio, Madrid, 1994, p.301.

CHEVREAU (E.)

-*Le temps et le droit : la réponse de Rome. L'approche du droit privé*, Paris, 2006.

CORIAT (J.P.)

-*Le prince législateur. La technique législative des sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du principat*. Rome, 1997.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*. Paris, 2002³.

COSTA (E.)

-*Cicerone giureconsulto, I. Il diritto privato*. Bologna, 1927

DAJCZAK (W.)

-“L’uso della locuzione “bona fides” nei giuristi romani classici per la valutazione del valore vincolante degli accordi contrattuali”, *RIDA*, 1997, p.71.

-« La libertà di applicazione della clausola generale di buona fede: osservazioni sulla prospettiva del diritto romano », in *Il ruolo della buona fede oggettiva (...). Studi in onore di Alberto Burdese*, dir. L.Garofalo, vol.II, CEDAM, 2004, p.409

DAUBE (D.),

-“The Peregrine Praetor”, *JRS*, XLI, 1951, pp.66-70.

DEMOGUE (R.)

-*Traité des obligations en général*, t.VI, Paris, 1932.

FERNANDEZ DE BUJAN (A.)

-« De los *arbitria bonae fidei* pretorios a los *iudicia bonae fidei* civiles », in *Il ruolo della buona fede oggettiva (...). Studi in onore di Alberto Burdese*, dir. L.Garofalo, vol.II, CEDAM, 2004, p.31.

FINAZZI (G.)

-*Ricerche in tema di negotiorum gestio.I. Azione pretoria e azione civile*. Naples, 1999.

-*Ricerche in tema di negotiorum gestio.II.I.Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*. Cassino, 2003.

FIORI (R.)

« *Ius civile, ius gentium, ius honorarium*: il problema della 'recezione' dei *iudicia bonae fidei* », *BIDR* 101-102, 1998-1999, p.165

-*La definizione della locatio conductio*. Naples, 1999.

-*Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*. Milan, 2003.

FREYBURGER (G.)

-*Fides. Étude sémantique et religieuse depuis les origines jusqu'à l'époque augustéenne*, Paris, 1986.

FREZZA (P.)

-“*Jus gentium*”, *RIDA* (2), 1949, p. 259.

-« A proposito di *fides* e *bona fides* come valore normativo in Roma nei rapporti dell'ordinamento interno e internazionale », *SDHI*, 57, 1991, p.297.

GALLO (F.)

-*Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano*. (coll. L. Lantella), Turin, 1971.

-*L’officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Turin, 1997.

-« Un nuovo approccio per lo studio del *ius honorarium* », *SDHI*, 62, 1996, p. 1.

-« *Bona fides* e *ius gentium* », in *Il ruolo della buona fede oggettiva (...). Studi in onore di Alberto Burdese*, dir. L.Garofalo, vol.II, CEDAM, 2004, p.115.

-*Sinallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*. (2 vol.) Turin, 1995.

GANDOLFI (G.)

-*Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milan, 1976

GAUDEMET (J.)

-“Les Romains et les “autres””, in *La nozione di “romano” tra cittadinanza ed universalità*. Naples, 1984, pp.7-37.

- «L'étranger dans le Monde Romain», *Studia Classica*, VII, 1965, pp.37-47.
- GIFFARD (A.)
-*Etudes de Droit Romain*, Paris, 1972.
- GORDLEY (J.)
-« Good faith in contract law in the medieval *ius commune* », in *Good Faith in European Contract Law*, dir. R.Zimmermann et S.Whittaker, Cambridge, 2000
- GREENIDGE (A.H.J.)
-*Infamia. Its Place in Roman Public and Private Law*. Oxford, 1894.
- GROSSO (G.)
-« Ricerche intorno all'elenco classico dei "bonae fidei iudicia" », *RISG* 3,1, 1928, in *Scritti storico giuridici*, p.124.
-«Gaius III 133: riflessioni sul concetto del *jus gentium*», *RIDA*, II, 1949, p.395-400.
-« Riflessioni su "Ius civile", "Ius gentium", "Ius honorarium" nella dialettica fra tecnicismo-tradizionalismo giuridico e adeguazione allo sviluppo economico e sociale in Roma », in *Scritti Storici Giuridici*, Turin, 2000, p. 935
- GUARINO (A.)
« Alle origini del *mandatum credendi* », in *Derecho Romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, dir. J. Paricio, Madrid, 1994, p.649.
- HEINZE (R.)
-"*Fides*", *Hermès*, 64 (1929), p.140
- HORVAT (M.)
-«Osservazioni sulla *bona fides* nel diritto romano obbligatorio», in *Studi Arangio-Ruiz* 1, Napoli 1953, p. 433.
- HUMBERT (M.)
-(dir.), *Le Dodici Tavole, Dai Decemviri agli Umanisti*, Pavie, 2005.
- HUVELIN (P.)
-*L'arbitrium liti aestimandae' et l'origine de la formule*, Paris, 1907. (tiré à part, extrait des *Mélanges Gérardin*)
- KASER (M.) – HACKL (K.)
-*Das Römische Zivilprozessrecht*, Munich, 1996, (2 éd.).
- KASER (M.),
-«*Mores majorum* und *Gewohnheitsrecht*», *ZSS*, RA, 59, 1939, p. 52
-*Das römische Privatrecht*, vol.I. et II, Munich 1971-75.
-*Das Altrömische Ius*, Göttingen, 1949.
-« *Oportere* und *ius civile* », *ZSS*, 83, 1966, p.30.
-« *Ignominia* und *Infamia* in den römische Rechtquellen », *ZSS* 74, 1956, p.220.
-*Ius Gentium*, Köln-Weimar-Wien, 1993.
-« *Jus honorarium* und *Jus civile* », *ZSS* 101, 1984, p.1.
-«Die *Lex Aebutia*», in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, 1953, p.25.
-«Die Rechtsgrundlage der *actio rei uxoriae*», *RIDA* (2),1949, pp. 511
-«Zum Ediktsstil», in *Festschrift Fritz Schulz*, II,(1951), p.21.
-«Die Beziehung von *lex* und *jus* und die XII Tafeln», in *Studi in memoria di Guido Donatuti*, II, 1973, p. 523.
-«*Lex* und *jus civile*», in *Deutsche Landesreferate zum VII. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Uppsala 1966, 1967*, p.3.
- KNÜTEL (R.)
-« Die Inhärenz der *exceptio pacti* im *bonae fidei iudicium* », *ZSS*, 84, 1967, p.133

KREMER (D.)

-*Ius latinum. Le concept de droit latin sous la République et l'Empire*, Paris, 2007.

KRÜGER (H.)

-« Zur Geschichte der Entstehung der *bonae fidei iudicia* », ZSS, 11, 1890, p.165

KUNKEL (W.)

-« *Fides* als schöpferisches Element in römischen Schuldrecht », in *Festschrift für P. Koschaker*, Leiden, 1939, II, p.1.

LA ROSA (F.)

-« Il formalismo del pretore », in H. Jones, *Le Monde Antique et les droits de l'Homme*. Bruxelles, 1998, p.471.

LEVY (E.)

-*Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*. 2 vol., Aalen, 1964²(réimpress.)

LOMBARDI (L.)

« *L'actio aestimatoria e i bonae fidei iudicia* », BIDR 63, 1960, p.129.

-*Dalla "fides" alla "bona fides"*, Milan, 1961.

McKENDRICK (E.), *Contract law*, Oxford, 2005².

MAGDELAIN (A.)

- *Les actions civiles*, Paris, 1954.

-*Le consensualisme dans l'Edit du Préteur*, Paris, 1958.

-*La loi à Rome. Histoire d'un concept*. Paris, 1978.

-*Jus imperium auctoritas*. Etudes de droit romain, 1990, Ecole française de Rome.

-*De la royauté et du droit de Romulus à Sabinus*, Rome, 1995.

-« Gaius IV 10 et 33: naissance de la procédure formulaire », *TR*, LIX, 1991, pp.239-257.

MANTOVANI (D.)

-« *Iuris scientia e honores*. Contributo allo studio dei fattori sociali nella formazione giurisprudenziale del diritto romano (III-I sec. a.C.), in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, I, Naples, 1997, p. 617.

-« Gli esordi del genere letterario *ad edictum* », in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei Pontefici alla scuola di Servio*, dir. D. Mantovani, Turin, 1996, p.70

-« L'editto come codice e da altri punti di vista, in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno. Incontri di studio - Napoli, gennaio-novembre 1996. Atti*, Naples, 1998, p.129.

-*Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Padoue, 1999².

MARRONE (M.)

-*L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*. Palermo, 1955.

-« *Retentio e bonae fidei iudicia* », IURA, 6, 1955, p.170.

MARTY (G.)

-« Le rôle du juge dans l'interprétation des contrats », *Travaux de l'Association H. Capitant*, 1949.

MAYER-MALY (Th.)

-*Locatio conductio. Eine untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Vienne, 1956.

MEISSEL (F.-S.)

-*Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschafts-Vertrages*, Francfort, 2004,

METRO (A.)

- « La *lex Cornelia de iurisdictione* alla luce di Dio Cass. 36,40,1-2. », *IURA*, 20, 1969, p.500
- La denegatio actionis*, Milan, 1972.
- « *Exceptio doli e bonae fidei iudicia* », *Annali del Seminario giuridico*, CEDAM, 2006.

MOMMSEN (T.)

- Le droit public romain*, ed. Française de la troisième édition allemande, par P.F. Girard, 1893.

NEGRI (G.)

- « La gestione d'affari nel diritto romano », in *Derecho Romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, dir. J. Paricio, Madrid, 1994, p.661.

NOORDRAVEN (B.)

- Die fiducia im römischen Recht*, Amsterdam, 1999.

NÖRR (D.)

- Die fides im römischen Volkerrecht*, Heidelberg, 1991
- « Sulla specificità del mandato romano », *SDHI*, 60, 1994, p.367.
- « *Fides romana/fides punica. Bemerkungen zur demosia pistis im ersten karthagisch-römischen Vertrag und zur Rechstellung des Fremden in der Antike* » in *Il ruolo della buona fede oggettiva (...). Studi in onore di Alberto Burdese*, dir. L.Garofalo, vol.II, CEDAM, 2004, p.497.
- « Lex Irnitana c. 84 IX,B 9-10 », *SZ* 124, 2007, p.1.

PARICIO (J.)

- « La *Lex Aebutia*, la *Lex Julia de iudiciis privatis* y la supuesta *Lex Julia Municipalis* », *LABEO*, XLIX, 2003, pp.125-139.
- « Genesi e natura dei *bonae fidei iudicia* », *Rivista di diritto romano* (1), 2001, p.1. (Atti del Convegno 'Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico')
- « Apuntes sobre la *actio fiduciae* » in *Il ruolo della buona fede oggettiva (...). Studi in onore di Alberto Burdese*, dir. L.Garofalo, vol.III, CEDAM, 2004, p. 49.

PELLECCHI (L.)

- La praescriptio. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*. CEDAM, 2003.

PICHONNAZ (P.)

- La compensation*. Fribourg, 2001.
- « L'action servienne dans l'édit du préteur », in *Mélanges en mémoire d'André Magdelain*, dir. M.Humbert et Y. Thomas, Paris, 1998 p.373.

PLANIOL (M.) et RIPERT(G.)

- Traité élémentaire de droit civil*, 3 vol., Paris, 1932¹¹.

PLESCIA (J.)

- « Conflict of Laws in the Roman Empire », *LABEO*, XXXVIII, 1992, p.30.

PRINGSHEIM (F.)

- « *Aequitas und bona fides* » (1931), in *Gesammelte Abhandlungen*, II, 1961, p.165.
- « *Bonum et aequum* », *ZSS* 52, 1932 p.138.

PROVERA (G.)

- Contributi alla teoria dei iudicia contraria*. Turin, 1951.
- Contributi allo studio del iusiurandum in litem*. Turin, 1953.
- La pluris petitio nel processo romano. I. La procedura formulare*. Turin, 1958.

PUGLIESE (G.)

- Actio e diritto soggettivo*, Milan, 1939.

-«I pretori fra trasformazione e conservazione», in *Roma tra oligarchia et democrazia. Classi Sociali e formazione del diritto in epoca medio-repubblicana*, Naples, 1988, p.189-198.

-S.D.H.I. 20 (1954) 373

-*Il processo civile romano. I. Le legis actiones*. Rome, 1962.

-«*Locatio conductio*», in *Derecho Romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, dir. J. Paricio, Madrid, 1994, p.597.

RICHARDSON (J.S.)

-«Les *peregrini* et l'idée d'empire sous la République Romaine», *RHD*, 68, 1990, pp.147-155.

ROUSSEAU (J.)

-*Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Eglise*, Paris, 1933.

SANTORO (R.)

-«*Il contratto nel pensiero di Labeone*», *AUPA* 37, 1983, p.5.

SCHIAVONE (A.)

-*Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Rome-Bari, 1987.

-*Nascita della Giurisprudenza. Cultura aristocratica et pensiero giuridico nella Roma tardorepubblicana*. Rome-Bari, 1977.

SCHMIDLIN (B.)

-«*Der verfahrensrechtliche Sinn des ex fide bona im Formularprozeß*», in *De iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow*, Berlin, 1980, p.359.

SELB (W.)

-*Formeln mit unbestimmter intentio iuris. Studien zum Formelaufbau*. Vienne, 1972.

SERRAO (F.)

-*La iurisdictio del pretore peregrino*, Milan, 1954.

F. SPIES (F.)

-*De l'observation des simples conventions en droit canonique*, Paris, 1928.

STOLFI (E.)

-*Bonae fidei interpretatio. Ricerche sull' interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Naples, 2004.

STURM (F.)

-«*Il pactum e le sue molte applicazioni*», in *Atti del convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della 'littera Florentina'*, dir. F.Milazzo, Naples, 1990, p.149.

TALAMANCA (M.)

-«*La storia dell' edictum de pactis*», *Labeo*, 6, 1960, p. 278.

-«*Ius gentium da Adriano ai Severi*», in *La codificazione del Diritto dall'antico al moderno*, Naples, 1998.

-«*La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio'*» in *Atti del convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della 'littera Florentina'*, dir. F.Milazzo, Naples, 1990, p.35

- *BIDR* 92-93, 1989-90, p.733 (« pubblicazioni »)

-«*Il riordinamento augusteo del processo privato*», in *Gli ordinamenti giudiziari di roma imperiale. Atti del convegno internazionale di diritto romano. Copanello 1996*, dir. F.Milazzo, p.63.

-«*La bona fides nei giuristi romani. Leerformeln e valori dell'ordinamento*», in *Il ruolo della buona fede oggettiva (...). Studi in onore di Alberto Burdese*, dir. L.Garofalo, vol.IV, CEDAM, 2004, p.1.

TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.)

-*Les Obligations*, Dalloz, 2005, 9ème édition.

TOMULESCU (C.)

-“The Role of the *Lex Aebutia*”, Ann. Univ. Bucuresti, XXII-1, 1973, p.105.

VACCA (L.)

« Buona fede e sinallagma contrattuale », in *Il ruolo della buona fede oggettiva (...). Studi in onore di Alberto Burdese*, dir. L.Garofalo, vol.IV, CEDAM, 2004, p.331

VARVARO (M.)

-*Studi sulla restituzione della dote. I. La formula dell'actio rei uxoriae*, Turin, 2006.

VOCI (P.)

-« *Diligentia, custodia, culpa. I dati fondamentali* » SDHI, 56, 1990, p. 29

VON JHERING (R.)

-*Il momento della colpa nel diritto romano*. (trad. de F. Fusillo) Naples, 1990

VON LÜBTOW (U.)

-« *Catos leges uenditioni et locationi dictae* », in *Symbolae Raphaeli Taubenschlag Dedicatae*, EOS, 48.vol.3, Varsovie, 1956, p.227

WATSON (A.)

-*Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford, 1961

-*The Law of Obligations in Later Roman Republic*, Oxford, 1965.

-« The Origins of Fiducia », ZSS, 79, 1962, p.329.

-« Consensual *societas* between Romans and the Introduction of the *Formulae* », RIDA, 9, 1962, p.431

-« The Origins of Consensual Sale: A Hypothesis », TR 32, 1964, p.245.

-« *Iusiurandum in litem* in the *Bonae Fidei Iudicia* », TR 34 (2), 1966, p.175.

WIEACKER (F.)

-*Römische Rechtsgeschichte*, vol I, Munich, 1988.

-“Zum Ursprung der *bonae fidei iudicia*”, ZSS, 80, 1963 pp.1-42.

-*Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, Weimar, 1936.

WLASSAK (M.)

-*Römische Prozessgesetze. Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahren*, Leipzig 1888.

-*Die litiskontestation im Formularprozess*, (Festschrift B. Windscheid, tiré à part, Leipzig, 1889).

WUBBE (F.)

-« *I contratti reali alla fine della Repubblica* », in *Atti del convegno di diritto romano e dell'apresentazione della nuova riproduzione della 'littera Florentina'*, dir. F.Milazzo, Naples, 1990, p.109

ZILLOTTO (P.)

- « Vendita con *lex commissoria* o in diem addictio: la portata dell'espressione in diem addictio », in *Il ruolo della buona fede oggettiva (...). Studi in onore di Alberto Burdese*, dir. L.Garofalo, vol.IV, CEDAM, 2004, p.475.

Table des annexes

Annexe 1	885
Annexe 2	886

Annexe 1

Annexe 2

Index

Insertion de l'index.



Résumé :

En s'interrogeant sur une sentence de Quintus Mucius rapportée par Cicéron (Off. 3.70), cette étude entend montrer qu'au-delà de leur diversité et des évolutions qu'elles ont subies, les actions de bonne foi (iudicia bonae fidei) ont été depuis l'époque républicaine invariablement considérées par la jurisprudence romaine comme des actions fondées sur le ius civile, et non sur le pouvoir de juridiction du préteur, malgré le défaut de prévision législative qui les caractérise ; qu'elles furent initialement, pour l'essentiel d'entre elles, secrétées par le droit propre des citoyens romains, dans le cadre de rapports marqués par une certaine intimité de vie (societas vitae), et non du fait d'exigences liées au commerce avec les pérégrins. Corrélativement, la mention de la bonne foi dans leur formule (clause ex fide bona), loin de représenter le fondement d'un devoir moral ou de l'obligation juridique qu'elles protègent, représente un standard de jugement destiné à amplifier les pouvoirs du juge pour la résolution de ces contentieux rendus délicats par les liens d'affinité sociale fréquents entre les parties au litige. De la vient l'étonnante modernité procédurale de ces formules rédigées de manière diplomatique et euphémique. Ainsi l'opposition romaine entre « droit strict » et bonne foi concerne non pas le fondement de l'action, mais les particularités de l'instance et les pouvoirs du juge.

Descripteurs : BONNE FOI OBJECTIVE – IUDICIA BONAE FIDEI- DROIT DES OBLIGATIONS- DROIT ROMAIN –RESPONSABILITE CONTRACTUELLE –EX FIDE BONA – BONA FIDES- DOLUS MALUS- PROCEDURE FORMULAIRE- STANDARDS DE JUGEMENT- IUS GENTIUM- INFAMIE- DROIT PRETORIEN

Title and Abstract:

Actions of good faith (iudicia bonae fidei) have for long been suspected of being initially praetorian actions, which were probably for most of them created by the peregrine praetorship to enforce contracts passed by the strangers (peregrine), so that their material source is good faith (fides bona), expressed in their formula by the clause "ex fide bona". Our research is an attempt to prove that :a) these actions were already considered as civilian actions in the later Republic, despite the lack of a statutory ground b)their initial scope was to protect typically Roman relationships; c)Thus, the clausula ex fide bona was a simple standard that enlarged the power of the judge and overlapped some of the strict rules of Roman civil procedure, as well as it took place in an euphemistic and diplomatic way of writing a formula, in order to respect the social affinity (societas vitae) between the parties.

Keywords : ROMAN LAW – GOOD FAITH- LAW OF OBLIGATIONS – BONA FIDES- CONTRACTS – FORMULAE- STANDARDS – IUS GENTIUM

|