



UNIL | Université de Lausanne

Unicentre

CH-1015 Lausanne

<http://serval.unil.ch>

Year : 2013

Le statut de l'esclave et sa capacité à agir dans le domaine contractuel. Etude de droit romain de l'époque classique

Pahud Samuel

Pahud Samuel, 2013, Le statut de l'esclave et sa capacité à agir dans le domaine contractuel. Etude de droit romain de l'époque classique

Originally published at : Thesis, University of Lausanne

Posted at the University of Lausanne Open Archive.
<http://serval.unil.ch>

Droits d'auteur

L'Université de Lausanne attire expressément l'attention des utilisateurs sur le fait que tous les documents publiés dans l'Archive SERVAL sont protégés par le droit d'auteur, conformément à la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA). A ce titre, il est indispensable d'obtenir le consentement préalable de l'auteur et/ou de l'éditeur avant toute utilisation d'une oeuvre ou d'une partie d'une oeuvre ne relevant pas d'une utilisation à des fins personnelles au sens de la LDA (art. 19, al. 1 lettre a). A défaut, tout contrevenant s'expose aux sanctions prévues par cette loi. Nous déclinons toute responsabilité en la matière.

Copyright

The University of Lausanne expressly draws the attention of users to the fact that all documents published in the SERVAL Archive are protected by copyright in accordance with federal law on copyright and similar rights (LDA). Accordingly it is indispensable to obtain prior consent from the author and/or publisher before any use of a work or part of a work for purposes other than personal use within the meaning of LDA (art. 19, para. 1 letter a). Failure to do so will expose offenders to the sanctions laid down by this law. We accept no liability in this respect.

Le statut de l'esclave et sa capacité à agir dans le domaine contractuel

Etude de droit romain de l'époque classique

THÈSE

de licence et de doctorat
présentée à la Faculté de droit et des sciences criminelles
de l'Université de Lausanne

par

Pahud Samuel

Titulaire d'une Licence universitaire en droit

Lausanne, le 15 novembre 2012

Imprimatur

La doyenne de la Faculté de droit et des sciences criminelles, vu le préavis de la Commission de soutenance, a autorisé l'impression de la thèse de licence et de doctorat soutenue le 11 mai 2012 par


Monsieur Samuel Pahud

dont le titre est le suivant :

**Le statut de l'esclave et sa capacité à agir
dans le domaine contractuel.
Etude de droit romain de l'époque classique**

Sur proposition de la Commission de soutenance, le Conseil de faculté a accordé à ladite thèse, lors de sa séance du 15 novembre 2012, la mention

Summa cum laude.


Bettina Kahil
Doyenne



*« Il n'est de servitude que celle
de l'âme reniant sa nature »*

Sénèque, Lettre 47 à Lucilius

A ma famille

Remerciements

Si on sait quand commence un travail de thèse, on ne sait jamais vraiment quand on le finira. Au moment de rédiger ces dernières lignes, l'émotion est vive, car ce sont dix années de ma vie qui se sont succédées au fil des réflexions, moments d'inspiration et de dépit. Le courage d'avancer ne m'a toutefois jamais abandonné.

Mes remerciements vont tout d'abord au professeur Hansjörg Peter, qui de ses sages conseils, de sa patience et de son enthousiasme a su me guider jusqu'à la publication du présent ouvrage.

Je tiens également à remercier le professeur Denis Piotet, qui tout au long de mes années d'assistantat n'a jamais manqué de m'encourager à poursuivre mes recherches dans un climat paisible.

Maître Henri Baudraz voudra bien trouver ici aussi toute ma reconnaissance pour m'avoir soutenu tant dans mon stage d'avocat que dans l'achèvement de ma thèse en relisant attentivement mon manuscrit.

Ma profonde gratitude va enfin à ma famille, en particulier à mes parents, à mes sœurs, et à tous ceux qui n'ont jamais cessé de croire en moi.

Comment ne pas remercier encore mes amis, et amies, avec qui j'ai partagé de merveilleux moments et qui m'ont soutenu jusqu'au bout.

Sommaire

PARTIE I Introduction générale.....	39
Chapitre I Introduction.....	41
Chapitre II Remarques préliminaires	51
Paragraphe 1 Institutions et terminologie	51
Paragraphe 2 Les sources du droit	52
Section 1 Le <i>ius naturale</i>	55
Section 2 Le droit « positif » de l'époque classique	62
Section 3 Réminiscence du droit naturel.....	72
Paragraphe 3 La controverse doctrinale sur l'existence des droits subjectifs	76
PARTIE II Le statut de l'esclave	87
Chapitre I L'esclave et la notion juridique de « personne » ..	89
Paragraphe 1 La notion de personnalité juridique dans le droit classique romain.....	90
Section 1 Les <i>status</i>	94
Section 2 Synthèse du système	107
Section 3 La condition de l'esclave par rapport à la notion juridique de « personne »	109
Chapitre II L'esclave et la notion juridique de « chose »	111
Paragraphe 1 La définition juridique de « chose ».....	111
Paragraphe 2 La condition de l'esclave par rapport aux choses	113
Section 1 L'esclave comme entité délimitée et particulière.....	113
Section 2 L'esclave comme entité accessible, utile et aliénable	114
Section 3 L'esclave comme objet de maîtrise.....	115
Paragraphe 3 Synthèse et conclusion	116
PARTIE III L'autonomie de l'esclave et sa capacité d'interagir avec des tiers.....	119
Chapitre I Les actes juridiques – le principe de la non- représentation	121
Paragraphe 1 Généralités	121
Paragraphe 2 Les règles restrictives révélant l'incapacité juridique de l'esclave.....	127
Section 1 L'incapacité juridique générale	127
Section 2 L'incapacité patrimoniale	128

Section 3	L'incapacité à assumer des droits ou obligations civils	128
Section 4	L'incapacité d'ester en justice	130
Section 5	Le cas des acquisitions gratuites - sans contrepartie - par les personnes en puissance	132
Paragraphe 3	Conclusion intermédiaire	143
Chapitre II	Les actes contractuels et l'autonomie de l'esclave	149
Paragraphe 1	Généralités	151
Section 1	L'obligation civile romaine	151
Section 2	L'élément subjectif (conscience et volonté) dans les contrats	156
Section 3	L' <i>obligatio naturalis</i> – généralités	172
Paragraphe 2	Les actes contractuels bilatéraux accomplis par l'esclave – le système de la « représentation »	189
Paragraphe 3	Les institutions relatives aux actions <i>adiecticiae qualitatis</i>	195
Section 1	Introduction	195
Section 2	Les cas hors pécule : le <i>iussum</i> et la <i>praepositio</i> comme semblants d'autonomie	197
Section 3	L'institution du pécule et la <i>merx peculiaris</i>	239
Section 4	Le <i>versum in rem</i> et l' <i>actio de in rem verso</i>	433
PARTIE IV	Remarques finales	473

Abréviations

§	paragraphe
Abr. Gai.	Abrégé des Institutes de Gaius dans le Bréviaire d'Alaric II (cf. les Sources juridiques)
art.	article
av.	avant
B. I. D. R.	Bullettino dell'Istituto di diritto romano (Milan)
C.	<i>Codex</i> – Code de Justinien (cf. les Sources juridiques)
c.-à-d.	c'est-à-dire
CC ou CCS	Code civil suisse (RS 210)
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme (RS 0.101)
cf.	confer
CO	Code des obligations suisse (RS 220)
D.	Digeste (cf. les Sources juridiques)
ex.	exemple
Fragm. Ulp.	<i>Domitii Ulpiani Institutionum Fragmenta</i> – Fragments d'Ulpien (cf. les Sources juridiques)
Fragm. Vat.	<i>Fragmenta Vaticana</i> – Fragments du Vatican (cf. les Sources juridiques)
G. A.	<i>Gaius Augustodunensis</i> - Fragments de l'interprétation des Institutes de Gaius (cf. les Sources juridiques)
G. E.	Gaius Epitome (cf. les Sources juridiques)
Gai.	<i>Gaius Institutes</i> (cf. les Sources juridiques)

I. P. Sent.	<i>Interpretatio Pauli Sententiae</i> – Interprétation des Sentences de Paul (cf. les Sources juridiques)
Iust. Inst.	<i>Iustiniani Institutiones</i> – Institutes de Justinien (cf. les Sources juridiques)
IVRA	IURA – Rivista internazionale di diritto romano e antico (Naples)
J. C.	Jésus Christ
p.	page (s)
p. ex.	par exemple
P. Sent.	<i>Pauli Sententiae</i> – Sentences de Paul (cf. les Sources juridiques)
R. H. D. ou R. H.	Revue d'histoire du droit français et étranger (Paris)
R. I. D. A.	Revue internationale des droits de l'Antiquité (Bruxelles)
R. I. S. G.	Rivista italiana per le scienze giuridiche (Milan)
Reg. Ulp.	<i>Domitii Ulpianii Regularum</i> – Fragments des règles d'Ulpien (cf. les Sources juridiques)
RS	Recueil systématique des lois suisses
S. D. H. I.	<i>Studia et documenta historiae et iuris</i> (Rome)
spéc.	spécialement
ss	(et) suivantes
s.	(et) suivante
Theo. Par. Iust. Inst.	Théophile – Paraphrase des <i>Iustiniani Institutiones</i> (cf. les Sources juridiques)
vol.	volume
y. c.	y compris

Z. S. S.

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für
Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung
(Vienne/Cologne/Weimar)

Traductions et sources

Les traductions qui figurent dans les notes de bas de page sont souvent inspirées des ouvrages suivants :

The Digest of Justinian, texte latin édité par Théodore Mommsen et Paul Krüger, traduction anglaise d'Alan Watson, 4 volumes, Philadelphie 1985.

The Theodosian Code and Novels and the Sirmundian Constitutions, traduction avec commentaire, glossaire et bibliographie de Clyde Pharr avec la collaboration de Theresa Sherrer Davidson et Mary Brown Pharr, Princeton 1952.

Corps de droit civil, édition bilingue latin-français, Metz / Paris 1803-1805, réimpression Aalen 1979 :

- Les cinquantes livres du Digeste ou les Pandectes de l'empereur Justinien, traduction de Henri Hulot et Jean Berthelot, tomes 1 à 7 ;
- Les douze livres du Code de l'empereur Justinien, traduction de Pascal-Alexandre Tissot ;
- Les Nouvelles de l'empereur Justinien, traduction d'Alphonse Béranger (fils).

En outre, nous avons repris la traduction des Institutes de Gaius de Jullien Reinach, 4^e tirage revu et corrigé par Michèle Ducos, Paris 1991.

Sources juridiques :

La banque de données de l'Institut de droit romain de l'Université de Linz établie par Josef Menner, dans sa version de 1996, a permis la recherche et l'étude systématique des textes juridiques romains, extraits en outre des sources suivantes :

Institutes Corpus Iuris Civilis, 17^e édition, édité par Paul Krüger, Berlin 1963.

Digeste Corpus Iuris Civilis, 17^e édition, édité par Theodor Mommsen et Paul Krüger, Berlin 1963.

Code	Corpus Iuris Civilis, 11 ^e édition, édité par Paul Krüger, Berlin 1954.
Novelles	Corpus Iuris Civilis, 8 ^e édition, édité par Rudolf Schoell, Berlin 1963.
Douze Tables	Fontes iuris Romani antejustiniani, édité par Johannes Baviera / Contardo Ferrini / Giuseppe Furlani, Florence 1968.
Institutes de Gaius	Gai Institutiones secundum codicis veronensis apographum studemundianum et reliquas in Aegypto repertas, 2 ^e édition, édité par Martin David, Editio minor, Leyde 1964.
Edit du maximum	Edictum Diocletiani et Collegerum de pretiis et rerum venalium in integrum fere restitutum e Latinis Graecisque fragmentis, édité par Marta Giaccherio, Gênes 1974.
Sentences de Paul	Fontes iuris Romani antejustiniani, édité par Johannes Baviera / Contardo Ferrini / Giuseppe Furlani, Florence 1968.
Fragments du Vatican	Fontes iuris Romani antejustiniani, édité par Johannes Baviera / Contardo Ferrini / Giuseppe Furlani, Florence 1968.
Code théodosien	Theodosiani Libri XVI cum constitutionibus sirmodianis, édité par Theodor Mommsen, Berlin 1905.
Constitutio Tanta	Costitutiones Deo Auctore, éditées par Paul Krüger, Berlin 1963.
Fragments d'Ulpien	Fontes iuris Romani antejustiniani, édité par Johannes Baviera / Contardo Ferrini / Giuseppe Furlani, Florence 1968.
Fragments des Institutes de Gaius	Le bréviaire d'Alaric et les « epitomes », édité par Jean Gaudemet, Milan 1965.

reproduites dans le
Bréviaire d'Alaric II

- Fragments de l'interprétation des Institutes de Gaius Fontes iuris Romani antejustiniani, édité par Johannes Baviera / Contardo Ferrini / Giuseppe Furlani, Florence 1968.
- Gaius Epitome Fontes iuris Romani antejustiniani, édité par Johannes Baviera / Contardo Ferrini / Giuseppe Furlani, Florence 1968.
- Theo. Par. Iust. Inst. Paraphrase grecque des Instituts de Justinien par le Professeur Théophile, traduite en français par M. J. C. Frégier, Paris 1847.

Sources littéraires :

- CATO De agri cultura, texte établi par Heinrich Keil, 3 vol., Leipzig 1884-1902.
- CICERO De Officiis, texte établi et traduit par Maurice Testard, 2 vol., Paris 1965 / 1970.
- CICERO De re publica, texte établi et traduit par Esther Bréguet, 2 tomes, Paris 1980.
- CICERO In Verrem, texte établi et traduit en anglais par Ingo Gildenhard, Cambridge 2011.
- CICERO De finibus, texte établi et traduit par Albert Yon, 3^e tirage, Paris 1973.
- PLAUTUS Captivi, texte établi et traduit par Alfred Ernout, 7 vol., Paris 2003/2004.
- PLAUTUS Asinaria, texte établi et traduit par Alfred Ernout, 7 vol., Paris 2003/2004.
- PLAUTUS Bacchis, texte établi et traduit par Alfred Ernout, 7 vol., Paris 2003/2004.

PLAUTUS	Mostellaria, texte établi et traduit par Alfred Ernout, 7 vol., Paris 2003/2004.
PLAUTUS	Persa, texte établi et traduit par Alfred Ernout, 7 vol., Paris 2003/2004.
SENECA	Epistulae ad Lucilium, texte établi par François Préchac et traduit par Henri Noblot, 5 vol., Paris 1965-1993.
TERENTIUS	Andria, texte établi et traduit par E. Chambry, 2 vol., Paris 1948.
TERENTIUS	Eunuchus, texte établi et traduit par E. Chambry, 2 vol., Paris 1948.
TERENTIUS	Phormio, texte établi et traduit par E. Chambry, 2 vol., Paris 1948.
TITUS-LIVIVS	Historia Romana, texte établi par Jean Bayet et traduit par Gaston Baillet, Paris 1967.
VARRO	De re rustica ou « Res rusticae », texte établi par Michelangelo Giusta, Alessandria 2006.

Bibliographie

A. OUVRAGES

GENERAUX

- DE MALAFOSSE Jehan Encyclopaedia Universalis, *Corpus* 13, Paris 2002.
- D'ORS A./HERNANDEZ-TEJERO F./FUENTESECA P./GARCIA-GARRIDO M./BURILLO J. El Digesto de Justiniano, I à III, Pampelune 1968-75, traduction du Digeste (cité : D'ORS).
- FIEFFÉ-LACROIX La clef des lois romaines ou dictionnaire analytique et raisonné de toutes les matières contenues dans le Corps de droit, I, Metz 1809.
- GAFFIOT Felix Dictionnaire illustré latin-français, Paris 1934 (cité : GAFFIOT, Dictionnaire, p.).
- GAFFIOT Felix Dictionnaire abrégé latin-français illustré, Paris 1936 (cité : GAFFIOT, Abrégé, p.).
- HEUMANN Hermann Gottlieb/SECKEL Emil Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 11^e édition, Graz 1971.
- HULOT Henri/BERTHELOT Jean-François Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien, 7 tomes, Metz / Paris 1805.
- QUICHERAT Louis-Marie/DAVELUY Amédée Dictionnaire latin-français, 33^e tirage, Paris 1882.

- RAINER J. Michael/
HERRMANN-OTTO
Elisabeth Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken
Sklaverei - Prolegomena, Stuttgart 1999.
- REINACH Julien Gaius Institutes (texte et traduction), Paris 1950.
- VOET Johannes Commentarius ad Pandectas, tome I, Coloniae
Allobrogum 1757.
- WATSON Alan The Digest of Justinian, Traduction, vol. I à IV,
Philadelphie 1985.

B. OUVRAGES SPECIAUX

- AFFOLTER
Friedrich Xaver Die Persönlichkeit des herrenlosen Sklaven – Ein
Stück aus dem römischen Sklavenrecht, Leipzig
1913.
- ALBANESE
Bernardo Le persone nel diritto privato romano, Palermo
1979.
- ALBERTARIO
Emilio Sulla libera administratio peculii, in Rendiconti del
reale Istituto Lombardo, R. I. L. 61 (1928), p. 833,
réédité in Studi di diritto romano, I, Milan 1933, p.
137 (cité : ALBERTARIO, Studi I, p.).
- ALBERTARIO
Emilio A proposito di *obligatio naturalis*, in Studi di diritto
romano, III, Milan 1936, p. 55 (cité : ALBERTARIO,
Studi III, p.).
- AMIRANTE Luigi Sulla schiavitù nella Roma antica, in LABEO 27
(1981), p. 26 (cité : AMIRANTE, LABEO 27 (1981),
p.).
- AMIRANTE Luigi Lavoro di giuristi sul peculio – Le definizioni da Q.
Mucio a Ulpiano, in Studi in onore di Cesare
Sanfilippo, III, Milan 1983, p. 1 (cité : AMIRANTE,
Studi Sanfilippo III, p.).

- APATHY Peter Compte-rendu de BRINKHOF Johannes Jacobus, Peculium in het klassieke Romeinse recht, Meppel 1978, in Z. S. S. 96 (1979), p. 398 (cité : APATHY, Z. S. S. 96 (1979), p.).
- APPLETON Charles L'affranchissement « vindicta » ne s'appliquait anciennement qu'aux esclaves pour dettes, in Mélanges Paul Fournier, publiés sous les auspices de la Société d'histoire du droit représentée par Gustave Glotz, Paris 1929, p. 1.
- ARANGIO-RUIZ Vincenzo Istituzioni di diritto romano, 13^e édition, Naples 1957.
- AUGER Emile De l'action *de peculio* et de l'action *tributoria* au point de vue du droit des créanciers – De la liquidation judiciaire, thèse Paris 1893.
- BARON Julius Die Conditionen, Berlin 1881 (cité : BARON, Conditionen, p.).
- BARON Julius Die adjecticischen Klagen, Berlin 1882 (cité : BARON, Klagen, p.).
- BARTOŠEK Milan Sulla concezione « naturalistica » e materialistica dei giuristi classici, in Studi in memoria di Emilio Albertario, II, Milan 1953, p. 463.
- BATIFFOL Henri La philosophie du droit, 5^e édition, Paris 1975.
- BECHMANN August Das Ius Postliminii und die Lex Cornelia – Ein Beitrag zur Dogmatik des römischen Rechts, Erlangen 1872.
- BEHRENDTS Okko Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht, Z. S. S. 95 (1978), p. 187.
- BEKKER Ernst
Immanuel Zur Lehre von Conditionen und adjecticischen Klagen, in Z. S. S. 4 (1883), p. 92.
- BENÖHR Hans-
Peter Arglist und Kenntnis der Hilfspersonen beim Abschluss schuldrechtlicher Geschäfte, in Z. S. S.

- 87 (1970), p. 123 (cité : BENÖHR, Z. S. S. 87 (1970), p.).
- BENÖHR Hans-Peter Der Besitzerwerb durch Gewaltabhängige im klassischen römischen Recht, Berlin 1972 (BENÖHR, Besitzerwerb, p.).
- BERGER Adolf Transactions of the american philosophical society held at Philadelphia for promoting useful knowledge – Encyclopedic dictionary of roman law, Philadelphie 1953.
- BESELER Gerhard Postliminium und Cornelia, sous le titre général Miscellanea (p. 188 ss), in Z. S. S. 45 (1925), p. 192.
- BIGLER-EGGENBERGER Margrith [Schweizerisches] Zivilgesetzbuch, Basler Kommentar, I – Art. 1-456 ZGB, 3^e édition, édité par Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Thomas Geiser, Bâle 2006.
- BIONDI Biondo La dottrina giuridica della universitas nelle fonti romane, in B. I. D. R. 61 (1958), p. 1 (cité : BIONDI, B. I. D. R. 61 (1958), p.).
- BIONDI Biondo « Bona », in Novissimo Digesto italiano, II, 3^e édition, édité par Antonio Azara / Ernesto Eula, appendice sous la direction de Dante Scarella, avec la collaboration de Carlo Ettore Maiorca / Sergio Maiorca, Turin 1958, réimpression Turin 1979, p. 498 (cité : Biondi, Bona, p.).
- BIONDI Biondo Patrimonio, in Novissimo Digesto italiano, XII, 3^e édition, édité par Antonio Azara / Ernesto Eula, appendice sous la direction de Dante Scarella, avec la collaboration de Carlo Ettore Maiorca / Sergio Maiorca, Turin 1965, réimpression Turin 1979, p. 615 (cité : BIONDI, Patrimonio, p.).
- BIRKMEYER Karl Über das Vermögen im juristischen Sinne, in Römisch-rechtliche Quellenstudien, X, Erlangen 1879.

- BOBBIO Norberto Quelques arguments contre le droit naturel, in *Annales de philosophie politique* III – Le droit naturel, éditées par H. Kelsen / Ch. Perelman / A. P. D’Entrèves / B. De Jouvenel / N. Bobbio / M. Prélot / Ch. Eisenmann, Paris 1959, p. 175.
- BONFANTE Pietro *Corso di diritto romano – La proprietà*, vol. 2, Rome 1926, réimpression Milan 1966.
- BOUCHÉ-LECLERCQ Emile De l’action « *de in rem verso* » en droit privé, thèse Paris 1913.
- BOULVERT Gérard/MORABITO Marcel Le droit de l’esclavage sous le Haut-Empire, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, tome 14/II - Recht, Berlin 1982.
- BOYER Georges *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, Paris 1924.
- BRINKHOF Johannes Jacobus *Peculium in het klassieke Romeinse recht*, thèse Université de Nimègue, Meppel 1978.
- BROCKMEYER Norbert/ HERRMANN Elisabeth *Bibliographie zur antiken Sklaverei*, 2 vol., Bochum 2003.
- BRÓSZ Róbert *Peculium servi (vel filii ?)*, in *Acta antiqua Academiae scientiarum hungaricae*, éditées par l’Academia scientiarum hungarica, Budapest 1970.
- BUCHER Andreas *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 4^e édition, Bâle 1999.
- BUCKLAND William Warwick *The roman law of slavery – The condition of the slave in private law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1908.
- BURDESE Alberto *La nozione classica di naturalis obligatio*, Turin 1955 (cité : BURDESE, *La nozione*, p.).

- BURDESE Alberto Comptes-rendu de Benöhr Hans-Peter, Das sogenannte *synallagma* in den Konsensalkontrakten, in IVRA 17 (1966), p. 361 (cit  : BURDESE, IVRA 17 (1966), p.).
- BURDESE Alberto Considerazioni in tema di peculio c. d. profettizio, in Studi in onore di Cesare Sanfilippo, I, Milan 1982, p. 69 (cit  : BURDESE, Studi Sanfilippo I, p.).
- BURDESE Alberto Controversie giurisprudenziali in tema di capacit  degli schiavi, in Studi in onore di Arnaldo Biscardi, I,  dit s par Franco Pastori / Mariagrazia Bianchini / Carlo Augusto Cannata / Eva Cantarella / Carlo Castello / Aldo Canderelli / Aldo dell'Oro / Giuseppe Gandolfi / Franco Gnoli / Giorgio Luraschi / Remo Martini / Manlio Sargenti, Milan 1982, p. 147 (cit  : BURDESE, Studi Biscardi I, p.).
- BURDESE Alberto Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone, in S. D. H. I. 51 (1985), p. 458 (cit  : BURDESE, S. D. H. I. 51 (1985), p.).
- BURDESE Alberto Manuale di diritto privato romano, 4   dition, Turin 1993, réimpression Turin 1998 (cit  : BURDESE, Manuale, p.).
- BUTI Ignazio Studi sulla capacit  patrimoniale dei servi, Camerino 1976.
- CARBONNIER Jean Sur les traces du non-sujet de droit, in Archives de philosophie du droit, tome 34, Le sujet de droit, éditées par François Terr , Paris 1989, p. 197.
- CHIUSI Tiziana J. Contributo allo studio dell'editto „de tributoria actiona“, in Atti della Accademia nazionale dei Lincei, Memorie Serie IX – Volume III – Fascicolo 4, édités par l'Accademia nazionale dei Lincei, Rome 1993, p. 277 (cité : CHIUSI, Tributoria, p.).
- CHIUSI Tiziana J. Die *actio de in rem verso* im römischen Recht, Munich

2001 (cité : CHIUSI, *Die actio*, p.).

- CLAUS Axel Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht, Berlin 1973.
- COLLINET Paul Bona et patrimoine – les deux conceptions du patrimoine en droit romain, in Etudes dédiées à la mémoire d'André M. Andréadès, éditées par un comité d'amis et d'élèves sous la présidence de K. Varvaressos, Athènes 1940.
- COPPOLA BISAZZA Giovanna Lo *iussum domini* e la sostituzione negoziale nell'esperienza romana, I, Milan 2003.
- CORNIL Georges Ancien droit romain – le problème des origines, Paris 1930 (cité : CORNIL, p.).
- CORNIOLEY Pierre Naturalis obligatio – Essai sur l'origine et l'évolution de la notion en droit romain, thèse Genève 1964.
- CORREA Luiz Fabiano La survivance des *actiones adiecticiae qualitatis*, in R. I. D. A. 48 (2001), p. 31.
- COSTA Emilio Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto, Rome 1890 (cité : COSTA, *Il diritto*, p.).
- COSTA Emilio Le azioni exercitoria e institoria nel diritto romano, Parme 1891 (cité : COSTA, *Le azioni*, p.).
- CUQ Edouard Manuel des Institutions juridiques des Romains, 2^e édition, Paris 1928.
- DAJCZAK Wojciech L'uso della locuzione “bona fides” nei giuristi romani classici per la valutazione del valore vincolante degli accordi contrattuali, in R. I. D. A. 44 (1997), p. 71.
- D'AMIA Amerigo Schiavitù romana e servitù medievale, Milan 1931.
- DE JOUVENEL Bertrand L'idée de droit naturel, in Annales de philosophie politique III – Le droit naturel, éditées par H. Kelsen / Ch. Perelman / A. P. D'Entrèves / B. De

Jouvenel / N. Bobbio / M. Prélot / Ch. Eisenmann, Paris 1959, p. 159.

- DELAHAYE
Philippe
Permanence du droit naturel, Lille 1960.
- DE MARTINO
Francesco
Ancora sull' « actio exercitoria », in LABEO 4 (1958), p. 274 (cité : DE MARTINO, LABEO 4 (1958), p.).
- DE MARTINO
Francesco
Intorno all'origine della schiavitù a Roma, in LABEO 20 (1974), p. 163 (cité : DE MARTINO, LABEO 20 (1974), p.).
- D'ENTRÈVES
Alexandre P.
Le droit naturel, in Annales de philosophie politique III – Le droit naturel, éditées par H. Kelsen / Ch. Perelman / A. P. D'Entrèves / B. De Jouvenel / N. Bobbio / M. Prélot / Ch. Eisenmann, Paris 1959, p. 147.
- DERNBURG
Heinrich
Pandekten, II, 4^e édition, Berlin 1894.
- DESCHENAUX
Henri/STEINAUER
Paul-Henri
Personnes physiques et tutelle, 4^e édition, Berne 2001.
- DESSERTAUX
Fernand
Etudes sur la formation historique de la capitis deminutio, I, Dijon 1909 (cité : DESSERTAUX, Etudes, p.).
- DESSERTAUX
Fernand
Capitis deminutio maxima et media, fidejussio – Obligation naturelle et confiscation, in Mélanges de droit romain dédiés à Georges Cornil, I, édités par Albertario / Jobbé-Duval, Paris 1926, p. 181 (cité : DESSERTAUX, Mélanges Cornil, p.).
- DEVILLA Vittorio
L'obbligazione naturale nel diritto classico, in Studi in onore di Emilio Betti, II, édités par Enrico Allorio / Vincenzo Arangio Ruiz / Giuseppe Branca / Aurelio Candian / Francesco Carnelutti /

- Pietro De Francisci / Carlo Esposito, Milan 1962, p. 363.
- DI PORTO Andrea Impresa collettiva e schiavo “manager” in Roma antica (II sec. a. C. – II sec. d. C.), Milan 1984.
- DUFF Patrick
William Personality in roman private law, Cambridge 1938.
- DUGUIT Léon Manuel de droit constitutionnel, 3^e édition, Paris 1918.
- DUMONT Jean
Christian *Servus*. Rome et l’esclavage sous la République, Rome 1987.
- DUVANEL Laurent La justice contractuelle dans la philosophie antique et le droit romain, thèse Université de Lausanne 2004, Genève / Zurich / Bâle 2004.
- FEHR Hans Compte-rendu de l’ouvrage de Desserteaux F., in Z. S. S. 31 (1910), p. 480.
- FERRINI Contardo Die processualische Consumption der actio de peculio, in Z. S. S. 21 (1900), p. 190 (cité : FERRINI, Z. S. S. 21 (1900), p.).
- FERRINI Contardo Manuale di Pandette, 4^e édition, Milan 1953 (cité : FERRINI, Manuale, p.).
- FRANCIOSI
Gennaro Famiglia e persone in Roma antica – Dal età arcaica al principato, Turin 1989.
- FRENZEL Georg Über die Entstehung des römischen Rechtsbegriffs naturalis obligatio – Ein psychologischer Versuch, Leipzig 1970.
- FROSSARD Claude Les obligations naturelles et la garantie de leur exécution en droit suisse, thèse Lausanne 1960.
- GAY Jean Lucien L’in rem versum à l’époque classique, in Varia – Etudes de droit romain, II, éditées par Laurent Chevailler / Yvan Debbasch / Jean Lucien Gay,

Mesnil 1956, p. 155.

- GENY François Science et Technique en droit privé positif, III, Paris 1921.
- GIFFARD André-Edmond Précis de droit romain, I, 4^e édition, Paris 1953.
- GIRARD Paul Frédéric Manuel élémentaire de droit romain, I et II, 8^e édition, Paris 1929, réimpression Paris 1978.
- GLÜCK Christian Friedrich von Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld : ein Commentar, Liber XIV, Erlangen 1813.
- GRADENWITZ Otto Natur und Sklave bei der Naturalis Obligatio, in Festgabe der juristischen Fakultät zu Königsberg für ihren Senior Johann Theodor Schirmer zum 1. August 1900, éditée par Karl Güterbock / Karl Gareis / Wilhelm von Blume / Otto Gradenwitz, Königsberg 1900, p. 139 (cité : GRADENWITZ, Mélanges Schirmer, p.).
- GRADENWITZ Otto Zwei Bemerkungen zur Actio de peculio, in Z. S. S. 27 (1906), p. 228 (cité : GRADENWITZ, Z. S. S. 27 (1906), p.).
- GROSSO Giuseppe Il sistema romano dei contratti, 2^e édition, Turin 1949 (cité : GROSSO, Il sistema, p.).
- GROSSO Giuseppe Compte-rendu de Wunner Sven Erik, Contractus – Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht, Köln 1964, in LABEO 13 (1969), p. 399 (cité : GROSSO, LABEO 13 (1969), p.).
- GUARINO Antonio Diritto privato romano, 9^e édition, Naples 1992.
- HACK Pierre Nature du droit et droit naturel : quelques remarques sur la doctrine d’Epicure, in L’arbre de la méthode et ses fruits civils, Recueil de travaux en l’honneur du Professeur Suzette Sandoz, édité par

- Denis Piotet / Denis Tappy, Genève / Zurich / Bâle 2006, p. 45.
- HAMZA Gábor Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano, Index 9 (1980), p. 193 (cité : HAMZA, Index 9 (1980), p.).
- HERVADA Javier Introduction critique au droit naturel, traduction par Hélène Delvolvé, Bordeaux 1991.
- HONSELL
Heinrich/MAYER-
MALY Theo/SELB
Walter Römisches Recht, 4^e édition revue et augmentée de l'ouvrage de Paul Jörs / Wolfgang Kunkel / Leopold Wenger, Berlin 1987 (cité : MAYER-MALY, p.).
- HUNTER William
Alexander/CROSS
John Ashton A systematic and historical exposition of Roman law in the order of a code, 4^e edition, Londres 1903.
- IMBERT Jean Postliminium, thèse Paris 1944.
- IMHOF Edgar Obligation und subjektives Recht – Eine analytische Untersuchung als Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts, thèse Bâle 2003.
- IONESCU Octavian La notion de droit subjectif dans le droit privé, 2^e édition revue et augmentée, Bruxelles 1978.
- JÈZE Gaston Compte-rendu de Léon Duguit, Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, II, Paris 1912, in Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, vol. 29, Paris 1912, p. 810.
- JHERING Rudolf
von L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, IV, 3^e édition, traduction O. de Menlenaere, Paris 1888.
- KAMPHUISEN Pieter
Wilhelmus L'influence de la philosophie sur la conception du droit naturel chez les jurisconsultes romains, in R. H. D. 11 (1932), p. 398.

- KARLOWA Otto Römische Rechtsgeschichte, 2 vol., Leipzig 1901.
- KASER Max Das römische Privatrecht, I, 2^e édition, Munich 1971 (cité : KASER, I, § n^o, p.).
- KASER Max Das römische Privatrecht, II, 2^e édition, Munich 1975 (cité : KASER, II, § n^o, p.).
- KELSEN Hans Justice et Droit naturel, in Annales de philosophie politique III – Le droit naturel, Paris 1959, p. 1.
- KIRSCHENBAUM Aaron Sons, slaves and freedmen in roman commerce, Jérusalem / Washington 1987.
- KOSCHEMBAHR-
LYSKOWSKI Ignacy de Quelques dispositions générales d'un projet de Code civil polonais, in Revue trimestrielle de droit civil, tome 27 (1928), p. 551 (cité : KOSCHEMBAHR-
LYSKOWSKI, Quelques dispositions, p.).
- KOSCHEMBAHR-
LYSKOWSKI Ignacy de *Naturalis ratio* en droit classique romain, in Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento, III, éditées par Emilio Albertario / Pietro Ciapessoni / Pietro De Francisci, Milan / Trèves 1930, p. 467 (cité : KOSCHEMBAHR-
LYSKOWSKI, Studi Bonfante, p.).
- KUPISCH Berthold Die Versionsklage : ihre Entwicklung von der gemeinrechtlichen Theorie des 17. Jahrhunderts bis zum österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Heidelberg 1965.
- LAFERRIÈRE Julien Compte-rendu de René Demogue, Les notions fondamentales du droit privé - Essai critique, in Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, tome 28 (1911), p. 795.
- LE BRAS Gabriel Capacité personnelle et Structures sociales dans le très ancien droit de Rome, in Droits de l'Antiquité et sociologie juridique : Mélanges Henri Lévy-Bruhl, éditées par l'Institut de droit romain de l'Université de Paris, Paris 1959, p. 417.

- LEFÈBVRE-TEILLARD Anne Introduction historique au droit des personnes et de la famille, Paris 1996.
- LENEL Otto Das Edictum Perpetuum – Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, 3^e édition, Leipzig 1927.
- LEVY Ernst Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht, I, Berlin 1918 (cité : LEVY, Die Konkurrenz, p.).
- LEVY Ernst Natural law in roman thought, in S. D. H. I. 15 (1949), p. 1 (cité : LEVY, S. D. H. I. 15 (1949), p.)
- LEVY Ernst Beweislast im klassischen Recht, in IVRA 3 (1952), p. 155 (cité : LÉVY, IVRA 3 (1952), p.).
- LÉVY-BRUHL Henri Quelques Problèmes du Très Ancien Droit Romain – (Essai de Solutions Sociologiques), Paris 1934 (cité : LÉVY-BRUHL, Quelques problèmes, p.).
- LÉVY-BRUHL Henri Note sur l'acte juridique à Rome, in Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, Paris 1939, réimpression Glashütten im Taunus 1972, p. 75 (cité : LEVY-BRUHL, Archives, p.).
- LOMBARDI Gabrio Ricerche in tema di « ius gentium », Milan 1946 (cité : LOMBARDI, Ricerche, p.).
- LOMBARDI Gabrio Diritto umano e « ius gentium », in S. D. H. I. 16 (1950), p. 254 (cité : LOMBARDI, S. D. H. I. 16 (1950), p.).
- LONGO Carlo Sull' « Hereditas » concepita come « Universitas », in Studi giuridici in onore di Carlo Fadda, I, édité par L. Pierro, Naples 1906, p. 123 (cité : LONGO C., Hereditas, p.).
- LONGO Giannetto Il concetto classico e il concetto giustiniano di administratio peculii, in Archivio giuridico, vol. C, fascicolo 2, 1928, réédité in Ricerche romanistiche, Milan 1966, p. 184 (cité : LONGO G., Il concetto, p.).

).

- LONGO Giannetto Libera administratio peculii – I limiti e lo spirito di una innovazione giustiniana, in *B. I. D. R.* 37 (1930), p. 29, réédité in *Ricerche romanistiche*, Milan 1966 (cité : LONGO G., *B. I. D. R.* 37 (1930), p.).
- LONGO Giannetto Appunti critici in tema di peculio, in *S. D. H. I.* 1 (1935), p. 392 (cité : LONGO G., *S. D. H. I.* 1 (1935), p.).
- LONGO Giannetto Ricerche sull'« obligatio naturalis », Milan 1962 (cité : LONGO G., *Ricerche*, p.).
- LONGO Giannetto Lenti progressi in tema di « obligatio naturalis », in *LABEO* 12 (1966), p. 375 (cité : LONGO G., *LABEO* 12 (1966), p.).
- LONGO Giannetto Actio exercitoria – actio institoria – actio quasi institoria, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, II, Milan 1972, p. 581 (cité : LONGO G., *Actio exercitoria*, p.).
- LÖWENFELD Theodor Die selbständige Actio de in rem verso – Eine civilrechtliche Abhandlung, Munich 1873.
- MAC CORMACK Geoffrey The early history of the “action de in rem verso” (Alfenus to Labeo), in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, II, édités par Franco Pastori / Mariagrazia Bianchini / Carlo Augusto Cannata / Eva Cantarella / Carlo Castello / Aldo Canderelli / Aldo dell’Oro / Giuseppe Gandolfi / Franco Gnoli / Giorgio Luraschi / Remo Martini / Manlio Sargenti, Milan 1982, p. 319 (cité : MAC CORMACK, *Studi Biscardi*, p.).
- MAC CORMACK Geoffrey The later history of the « actio de in rem verso » (Proculus – Ulpian), *S. D. H. I.* 48 (1982), p. 345 (cité : MAC CORMACK, *S. D. H. I.* 48 (1982), p.).

- MAFFI Alberto Ricerche sul postliminium, Milan 1992.
- MANDRY Gustav Das gemeine Familiengüterrecht, II, Tubingue 1876.
- MANTELLO Antonio « Beneficium » servile – « Debitum » naturale – SEN. *de ben.* 3.18.1 ss.- D. 35.1.40.3 (Iav., 2 *ex post. Lab.*), Milan 1979.
- MARTINI Remo Autonomia negoziale dei servi e « obligationes naturales », in LABEO 26 (1980), p. 104 (cité : MARTINI, LABEO 26 (1980), p.).
- MAYER-MALY Theo Bemerkungen zum Aspekt der Konsensstörung in der klassischen Irrtumslehre, in Mélanges Philippe Meylan, I, Lausanne 1963, p. 241 (cité : MAYER-MALY, Bemerkungen, p.).
- MELILLO Generoso Compte-rendu de Diódsi G., Contract in roman law, in IVRA 33 (1982), p. 136 (cité : MELILLO, IVRA 33 (1982), p.).
- MELILLO Generoso Personae e Status in Roma antica, Naples 2006 (cité : MELILLO, Personae, p.).
- MEYLAN Philippe Le paiement du prix et le transfert de la propriété de la chose vendue en droit romain classique, tiré à part de Studi in onore di P. Bonfante, I, Pavie 1929, p. 443.
- MICOLIER Gabriel Pécule et Capacité patrimoniale – Etude sur le pécule dit profectice, depuis l'édit « de peculio » jusqu'à la fin de l'époque classique, thèse Lyon 1932.
- MITTEIS Ludwig Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, I, Leipzig 1908 (cité : MITTEIS, Römisches Privatrecht, p.).
- MITTEIS Ludwig Die Lehre von der Stellvertretung, Vienne 1885, réimpression Aalen 1962. (cité : MITTEIS,

Stellvertretung, p.).

- MONIER Raymond/CARDAS CIA
Guillaume/IMBERT Jean
- MONIER Raymond Manuel élémentaire de droit romain, I et II, 6^e édition, Paris 1947, réimpression Aalen 1970.
- MORABITO Marcel Les réalités de l'esclavage d'après le Digeste, Paris 1981.
- NIEDERLÄNDER Hubert Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht – Der Ursprung der Haftungsbefreiung durch Wegfall der Bereicherung, Forschungen zum römischen Recht, Weimar 1953.
- ORESTANO Riccardo Il « problema delle persone giuridiche in diritto romano », I, Turin 1968 (cité : ORESTANO, Il problema, p.).
- PALMIERI Elio « Universitas », in Novissimo Digesto italiano, XX, 3^e édition, édité par Antonio Azara / Ernesto Eula, appendice sous la direction de Dante Scarella, avec la collaboration de Carlo Ettore Maiorca / Sergio Maiorca, Turin 1975, p. 121.
- PERELMAN Chaïm L'idée de Justice dans ses rapports avec la Morale, le Droit et la Philosophie, in Annales de philosophie politique III – Le droit naturel, Paris 1959, p. 125.
- PEROZZI Silvio Istituzioni di diritto romano, I et II, 2^e édition, Rome 1928 (cité : PEROZZI, Istituzioni, p.).
- PEROZZI Silvio Scritti giuridici, III, édités par Ugo Brasiello, Milan 1948 (cité : PEROZZI, Scritti, III, p.).
- PICHONNAZ Pascal Les fondements romains du droit privé, Genève /

Bâle / Zurich 2008.

- PILAR Javier
Hernanz El iussum en las relaciones potestativas, Valladolid 1993.
- PRINGSHEIM Fritz Eigentumsübergang beim Kauf, in Z. S. S. 50 (1930), p. 333.
- PUGLIESE Giovanni Actio e diritto subiettivo, Milan 1939 (cité : PUGLIESE, Actio, p.).
- PUGLIESE Giovanni In tema di “actio exercitoria”, in LABEO 3 (1957), p. 308 (cité : PUGLIESE, LABEO 3 (1957), p.).
- RABER Fritz Hoc animo dare, in R. H. D. 33 (1965), p. 51.
- RADIN Max Caput et ΣΩΜΑ, in Mélanges Paul Fournier, édités par la Société d’histoire du droit représentée par Gustave Glotz, Paris 1929, p. 651.
- RATTI Umberto Studi sulla « captivitas » e alcune repliche in tema di postliminio, Naples 1980.
- ROBLEDA Olis Il diritto degli schiavi nell’antica Roma, Rome 1976.
- ROGUIN Ernest La science juridique pure, I, Paris 1923.
- ROUBIER Paul Droits subjectifs et situations juridiques, Paris 1963.
- SALEILLES
Raymond De la personnalité juridique – Histoire et théorie, 2^e édition, Paris 1922.
- SARGENTI Manilo Svolgimento dell’idea di contratto nel pensiero giuridico romano, in IVRA 39 (1988), p. 24.
- SAUTEL G. et M. Note sur l’action „quod iussu“ et ses destinées postclassiques, in Droits de l’Antiquité et Sociologie juridique, Mélanges Henri Lévy-Bruhl, édités par l’Institut de droit romain de l’Université de Paris, Paris 1959, p. 257.
- SCHLEPPINGHOFF
Andrea Monika Actio quod iussu – Die Geheissklage (und ihre Bedeutung für die Entwicklung des

- Maria Stellvertretungsgedankens im 19. Jahrhundert),
thèse Cologne 1997.
- SCHLOSSMANN
Siegmond Persona und ΠΡΟΣΩΠION im Recht und im
christlichen Dogma, Kiel 1906.
- SCHMIDLIN Bruno Droit privé romain, I, 2^e édition, Lausanne 1988,
(cité : SCHMIDLIN, Droit privé, p.).
- SCHMIDLIN Bruno La personne individuelle : pierre angulaire du
système du droit moderne, in Personne, société,
nature – La titularité de droits, du rationalisme
juridique du XVII^e siècle à l'écologie moderne,
publié sous la direction de Bruno Schmidlin,
Fribourg 1996, p. 3 (cité : SCHMIDLIN, La personne
individuelle, p.).
- SCHMIDLIN
Bruno/CANNATA
Carlo Augusto Droit privé romain, II, 2^e édition, Lausanne 1991,
(cité : SCHMIDLIN/CANNATA, p.).
- SCHWANERT
Hermann August Die Naturalobligationen des Römischen Rechts,
Gottingue 1861.
- SCIALOJA Vittorio Negozi giuridici, 4^e édition, Rome 1938.
- SERIAUX Alain Le droit naturel, 2^e édition, Paris 1999.
- SERTORIO Luigi La prigionia di guerra e il diritto di postliminio,
Turin 1915, réimpression Rome 1971.
- SIBER Heinrich Naturalis obligatio, in Gedenkschrift für Ludwig
Mitteis, édité par Theodor Weicher, Leipzig 1926,
p. 1.
- SITTER Beat Plädoyer für das Naturrechtsdenken – Zur
Anerkennung von Eigenrechten der Natur, in
Beihefte zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht
(R. D. S.), Heft 3, Bâle 1984.
- SOHM
Rudolph/MITTEIS Institutionen – Geschichte und System des
römischen Privatrechts, 17^e édition, Leipzig 1924.

- Ludwig/WENGER (cité: SOHM, p.)
Leopold
- SOLAZZI Siro Studi sull' « Actio de peculio », in B. I. D. R. 17 (1905), p. 208, 18 (1906), p. 228 et 20 (1908), p. 5, réédité et regroupé in Scritti di diritto romano, I, édité sous les auspices de la faculté juridique napolitaine, Naples 1955, p. 161 (cité : SOLAZZI, Scritti I (p. 161 ss), p.).
- SOLAZZI Siro L'« actio de peculio annalis » contro gli eredi, in Studi Senesi in onore di Luigi Moriani, II, Turin 1905, p. 113, réédité in Scritti di diritto romano, I, édité sous les auspices de la faculté juridique napolitaine, Naples 1955, p. 109 (cité : SOLAZZI, Scritti I (p. 109 ss), p.).
- SOLAZZI Siro Il lavoro libero nel mondo romano, in Annuario dell'Università di Macerata (1905-1906), p. 1, réédité in Scritti di diritto romano, I, édité sous les auspices de la faculté juridique napolitaine, Naples 1955, p. 141 (cité : SOLAZZI, Scritti I (p. 141 ss), p.).
- SOLAZZI Siro « Ius deductionis » e « condemnatio cum deductione » nell'« actio de peculio », in Studi in onore di Carlo Fadda, I, Naples 1906, p. 345, réédité in Scritti di diritto romano, I, édité sous les auspices de la faculté juridique napolitaine, Naples 1955, p. 99 (cité : SOLAZZI, Scritti I (p. 99 ss), p.).
- SOLAZZI Siro Peculio e “in rem versio” nel diritto classico, in Studi in onore di B. Brugi, Palermo 1910, p. 203, réédité in Scritti di diritto romano, I, édité sous les auspices de la faculté juridique napolitaine, Naples 1955, p. 247 (cité : SOLAZZI, Scritti I (p. 247 ss), p.).
- SOLAZZI Siro “Condictio” e azioni adiettizie, in R. I. S. G. 49 (1911), p. 51, réédité in Scritti di diritto romano, I,

édités sous les auspices de la faculté juridique napolitaine, Naples 1955, p. 269 (cité : SOLAZZI, Scritti I (p. 269 ss), p.)

- SOLAZZI Siro "Iussum" e "Ratihabitio", in S. D. H. I. 16 (1950), p. 271 (cité : SOLAZZI, S. D. H. I. 16 (1950), p.).
- SOLAZZI Siro Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore, in Scritti di diritto romano, I, édités sous les auspices de la faculté juridique napolitaine, Naples 1955, p. 433 (cité : SOLAZZI, Scritti I (p. 433 ss), p.).
- SOLAZZI Siro Sul "peculium" nell'"actio de in rem verso", in AG. 152 (1957), p. 3, réédité in Scritti di diritto romano, VI, édités sous les auspices de la faculté juridique napolitaine, Naples 1972, p. 247 (cité : SOLAZZI, Scritti VI (p. 247 ss), p.).
- SOLAZZI Siro Scritti di diritto romano, IV, édités sous les auspices de la faculté juridique napolitaine, Naples 1963 (cité : SOLAZZI, Scritti IV, p.).
- SÖLLNER Alfred Irrtümlich als Sklaven gehaltene freie Menschen und Sklaven in unsicheren Eigentumsverhältnissen – Homines liberi et servi alieni bona fide servientes, in Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei, partie 9, Stuttgart 2000.
- STRAUSS Léo Droit naturel et histoire, traduction de l'anglais par Monique Nathan et Eric de Dampierre, Paris 1954.
- STURM Fritz Sklavenkasse entscheidet über Eigentumserwerb - Zu Gaius D. 41, 1, 43, 2 und Ulpian D. 7, 1, 25, 1, in Sklaverei und Freilassung im römischen Recht, Symposium für Hans Josef Wieling zum 70. Geburtstag, édité par Thomas Finkenauer, Berlin 2006, p. 223.
- TALAMANCA Mario Istituzioni di diritto romano, Milan 1990.

- TEYSSIE Bernard Droit civil – Les personnes, 2^e édition, Paris 2000.
- TOCCI Mario La perdita della libertà personale nell'antico ordinamento giuridico romano, in http://www.filodiritto.com/diritto/romano/perdit_alibertapersonaletocci.htm#2b.
- TRIGEAUD Jean-Marc La Personne, in Archives de philosophie du droit, tome 34 – Le sujet de droit, éditées par François Terré, Paris 1989, p. 103.
- VALINÒ Emilio La « actio tributoria », in S. D. H. I. 33 (1967), p. 103.
- VAZNI Jan Naturalis obligatio, in Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento, IV, Milan 1930, p. 129.
- VILLEY Michel L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains, in R. H. D. 24 (1946), p. 201 (cité : VILLEY, R. H. D. 24 (1946), p.).
- VILLEY Michel Logique d'Aristote et droit romain, in R. H. D. 29 (1951), p. 309 (cité : VILLEY, R. H. D. 29 (1951), p.).
- VILLEY Michel Deux conceptions du droit naturel dans l'Antiquité, in R. H. D. 31 (1953), p. 475 (cité : VILLEY, R. H. D. 31 (1953), p.).
- VILLEY Michel Les origines de la notion de droit subjectif, in Archives de philosophie du droit – Déontologie et discipline professionnelle, tome 2, éditées par Léon Husson, Paris 1953 / 1954, p. 163 (cité : VILLEY, Les origines, p.).
- VILLEY Michel La formation de la pensée juridique moderne, Paris 2003 (cité : VILLEY, La formation, p.).
- VOIGT Moritz Die XII Tafeln – Geschichte und System des Zivil –und Kriminalrechts wie –prozesses der XII Tafeln

- nebst deren Fragmenten, I, Leipzig 1883, réimpression Aalen 1966.
- VON HIPPEL Ernst Elemente des Naturrechts – Eine Einführung, Berlin 1969.
- VON TUHR Andreas Actio de in rem verso, Leipzig 1895.
- WALLON Henri Histoire de l'esclavage dans l'Antiquité, Paris 1988.
- WATSON Alan The law of persons in the later roman Republic, Oxford 1967.
- WELWEI Karl-
Wilhelm Compte-rendu de Wolfgang Hoben, Terminologische Studien zu den Sklavenerhebungen der römischen Republik (Forschungen zur antiken Sklaverei IX), Wiesbaden 1978, in Z. S. S. 98 (1981), p. 475.
- WINDSCHEID Bernhard Lehrbuch des Pandektenrechts, I et II, 9^e édition retravaillée par Theodor Kipp, Frankfurt-sur-le-Main 1906, réimpression Aalen 1984.
- WINTERBERG Richard Der vollmachtlose Stellvertreter nach römischem Recht, thèse Leipzig 1919.
- WUNNER Sven Erik Contractus – Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht, Cologne 1964.
- ZACHER Ewald Der Begriff der Natur und das Naturrecht, Berlin 1973.

L'ouvrage tient essentiellement compte de la doctrine jusqu'en 2008 ; nous renvoyons le lecteur aux bibliographies plus récentes publiées notamment dans les revues IVRA et Z. S. S..

PARTIE I INTRODUCTION GENERALE

Chapitre I Introduction

L'homme peut-il réduire en esclavage son semblable aux fins de l'exploiter ? Si la question énoncée peut paraître en décalage aux yeux de nos sociétés modernes des droits de l'homme, dans les temps reculés de l'Antiquité, l'esclavage était pourtant une institution généralement adoptée par les nations dites civilisées¹.

Nous aimerions introduire le sujet par ces textes choisis qui illustrent un dilemme :

*Gai. 1, 9 : Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.*²

*D. 12, 6, 64 Tryphoninus : [...] enim libertas naturali iure continetur et dominatio ex gentium iure introducta est [...].*³

*D. 1, 1, 4 Ulpianus : [...] Quae res a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita : sed posteaquam iure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis. et cum uno naturali nomine homines appellaremur, iure gentium tria genera esse coeperunt : liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi qui desierant esse servi.*⁴

¹ Cf. : le D. 1, 5, 4, 1-3 *Florentinus*.

Voir de plus : FRANCIOSI, p. 179 ; RAINER, p. 8.

² Traduction : La principale distinction afférente au droit des personnes est que les hommes sont libres ou esclaves.

³ Traduction : [...] en effet, la liberté est maintenue en droit naturel et l'esclavage a été introduit par le droit des gens [...].

⁴ Traduction : (Ulpien en parlant de l'affranchissement) [...] L'affranchissement tire son origine du droit des gens, puisqu'en effet, le droit naturel considère que tous les hommes naissent libres et ne reconnaît ni affranchissement, ni servitude : mais après avoir été introduite - la servitude - par le droit des gens, il faut être favorable aux affranchissements : et, alors que, au regard du droit naturel, la condition de tous les hommes est la même, au regard du droit des gens, trois espèces

*D. 50, 17, 32 Ulpianus : Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur : non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt.*⁵

Gaius affirme que tous les hommes sont libres ou esclaves.

Mais si, comme l'entendent Tryphonien et Ulpien, la liberté est le propre du droit naturel qui ne reconnaît pas de servitude⁶, et que, toujours selon Ulpien, en droit naturel tous les hommes sont égaux⁷, l'esclave ne peut alors être que naturellement libre, puisqu'il est un homme⁸. Pourtant, selon Ulpien, à la lumière du droit civil⁹, il n'existe pas. L'ordre juridique romain semble en effet considérer l'esclave sous

d'hommes commencèrent à exister : les hommes libres, leur contraire, les esclaves et ceux qui ont cessé d'être esclaves, les affranchis.

⁵ Traduction : Au regard du droit civil, les esclaves sont considérés comme s'ils n'existaient pas, mais il n'en est pas de même par rapport au droit naturel, suivant lequel tous les hommes sont égaux.

⁶ Voir aussi : le D. 50, 17, 122 *Gaius* ; le D. 1, 1, 4 *Ulpianus* ; le D. 50, 17, 106 *Paulus*.

Voir en outre : VON HIPPEL, p. 48, qui indique que la liberté est à la base du caractère contraignant ou obligatoire d'un ordre juridique.

⁷ Cf. : BOBBIO, p. 186.

⁸ Voir aussi : le D. 1, 5, 4, pr. ss *Florentinus*.

En ce sens, voir de manière générale : KOSCHEMBAR-LYSKOWSKI, p. 481 et 489, qui relève les difficultés occasionnées par le dilemme ; LEVY, S. D. H. I. 15 (1949), p. 12 s. ; LOMBARDI, S. D. H. I. 16 (1950), p. 226 s., qui souligne l'impasse ; STRAUSS, p. 112, qui voit dans l'idée de liberté et d'égalité la contestation de l'esclavage ; WALLON, p. 519 ss, qui montre que les tensions causées par un statut imposé *contra naturam* conduisent inévitablement au soulèvement. La révolte de Spartacus en est le plus important des témoignages.

⁹ Sur la notion de droit civil, voir plus bas dans le corps du texte et voir aussi la section « Le droit « positif » de l'époque classique », p. 62 ss.

deux aspects, comme une personne au sens juridique du terme¹⁰ et comme une chose¹¹.

Cette ambivalence annonce déjà les difficultés auxquelles nous devons faire face dans une recherche de droit romain concernant le statut de l'esclave.

De nombreux ouvrages ont été écrits sur la question, qui n'a cessé d'interpeller juristes, philosophes ou encore théologiens¹². Dans la densité et la complexité de cette matière, nous aimerions examiner une perspective nouvelle : celle de la condition¹³ de l'esclave en rapport avec l'activité économique, spécialement contractuelle, dans la Rome de l'époque classique¹⁴.

¹⁰ En ce sens : Gai. 3, 153 ; le D. 50, 17, 32 *Ulpianus* ; le D. 50, 17, 209 *Ulpianus*.

Voir en outre : FIEFFE-LACROIX, I, p. 177, qui compare l'esclavage à la mort ; SCHLOSSMANN, p. 94, qui traduit, dans le D. 50, 17, 32 *Ulpianus*, *servi pro nullis habentur* par « Sklaven haben keine Existenz » ; BUCKLAND, p. 4, qui parle de l'esclavage comme une sorte de « mort » (« akin of death ») ; DUFF, p. 18, qui qualifie l'esclave de « nobody » ; SCHMIDLIN, I, p. 99, qui dit que l'esclave n'a « aucun statut » ; CARBONNIER, p. 201, qui affirme que « [d]ans la pureté des principes - peu importe la suite – ils [les esclaves] n'étaient rien ».

Voir de plus la section « L'esclave et la notion juridique de « personne » », p. 89 ss.

¹¹ Sur la qualification de l'esclave uniquement comme objet de droit (de propriété) : BUCKLAND, p. 3 ; GIRARD, I, p. 103 ; D'AMIA, p. 31-33 ; ARANGIO-RUIZ, p. 44 s. et 49 ; CARBONNIER, p. 201 et 206, qui parle de « non-personne » ; FRANCIOSI, p. 192 ; RAINER, p. 10 et 44 ; TEYSSIE, p. 3.

Cf. en outre la section « L'esclave et la notion juridique de « chose » », p. 111 ss.

¹² Pour un bon panorama des sources concernant l'esclavage, on consultera la très complète bibliographie de BROCKMEYER Norbert/HERRMANN Elisabeth, *Bibliographie zur antiken Sklaverei*, 2 parties, Bochum 2003, comportant plus de 5'000 ouvrages.

¹³ Il convient d'ailleurs d'être prudent sur l'utilisation des termes techniques de « condition », « statut juridique », « personnalité (juridique) » et « personne (juridique) », dont le sens en droit romain n'était pas celui que nous connaissons dans nos droits modernes. Voir à ce propos : BUCKLAND, p. 3 ss ; CUQ, p. 120 ; DUFF, p. 1 ss ; IMBERT, note 1, p. 92 ; HEUMANN/SECKEL, p. 56 (*caput*), 237 (*homo*), 425 s. (*persona*), 554 (*status*) ; ALBANESE, p. 7 ss ; SCHMIDLIN, *Droit privé romain*, I, p. 3 ss ; TRIGEAUD, p. 103 ss.

Voir aussi la section « Remarques préliminaires », p. 51 ss.

¹⁴ Cette période s'étend du dernier tiers du I^{er} siècle avant J. C., coïncidant avec le début du Principat, à la fin du III^e siècle après J. C. avec l'arrivée de Dioclétien au pouvoir de l'Empire.

En ce sens : PEROZZI, *Istituzioni*, I, p. 71 ; KASER, I, § 1, p. 1 ss ; SCHMIDLIN, *Droit privé*, p. 45 ss.

Il faudra donc essayer de comprendre comment l'esclave, réduit au statut d'objet de droit civil¹⁵, peut entrer en rapport avec des sujets de droit civil, notamment par le biais de contrats bilatéraux¹⁶.

En effet, à l'époque classique, l'esclave est indéniablement existant, non seulement dans les faits de la vie familiale et sociale¹⁷, mais encore comme véritable acteur du système commercial établi par le droit civil. Il a une capacité naturelle d'agir et d'interagir aussi bien avec des hommes libres, des étrangers que d'autres esclaves¹⁸. Il est d'ailleurs souvent très difficile de le distinguer des hommes libres¹⁹. Les Romains ont très vite pris conscience de l'importance de l'esclave pour l'économie et ils lui ont accordé une attention toute particulière²⁰. Dans l'Antiquité, il était en effet plus profitable d'exploiter des hommes que de les éliminer²¹. On a donc attribué aux esclaves toutes sortes de fonctions²², dont celles d'agriculteur²³, de cuisinier²⁴, de cordonnier²⁵, de musicien ou comédien²⁶,

¹⁵ Cf. aussi : CARBONNIER, p. 201 ss, qui emploie la terminologie de non-sujet de droit.

¹⁶ Voir à ce sujet la section « La controverse doctrinale sur l'existence des droits subjectifs », p. 76 ss, et la section « Les actes contractuels et l'autonomie de l'esclave », p. 149 ss.

¹⁷ Cf. : WALLON, p. 404 ss.

¹⁸ Cf. la partie « L'autonomie de l'esclave et sa capacité d'interagir avec des tiers », p. 119 ss.

¹⁹ En effet, l'esclave est en apparence doué des mêmes qualités que l'homme libre, si bien qu'au D. 21, 1, 17, 10 *Ulpianus*, lorsque l'esclave est en fuite, il apparaît comme un homme libre affranchi de la puissance de son maître. Au D. 18, 1, 5 *Paulus*, Paul affirme qu'il est difficile de distinguer un esclave d'un homme libre. De même, au D. 21, 1, 65, 2 *Venuleius*, Vénuléius nous dit que l'esclave a accès aux sciences comme tout homme libre.

²⁰ Voir : *Cato, De agri cultura*, LVI-LIX ; *Varro, De re rustica*, I, 17, 1.

Voir en outre : GIRARD, I, p. 103 ; GIFFARD, n° 348, p. 209, qui indique que « C'est une institution du *jus gentium*, acceptée, bien que contraire au *jus naturale*, comme une nécessité économique et sociale, même sous Justinien » ; ALBANESE, p. 20 ; DUMONT, p. 37 ; WALLON, p. 382 ; FRANCIOSI, p. 179 ; RAINER, p. 45.

²¹ Cf. : le D. 50, 16, 239, 1 *Pomponius* ; le D. 1, 5, 4, 2 *Florentinus*.

La plupart des prisonniers de guerre devenus esclaves sont pour la plupart très compétents dans toutes sortes de domaines professionnels.

Voir à ce sujet : FIEFFE-LACROIX, I, p. 177 ; BUCKLAND, p. 6 s. ; WALLON, p. 393 ss.

²² Voir à ce sujet : MORABITO, p. 80, 81 s., 83 s., 86 s., 92, 95 s. et 99.

²³ Cf. : le D. 32, 3, 99, pr. *Paulus*.

²⁴ Cf. : le D. 32, 3, 99, 4 *Paulus* ; le D. 35, 1, 17, 1 *Gaius*.

²⁵ Cf. : le D. 35, 1, 17, 1 *Gaius*.

de muletier ou palefrenier²⁷, de chasseur²⁸, de commerçant²⁹, de capitaine de navire³⁰, de médecin³¹, de banquier³², de philosophe³³, de bouffon³⁴ ou encore d'employé d'administration³⁵.

Comment les Romains ont-ils pu justifier le statut de l'esclave, tout en niant une réalité dont ils avaient pourtant tous conscience³⁶, à savoir que tous les hommes sont par essence libres et égaux³⁷ ? Comment le système du droit civil au sens large³⁸ imposant l'esclavage a-t-il pu survivre, alors qu'il s'oppose aux préceptes « juridiques », moraux et philosophiques du droit naturel fondamental³⁹ ? Les Romains avaient-ils une conception utilitariste du droit ?

Nous tenterons d'apporter à ces questions des éléments de réponse tout au long de notre étude. Celles-ci ne représentent qu'une infime partie de tous les questionnements qui jalonnent notre ouvrage et qui, pour la plupart, ne connaîtront pas de réponse arrêtée. Cette recherche doit avant tout nous permettre d'ouvrir notre esprit aux difficultés rencontrées par nos ancêtres juristes et à la finesse de leur génie pratique pour les résoudre.

²⁶ Cf. : le D. 21, 1, 34, pr.-1 *Africanus* ; le D. 9, 2, 22, 1 *Paulus*.

²⁷ Cf. : le D. 32, 3, 60, 1 *Alfenus* ; le D. 32, 3, 99, 2 *Paulus*.

²⁸ Cf. : le D. 32, 3, 99, 1 *Paulus*.

²⁹ Cf. : le D. 14, 3, 13, pr. *Ulpianus*.

³⁰ Cf. : le D. 14, 1, 1, 4 *Ulpianus*.

³¹ Cf. : le D. 40, 5, 41, 6 *Scaevola*.

³² Cf. : le D. 2, 13, 4, 3 *Ulpianus*.

³³ Cf. : le D. 21, 1, 18, pr. *Gaius*.

³⁴ Cf. : le D. 21, 1, 38, 14 *Ulpianus* à la fin.

³⁵ Voir notamment : BOULVERT Gérard, *Esclaves et affranchis impériaux sous le Haut-Empire romain – Rôle politique et administratif*, Naples 1970, pour une étude détaillée de tous les emplois remplis par les esclaves dans le gouvernement et l'administration.

³⁶ Voir à ce sujet : LE BRAS, p. 417 ; ALBANESE, p. 108 s.

³⁷ Cf. : le D. 1, 5, 4, 1 *Florentinus*.

Voir de plus : ALBANESE, p. 20.

³⁸ Sur la notion de droit civil, voir plus bas dans le corps du texte et voir aussi la section « Le droit « positif » de l'époque classique », p. 62 ss.

³⁹ Voir : CARBONNIER, p. 206 ; RAINER, p. 54.

On verra que, si le système juridique et économique romain a beaucoup contribué à une aggravation du statut de l'esclave⁴⁰, il a également apporté un certain nombre d'améliorations, notamment par rapport à sa reconnaissance dans les faits en tant que personne douée de conscience, de volonté et de dignité⁴¹. Curieusement, les notions de chose et de personne, qui nous apparaissent comme irréductiblement antinomiques au premier abord, ont l'air de se rapprocher dans la définition de l'esclave⁴². L'esclave est-il une sorte d'entité hybride, mi-chose, mi-personne⁴³ ?

Pour commencer, il nous paraît nécessaire d'étudier la structure complexe de l'ordre juridique romain⁴⁴, pour comprendre d'une part comment le statut de l'esclavage a pu se concevoir, et d'autre part comment les Romains sont parvenus à donner à l'esclave les moyens d'utiliser certaines institutions réservées normalement aux seuls capables de droit civil⁴⁵.

⁴⁰ Voir à ce sujet : MONIER, I, p. 210 et KASER, I, § 67 I, qui indiquent que les esclaves vont rapidement être exploités comme main d'œuvre bon marché sous l'Empire. Leur situation a d'ailleurs empiré dans la période de la jeune République, lors de l'afflux massif en Italie de prisonniers de guerre de toutes les nations conquises par Rome. Voir de plus : FRANCIOSI, p. 180 ss, qui explique le passage d'une économie de simple récolte et modeste agriculture à celle de production massive, notamment dans l'élevage de troupeaux, par le fait que l'on a passé d'un système d'« autosuffisance » à un système dit du « surplus » ou « accumulatif ». Il illustre parallèlement l'augmentation du nombre d'esclaves et l'aggravation de leur condition, notamment à la suite des nombreuses guerres qu'a connues Rome. Voir aussi : ARANGIO-RUIZ, p. 48 ; KASER, I, § 67 I ; WALLON, p. 393 ss ; LEFEBVRE-TEILLARD, p. 16.

⁴¹ Voir : *Seneca, Epistulae ad Lucilium*, 31, 11, qui dit qu'un esclave, aussi bien qu'un chevalier, peut posséder une âme grande, juste et vertueuse.

Voir en ce sens : GIRARD, I, p. 104 ; ARANGIO-RUIZ, p. 49, qui reconnaît l'esclave comme créature sensible et intelligente ; MONIER, I, p. 211 ; ALBANESE, p. 141 ; WALLON, p. 465.

⁴² En effet, on peut constater que le *servus* fait son apparition dans chacune des deux parties de la division *res - personae* opérée par les juristes romains (p. ex. voir Gai., *Commentarius primus et secundus*).

Voir aussi : SCHMIDLIN, La personne individuelle, p. 5.

⁴³ Cf. : RAINER, p. 12, qui précise : « Er ist also nicht nur Rechtsobjekt, sondern auch Rechtssubjekt », et le même auteur encore, p. 44 et 54. Dans le même sens : AFFOLTER, p. 81 ss ; CUQ, p. 79 ss ; MONIER/CARDASCLA/IMBERT, p. 398 ; BUTI, p. 5.

⁴⁴ Cf. la section « Les sources du droit », p. 52 ss.

⁴⁵ Sur la notion de droit civil au sens strict (*ius civile*), voir la section « Le *ius civile* », p. 62 ss.

L'ordre est en effet composé de deux strates de normes : les Romains connaissent un droit dit « naturel » (*ius naturale*)⁴⁶, commun à tous les êtres vivants qui constitue l'une des strates⁴⁷ ; l'autre strate se compose du droit civil au sens étroit (*ius civile*)⁴⁸, propre à chaque Cité, incluant le droit des gens (*ius gentium*)⁴⁹ commun à tous les peuples ; ensemble, le *ius civile* et le *ius gentium* forment ce que nous appellerons le droit civil au sens large. Nous verrons ainsi que la reconnaissance de la personne de l'esclave en droit naturel ne sera pas étrangère à son accession à une certaine autonomie⁵⁰.

Nous étudierons comment le préteur, influencé probablement aussi par la philosophie, est parvenu à donner à l'esclave les moyens d'agir et d'entrer en relation contractuelle avec des tiers au nom de son maître, et parfois même en son propre nom⁵¹. Nous verrons qu'il se

⁴⁶ Cf. : le D. 1, 1, 1, 3 *Ulpianus*.

⁴⁷ A ce propos, il est intéressant de remarquer que tous les juristes ne paraissent pas pratiquer la même division des sources. Gaius semble opter pour une optique bipartite (*ius civile* et *ius gentium*), tandis que Cicéron et Ulpien optent pour une division tripartite en y ajoutant le *ius naturale*. Voir p. ex. concernant Gaius : Gai. 1, 1 = D. 1, 1, 9 *Gaius*, où dans son paragraphe d'ouverture des *Institutes*, l'auteur ne mentionne pas l'existence du droit naturel. Pourtant, plusieurs passages dans la suite vont en révéler l'existence : p. ex. Gai. 1, 156 ; Gai. 1, 158 ; Gai. 2, 65 ; Gai. 3, 119a. Quant à Cicéron et Ulpien, voir p. ex. : *Cicero, De Officiis*, 3, 17, 69, où Cicéron nous démontre ici l'interdépendance des sources juridiques ; le D. 1, 1, 1, 3 *Ulpianus* ; le D. 1, 1, 1, 4 *Ulpianus* et le D. 1, 1, 6 *Ulpianus*.

Voir à ce sujet : ARANGIO-RUIZ, p. 27 s. ; GIRARD, I, p. 2 s. ; KASER, I, § 49 I, p. 198 ss, qui emploie également la terminologie de « couches de normes » pour définir le complexe juridique romain.

⁴⁸ Cf. : le D. 1, 1, 6, pr.-1 *Ulpianus* ; le D. 1, 1, 7, pr.-1 *Papinianus*.

⁴⁹ Cf. : le D. 1, 1, 1, 4 *Ulpianus*.

⁵⁰ Voir : BUCKLAND, p. 3, qui parle de « shadowy rights » et se montre réservé quant à admettre que l'esclave n'a aucun droit ; MONIER, I, p. 213 s., qui reconnaît à l'esclave une personnalité juridique limitée ; WALLON, p. 646, qui affirme que « l'esclave [...n'est...] plus entièrement compté comme une chose ».

Cf. la section « Le *ius naturale* », p. 55 ss.

⁵¹ Voir notamment sur le concept d'*instrumentum* et de la « représentation » : CUQ, p. 81 ; GIRARD, I, p. 106 ; DUFF, p. 17, qui propose une jolie métaphore : « They are in themselves colourless, like the glass jars that a chemist fills with red and green and purple liquids, and they take their colour from their masters » ; MONIER, I, p. 211 s. ; ALBANESE, p. 140 s. ; SCHMIDLIN, Droit privé romain, I, p. 100 ; WALLON, p. 393, 464 ss.

Voir en outre : la section « Les actes juridiques – le principe de la non-représentation », p. 121 ss, ainsi que le chapitre « Les institutions relatives aux actions *adiecticiae qualitatis* », p. 195 ss.

servira du droit naturel⁵² et du concept d'obligation naturelle (*obligatio naturalis*)⁵³ pour justifier la capacité naturelle d'agir de l'esclave, ainsi que du consentement de son maître pour lui permettre d'accéder à une forme de capacité en droit civil⁵⁴. Le principal effet juridique découlant de l'acte contractuel effectué par le *servus* sera d'engager la responsabilité de son maître en cas d'inexécution⁵⁵. Les actions qui se rapportent aux institutions prétoriennes ainsi créées sont appelées « adjectices » (*adiecticiae qualitatis*)⁵⁶.

Quant aux sources, nous travaillerons essentiellement sur la base de textes issus de l'époque classique, âge d'or de la jurisprudence des juriconsultes romains. Le principal ouvrage que nous utiliserons sera nécessairement le *Corpus Iuris Civilis* de Justinien, et spécialement la partie que compose le Digeste⁵⁷. Nous ferons par ailleurs précieux usage des *Institutes* de Gaius, puisqu'il s'agit du seul manuscrit plus ou moins intact qui nous soit parvenu⁵⁸. D'autres documents, dont les Sentences de Paul ou encore les fragments d'Ulpien et du Vatican, viendront encore enrichir nos recherches.

L'étendue de la matière nous imposera de faire des choix, aussi bien dans la sélection des fragments de textes romains⁵⁹, que dans les ouvrages de doctrine⁶⁰. Nous espérons néanmoins que l'objectivité de

⁵² Cf. la section « Le *ius naturale* », p. 55 ss.

⁵³ Cf. la section « *Obligatio naturalis* – généralités », p. 172 ss.

⁵⁴ Cf. la section « Les actes juridiques – le principe de la non-représentation », p. 121 ss.

⁵⁵ Voir p. ex. : Gai. 1, 52.

Cf. en outre : GIRARD, I, p. 105 ; MONIER, I, p. 211 ; ROBLEDA, p. 78 s.

Voir, concernant les actions données contre le *dominus*, la section « Les institutions relatives aux actions *adiecticiae qualitatis* », p. 195 ss.

⁵⁶ Cf. la section « Les institutions relatives aux actions *adiecticiae qualitatis* », p. 195 ss.

⁵⁷ Voir : RAINER, p. 3.

⁵⁸ Cf. : REINACH, p. VII.

⁵⁹ On se référera avec intérêt au répertoire de textes de MORABITO, p. 9, qui précise que le Digeste comporte environ 21'001 paragraphes dont 5185 ont trait à l'esclavage. Voir également les p. 24 ss, pour une illustration sous forme de tableaux. Voir de plus : BOULVERT/MORABITO, p. 154 ss.

⁶⁰ Cf. la note 12.

notre travail n'en sera point trop entachée et que ce dernier conservera tout son intérêt scientifique.

Pour permettre une lecture plus aisée, nous avons choisi de ne donner, dans le corps du texte, que l'essentiel de la matière ainsi que les fragments principaux, les notes de bas de page contenant les précisions, les renvois, les références aux textes romains ainsi que la doctrine. Nous avons, dans la mesure du possible, et chaque fois que cela semblait nécessaire ou utile, rapporté, traduit ou résumé des textes et avis d'auteurs.

Pour garantir la cohérence de la présentation des différentes institutions et permettre des points de comparaison, nous avons cherché à dégager les grands principes qui ont perduré durant toute l'époque classique ; les évolutions moins significatives propres à certaines institutions ont donc été écartées.

Chapitre II Remarques préliminaires

Paragraphe 1 Institutions et terminologie

Lorsqu'il s'agit de donner une définition de telle ou telle notion romaine, il faut d'abord distinguer le terme latin servant à la désigner, du sens qu'il faut lui attribuer. Le contexte historique doit permettre au lecteur de choisir le sens qu'il convient de donner à un terme pour en trouver la meilleure traduction. Afin de faciliter l'accès du présent ouvrage au juriste contemporain, voire au non-juriste, il nous a paru judicieux d'employer, chaque fois que cela était possible, une terminologie française inspirée de notre droit actuel⁶¹. Mais, comme certaines institutions romaines n'ont pas ou plus leur équivalent exact dans notre système juridique moderne, il va de soi que nous donnerons les précisions nécessaires, lorsque la terminologie servant à les désigner est à ce point différente qu'elle ne peut être rapprochée de celle de notre droit actuel.

⁶¹ En ce sens : VILLEY, *Les origines*, p. 171, qui estime que notre vocabulaire contemporain n'est pas toujours adéquat, mais à certains points de vue seulement ; ARANGIO-RUIZ, p. 15, qui opte également pour un rapprochement des notions modernes et des notions romaines. Voir de plus : IMBERT, note 1, p. 92, qui précise que souvent « les jurisconsultes décrivaient la situation, ils ne la baptisaient pas [...] ». Si une construction juridique n'a pas de nom, cela ne veut donc pas dire qu'elle n'existe pas ; la casuistique romaine des jurisconsultes décrit d'ailleurs souvent une situation de fait dans laquelle il appartiendra à l'exégète de déceler les règles juridiques appliquées.

Paragraphe 2 Les sources du droit

La question juridique de l'esclavage ne peut totalement être dissociée de la philosophie. C'est pourquoi nous nous risquerons, dans un bref exposé, à esquisser les contours de la notion de droit naturel, chère aux philosophes⁶², et nous la comparerons avec le droit « édicté » ou « positif »⁶³ de l'époque classique.

A l'époque classique, l'ordre juridique romain⁶⁴ compris dans son sens large apparaît comme une sorte de pyramide à deux étages⁶⁵ : il aurait comme socle une couche de « normes » fondamentales dictées par la nature⁶⁶ et un premier étage composé d'une couche de normes dites « édictées » et propres à la Cité romaine, dont certaines proviendraient d'un droit commun (qu'on appelle aussi droit des gens) ; ces deux

⁶² Cf. : KAMPHUISEN, p. 399, qui rapporte que tous les philosophes ont recherché le fondement du droit dans le droit naturel.

⁶³ Nous tenons ici à informer le lecteur que nous emploierons régulièrement aussi la notion de droit civil (au sens large).

⁶⁴ Bien entendu, la définition du droit varie en fonction des différentes idées philosophiques et il serait impossible de vouloir ici donner un panorama complet des différentes définitions possibles. Nous tenterons simplement d'esquisser la conception philosophique générale de l'ordre juridique qu'en avaient les jurisconsultes de l'époque classique.

Voir p. ex. : DELAHAYE, p. 120, qui pense que la loi est règle du juste, du droit, et p. 122, reprenant une définition de Saint-Thomas d'Aquin, qu'elle serait « un ordonnancement rationnel des conduites humaines en fonction du bien commun » ; en cela seulement, elle apparaîtrait comme juste ou permettrait la juste répartition (cf. p. 123). Voir encore : SERIAUX, p. 19 ss, qui précise qu'à l'époque classique, le droit se définit comme le juste ; VILLEY, La formation, p. 67, qui indique qu'il y a plusieurs définitions du droit, dépendant notamment des différentes doctrines philosophiques de l'Antiquité (p. ex. les doctrines platoniciennes, aristotéliennes ou encore stoïciennes).

⁶⁵ Voir, dans le sens d'un complexe juridique formé de plusieurs strates de normes : KASER, I, § 49 I, p. 198 ss, qui ne voit pas à Rome d'ordre juridique homogène, mais un complexe composé de plusieurs couches de normes (« Rechtsschichten »).

⁶⁶ Cf. : KAMPHUISEN, p. 396, qui indique que le droit naturel était bel et bien reconnu par les Romains durant les cinq premiers siècles de notre ère.

couches de normes se superposent et forment un ensemble de droits objectifs existant au sein de la Cité romaine⁶⁷.

Nous avons choisi un texte de Cicéron pour illustrer cette construction :

*Cicero, De Officiis, 3, 17, 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. Itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt, quod civile, non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet. 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.*⁶⁸

Comme cela apparaît dans le texte de Cicéron, le droit naturel serait un « droit » respecté par une sorte de « société élargie » dans laquelle sont réunis tous les hommes, sans distinctions⁶⁹ ; à l'intérieur de

⁶⁷ Voir p. ex. : le D. 1, 1, 1, 2 *Ulpianus*, qui indique que le droit privé est composé aussi bien des préceptes du droit naturel que de ceux du droit civil ou des gens. En effet, les deux couches de normes se superposent.

⁶⁸ Traduction : (Cicéron en parlant de tromperie) Je vois bien qu'en raison de la corruption des mœurs, cette façon d'agir n'est pas flétrie par l'opinion ; ni la loi, ni la jurisprudence ne la punissent, mais la loi de nature l'interdit. Car il y a un lien (je l'ai souvent dit mais on ne saurait trop le répéter) qui unit tous les hommes en une société, la plus étendue qui soit ; entre ceux qui sont de même race, il y a une union plus étroite et elle est plus intime encore entre les membres d'une même Cité. C'est pourquoi nos pères ont distingué le droit des gens du droit qui régit les rapports des citoyens entre eux : les prescriptions du droit civil ne s'étendent pas toutes au droit des gens, mais ce qui est du droit des gens doit être du droit civil. Nous n'avons pas, il est vrai, du droit pur et de sa sœur la justice une image coulée en bronze dur mais une simple esquisse. Plût au ciel que du moins elle réglât notre conduite ! La nature et la vérité ont servi de modèle à ceux qui l'ont tracée.

Texte et traduction tirés de : Charles APPUHN, Cicéron, Des devoirs, Paris 1933.

⁶⁹ En ce sens : DELAHAYE, p. 115, qui dit que « l'homme apparaît comme membre naturellement uni aux autres dans un entrelac de fins et de relations sociales qui le constituent en société » ; STRAUSS, p. 122 s., qui indique que l'homme est un être social par nature ; SERIAUX, p. 13 ss, qui

celle-ci, le droit des gens serait celui qui est commun aux nations civilisées, et le droit civil enfin concernerait un peuple défini vivant dans une même Cité. Le *ius civile* apparaît ainsi comme un droit particulier, qui peut différer du *ius gentium*, mais les préceptes du droit des gens doivent être aussi civils, selon Cicéron⁷⁰.

pense en effet que la finalité de l'être humain est de vivre en société et que le droit doit en quelque sorte pourvoir à cette fin.

⁷⁰ Voir au sujet de cette affirmation les développements au début de la section « Le *ius gentium* », p. 65 ss.

Section 1 Le *ius naturale*

Le droit naturel lui-même se compose de deux niveaux : il y aurait un niveau fondamental de « normes » communes à tous les êtres vivants, issues de la nature des choses (*rerum natura*)⁷¹, où l'homme ne se distinguerait pas de l'animal⁷². Ce niveau serait en quelque sorte le donné naturel ou l'ensemble des réalités ou vérités⁷³ de fait reconnues et observées par tous les êtres vivants sans distinctions⁷⁴, comme le sont l'union d'un mâle et d'une femelle, la procréation ou encore l'éducation⁷⁵ :

D. 1, 1, 1, 3 Ulpianus : Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit : nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari

⁷¹ En ce sens, cf. : VILLEY, R. H. D. 31 (1953), p. 485 ; STRAUSS, p. 84 ; DE JOUVENEL, p. 160 s. ; BOBBIO, p. 179 s. ; DELAHAYE, p. 25 ss, qui, tout en se référant à Aristote, pense que le droit et la justice sont fondés dans la nature des choses ; ZACHER, p. 13 ; STRAUSS, p. 100 ; SERIAUX, p. 33, qui dit que « la mesure naturelle est un donné qui tient à la nature des choses ; VILLEY, La formation, p. 71, qui rappelle que Platon entend tirer le droit de la nature des choses, soit des « Idées » ; MELILLO, Personae, p. 8.

⁷² Il nous paraît important de relever que le terme latin de *animal*, *alis* provient de *anima* (l'âme, la vie), et qu'il sert à désigner non seulement les animaux, mais encore tous les êtres vivants, dont l'homme (cf. GAFFIOT, Abrégé, p. 51 s.).

⁷³ Cf. le texte de *Cicero, De Officiis*, 3, 17, 69, cité dans le corps du texte, qui parle de « vérités » (cf. la fin du fragment).

⁷⁴ Voir p. ex. *a contrario* : Gai. 2, 203, qui indique que le fruit d'un arbre à venir ou l'enfant qui naîtra d'une esclave ne sont pas encore entrés dans la nature des choses, c.-à-d. qu'ils ne constituent pas encore des réalités de fait constatables.

Voir, pour les auteurs qui croient que le droit naturel est un ensemble de réalités de fait : VILLEY, R. H. D. 31 (1953), p. 480 s., qui pense que la nature gouverne les astres, la physique, la vie animale et végétale, de même que les institutions sociales, qu'il considère comme des faits ; Kelsen, p. 75 et 106, qui indique que le droit naturel est basé sur des instincts, sur un donné concret ; DE JOUVENEL, p. 161, qui conçoit que le droit naturel apparaît comme « le donné » ; HERVADA, p. 16, qui précise clairement qu'on ne se trouve pas dans la théorie, mais dans le domaine des faits. Le droit naturel serait un « donné indiscutable » (cf. p. 75). Voir aussi : ZACHER, p. 27 et 30, qui indique que la nature est l'ensemble des faits et objets qui la constituent et que tout doit se soumettre à la loi de la nature des choses ; SERIAUX, p. 35 et 39, qui indique que les Romains concevaient que le droit naturel universel provenait de faits qui ne nécessitaient aucun raisonnement.

⁷⁵ Voir p. ex. en ce sens : *Cicero, De Officiis*, 1, 4, 11 ; *Cicero, De finibus*, 3, 19, 62.

*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 censerit.*⁷⁶

Et puis, il y aurait un plan de « droit » naturel fondamental spécifique à l'être humain, qui dépendrait du fait que celui-ci, contrairement aux animaux, est doué de raison⁷⁷ :

*D. 1, 1, 1, pr. Ulpianus : [...] Est autem a iustitia appellatum : nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.*⁷⁸

*D. 1, 1, 10, pr.-2 Ulpianus : (pr.) Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. (1) Iuris praecepta sunt haec : honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere. (2) Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.*⁷⁹

D. 1, 1, 11 Paulus : Ius pluribus modis dicitur : uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile. nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium. praetor quoque ius reddere dicitur etiam cum inique decernit, relatione scilicet facta

⁷⁶ Traduction : Le droit naturel est celui que la nature inspire à tous les êtres vivants. Ce droit n'appartient pas seulement aux hommes, mais à tous les êtres vivants qui naissent sur la terre et dans la mer ; il est commun aussi aux oiseaux. De ce droit descend l'union d'un mâle et d'une femelle, que nous appelons mariage, la procréation des descendants et leur éducation. En effet, tous les êtres vivants, même les bêtes féroces paraissent reconnaître ce droit.

⁷⁷ Voir p. ex. : Cicero, *De re publica*, 3, 22, 33.

En ce sens, cf. : STRAUSS, p. 122 ; SERIAUX, p. 47, qui distingue tout à fait clairement le droit naturel commun aux animaux et aux hommes de celui qui est propre à l'homme. En effet, la saisie pour l'homme de ce qui est conforme à la nature des choses doit se faire par le biais d'un « raisonnement plus élaboré ».

⁷⁸ Traduction : [...] Le droit tire son nom de la justice, car selon la définition élégante qu'en donne Celse, le droit est l'art de ce qui est bon et juste.

⁷⁹ Traduction : (pr.) La justice est une volonté constante et perpétuelle de rendre à chacun ce qui lui est dû. (1) Les préceptes du droit sont de vivre honnêtement, de ne faire du tort à personne et de rendre à chacun ce qui lui est dû. (2) La jurisprudence est la science des choses divines et humaines et la connaissance de ce qui est juste et injuste.

*non ad id quod ita praetor fecit, sed ad illud quod praetorem
facere convenit. [...].⁸⁰*

En effet, ce n'est que par la raison que l'être humain peut être à même de concevoir les notions naturelles de bien (*bonum*), de juste ou justice (*iustitia*), d'équité (*aequitas*)⁸¹, de devoir moral (*suum cuique tribuere*)⁸², ou celle de confiance (*non laedere, honeste vivere*)⁸³ à laquelle nous ajouterons encore celle du respect ou foi en la parole donnée (*fides, bona fides*)⁸⁴.

⁸⁰ Traduction : Le terme de « droit » a plusieurs sens : d'une part on s'en sert pour désigner ce qui est juste et bon, comme le droit naturel ; d'autre part, pour désigner ce qui est utile au sein de chaque Cité, à tous ou à plusieurs, comme le droit civil. Dans notre Cité, on indique aussi par le terme de *ius* le droit honoraire, car on considère aussi que le préteur rend la justice, même lorsqu'il juge de manière inéquitable, en cela qu'on se rapporte moins à ce que le préteur a fait qu'à ce qu'il aurait dû faire. [...].

⁸¹ Le sentiment de la justice et de l'équité ne peut se concevoir qu'objectivement au sein d'une société, par rapport à la confiance et aux justes attentes que chacun peut avoir (cf. le D. 1, 1, 10, pr. *Ulpianus*). Paul reprend dans le D. 1, 1, 11 *Paulus*, la définition générale du *ius* donnée par Celse au D. 1, 1, 1, pr. *Ulpianus (Celsus)*. En cela, il dépasse la simple description de réalités de faits reconnues par l'ensemble des êtres vivants et rapproche ainsi sa conception du droit de la raison (*ratio*) humaine.

Voir, en ce sens : GRADENWITZ, Mélanges Schirmer, p. 153 ss ; KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, Studi Bonfante, p. 470 ss ; KAMPHUISEN, p. 400 ; LOMBARDI, Ricerche, p. 270 ; LEVY, S. D. H. I. 15 (1949), p. 7 ; PERELMAN, p. 129 ; HERVADA, p. 10 ss et 73 ; VILLEY, La formation, p. 97 ; DUVANEL, p. 205 ss.

⁸² Voir : KAMPHUISEN, p. 403 s., qui pense que la raison, c'est la volonté de rendre à chacun le sien ; STRAUSS, p. 136 s., qui indique que, selon la doctrine socrato-platonico-stoïcienne, la justice est bonne et consiste à donner à chacun ce qui lui est dû ; KELSEN, p. 1, qui comprend le sentiment de justice comme une qualité morale qui se manifeste dans le comportement social ; D'ENTREVES, p. 150 ss, qui souligne le rapport étroit qu'il existe entre le droit et la morale ; HERVADA, p. 20 ss et 42, qui rappelle que le sens du « juste » ou de la justice consiste en une juste répartition des choses entre les hommes.

⁸³ Voir p. ex. en ce sens : le D. 13, 5, 1, pr. *Ulpianus*, qui indique qu'on doit suivre les engagements qu'on a contractés, car il serait grave de trahir la confiance installée dans le contrat. Voir encore : le D. 18, 3, 5 *Neratius* ; le D. 12, 1, 1 *Ulpianus (Celsus)* ; le D. 40, 1, 4, 2 *Ulpianus*.

En ce sens, voir : DE JOUVENEL, p. 159, qui précise que chaque homme établissant des relations avec ses semblables table sur la conduite prévisible de son interlocuteur ; STRAUSS, p. 123, qui perçoit en l'homme la conscience innée que tout n'est pas permis ; DUVANEL, p. 192 ss.

⁸⁴ Voir p. ex. : le D. 16, 3, 31, pr. *Tryphoninus*, qui donne le principe général - *bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat [...]* ou le D. 8, 4, 13, pr. *Ulpianus*, pour un exemple de cas concret, où Ulpien indique que la bonne foi exige que les clauses d'un contrat de vente tiennent lieu de loi pour les parties qui les ont convenues. Voir encore : le D. 19, 2, 19, 9 *Iavolenus*, où la bonne foi exige que ce qui a été conclu soit exécuté ; le D. 19, 1, 11, 1 *Ulpianus*, qui précise

L'art (*ars*) de connaître le « bon » et l'« équitable », dont parle Celse dans le texte d'Ulpien, n'a de sens que s'il provient de certaines réalités ou expériences répétées à retenir comme telles au sein d'une communauté (Cicéron emploie le terme de *societas*)⁸⁵. Mais tout cela n'est possible que parce que l'être humain est doué de conscience et de raison⁸⁶. Ses sens lui permettent en quelque sorte de percevoir, sa

que les parties au contrat se doivent de bonne foi toutes les prestations réciproques qu'elles ont convenues.

De plus, voir la note 590, qui présente la *fides* comme un élément fondateur de l'obligation naturelle.

En ce sens, cf. : KASER, I, § 44 II, p. 171 et § 49 II 2, p. 200 ; DAJCZAK, p. 71 ss ; DE JOUVENEL, p. 159 ; DUVANEL, p. 190 ss.

⁸⁵ Voir p. ex. : le D. 50, 17, 206 *Pomponius*, qui indique clairement qu'il est juste selon le droit naturel que personne ne tire un avantage au détriment d'autrui par des agissements illicites. Voir encore l'exemple suivant qui nous paraît édifiant : le D. 47, 4, 1, 1 *Ulpianus (Labeo)*, qui rapporte que des héritiers externes peuvent attaquer un affranchi testamentaire par une sorte d'action délictuelle prétorienne pour vol à l'héritage avant que celui-ci ait été accepté. Labéon est conscient que l'esclave se soustrait tant au pouvoir de sanction de son défunt maître qu'à celui des futurs héritiers, et ce, dès l'instant de la mort jusqu'à l'adition d'hérédité. C'est la raison pour laquelle, il pense que l'action doit se fonder plus sur l'équité naturelle que l'équité civile. En effet, comme les héritiers ne sont pas encore effectivement lésés et protégés civilement au moment où surgit le fait, l'action doit vraisemblablement tirer son origine, précisément, plus de cet état de fait considéré comme contraire à la loi morale, c.-à-d. contraire aux attentes d'un être humain vivant en société, que d'un acte contraire au droit civil. L'action utile sanctionnerait en quelque sorte une obligation délictuelle de l'esclave, née naturellement, qui se transformerait vraisemblablement en obligation civile au moment de l'acceptation de la succession.

Cf. encore : KELSEN, p. 2 ss et 80, qui pense que le comportement social régulier est un fait naturel, une réalité qui doit être évaluée comme conforme à la norme de justice, et qu'ainsi seulement peut s'établir une sorte de « contrat social » (cf. KELSEN, p. 45 et le texte de *Cicero, De Officiis* 3, 17, 69, cité dans le corps du texte) ; PERELMAN, p. 134, qui précise que les lois justes proviennent de la reconnaissance de rapports objectifs préalables ; D'ENTREVES, p. 149 et 154, qui indique que les règles du droit naturel ne sont pas imposées, mais proposées, comme un modèle ; DELAHAYE, p. 129, qui indique que le droit naturel n'est pas au départ une théorie, mais un fait, un fait d'expérience ou donné naturel de l'homme ; VON HIPPEL, p. 14, qui indique que le droit naturel est une « Tatsache » ; HERVADA, p. 16 s., qui précise que l'art du juste, c'est l'art du droit, mais qu'à la source, on se trouve dans le domaine des faits (ce que nous appelons aussi réalités). « Rendre à chacun le sien » est ainsi à la base une réalité ou un fait social (cf. p. 20). Voir aussi : SERIAUX, p. 7, qui relève que le droit naturel est la recherche du fondement objectif de la justice.

⁸⁶ Cf. p. ex. : *Cicero, De Officiis*, 1, 4.

En ce sens, cf. : KAMPHUISEN, p. 392, qui indique que c'est la raison qui reconnaît le droit naturel ; STRAUSS, p. 92, qui précise que la raison, par le truchement des sens, découvre la nature ; VILLEY, La formation, p. 86 s., qui indique que l'observation de la nature de chacun dépasse la

conscience lui permet de ressentir et sa raison, ainsi que sa volonté, de déterminer son comportement conformément au sentiment de justice et aux attentes (morales) de la vie en société⁸⁷. Toutes ces facultés faisant défaut chez les espèces animales, l'être humain accède ainsi en quelque sorte au niveau supérieur du droit naturel, une sorte de droit naturel

simple observation des faits. En effet, on doit y ajouter un sentiment de finalité. Voir encore : SERIAUX, p. 3 ss et 29, qui révèle que le droit naturel consiste en la recherche, par la raison, du fondement objectif de la justice. Voir toutefois : KELSEN, p. 9, qui pense qu'une norme naturelle ne peut provenir de la raison. Pourtant, à la p. 13 et 82, Kelsen précise que la norme peut être comprise, voire établie par la raison humaine. En fait, ce n'est en effet pas la raison qui dicte la norme, mais seulement elle qui parvient à l'identifier dans les réalités naturelles du comportement humain et l'élever au rang de droit.

⁸⁷ Cf. p. ex. : *Cicero, De re publica*, 3, 22, 33, qui précise que la loi naturelle appelle au devoir (moral) ; *Cicero, De Officiis*, 1, 3, qui présente la nature humaine comme basée sur la moralité.

En ce sens, voir : VILLEY, R. H. D. 31 (1953), p. 487, qui voit dans la théorie d'Aristote plus le concept d'une observation des faits, et dans celle de Chrysippe, plus celui du recours à la Morale (voir toutefois : VILLEY, La formation, p. 80, qui indique que le « Juste » d'Aristote doit correspondre à la loi morale, notamment de juste répartition des choses, et p. 101 s., que les stoïciens prenaient la raison universelle - le Logos - comme vecteur de devoirs moraux universels, comme l'humanité, la sincérité, le respect de la parole donnée, des Dieux, des rapports familiaux ou encore de la dignité de chaque être humain) ; STRAUSS, p. 151, qui précise que les principes moraux ont, aux yeux des classiques, une évidence plus grande que les enseignements de la théologie naturelle ; D'ENTREVES, p. 150 ss, qui conçoit le caractère obligatoire de la règle comme étroitement lié au rapport d'interdépendance droit - morale ; DE JOUVENEL, p. 162 s., 164 s. et 172 ss, qui indique que le terme de naturel se rapporte à celui de Morale, en tant que l'ensemble des vérités morales valables et évidentes pour tous les hommes ; DELAHAYE, p. 19, 125 et 129 ss, qui pense que les règles de droit naturel se fondent sur la raison et que la réflexion philosophique permet de les élever au rang de lois ou devoirs moraux. En effet, l'homme ne montre pas une indifférence universelle, mais sa raison émet des jugements d'obligation (moraux) nécessaire à la vie en société. La raison dicterait ce qui est bon ou juste à faire, indépendamment des normes du droit positif établies par la société. Voir encore : VON HIPPEL, p. 13, qui précise que le droit naturel trouve sa force dans la nature morale de l'homme. Voir toutefois : KELSEN, p. 24, pour qui il y aurait un ordre moral ou juridique préexistant qui définirait ce qui est bon ou mauvais. Pourtant, à la p. 82, il pense que le droit naturel serait l'œuvre de la raison.

« rationnel » dont il serait titulaire⁸⁸. C'est dans ce niveau que l'on peut ranger notamment la conception de l'obligation naturelle⁸⁹.

Ces réalités ou vérités, qui sont le propre de la nature des choses (*rerum natura*), dont la nature de l'homme⁹⁰, forment en elles-mêmes un ensemble de normes⁹¹, que les philosophes, puis les juristes nommèrent, peut-être improprement⁹², « droit naturel »⁹³.

⁸⁸ Cf. p. ex. : *Cicero, De Officiis*, 1, 4, 11.

Voir à ce sujet : KELSEN, p. 82, qui pense que la raison crée un droit qualifié de juste, raisonnable ou naturel ; PERELMAN, p. 134 ; BOBBIO, p. 187 s. ; DELAHAYE, p. 110, qui indique que, si la personnalité naturelle est un donné naturel, tout homme doit avoir le caractère d'une personne au sens juridique du terme ; SERIAUX, p. 38 et 46 s., qui indique que « l'homme est un animal raisonnable » et que c'est sa raison qui lui indique les normes naturelles à respecter vis-à-vis d'autrui.

⁸⁹ Voir la section « *L'obligatio naturalis* - généralités », p. 172 ss, qui développe cette question.

⁹⁰ La nature humaine fait, semble-t-il, partie de la nature des choses ; il faut comprendre ici la notion de *res* dans son large, c.-à-d. dans son sens non proprement juridique : cf. les développements entrepris dans le chapitre « L'esclave et la notion juridique de « chose », p. 111 ss, où nous rappelons par ailleurs que la notion d'*homo* était comprise dans celle de *res corporales* (cf. Gai. 2, 13).

⁹¹ Cf. : LEVY, S. D. H. I. 15 (1949), p. 2 s., qui rappelle les grandes lignes de la définition du droit naturel données par Cicéron ; BARTOSEK, p. 513, qui croit clairement que le droit naturel *semper bonum et aequum* était un droit positif de l'époque classique.

⁹² Cf. : le D. 1, 1, 1, 3 *Ulpianus*, qui définit le « droit » naturel notamment comme ce que la nature inspire à tous les êtres vivants. Ainsi, ce « droit » n'est pas seulement le propre de l'homme. Il ne devrait donc concerner que des réalités de fait communes à toute espèce vivante. C'est pourquoi nous pensons que le terme de « *ius* » serait d'une certaine manière improprement employé pour qualifier ces réalités de fait.

En ce sens : KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Studi Bonfante*, p. 471, qui précise que la nature des choses forme une « base pour l'action humaine » ; VILLEY, R. H. D. 31 (1953), p. 496 s., qui soutient que la loi naturelle conçue par le sage n'était pas droit et n'a jamais réussi à devenir droit ; BARTOSEK, p. 511 ss, qui conçoit que les juristes de l'époque classique avaient une vision matérialiste du droit, et que le droit naturel en était en quelque sorte l'expression ; DE JOUVENEL, p. 162, qui pense que le terme de droit naturel paraît « malheureux » ; BOBBIO, p. 175 s., qui précise clairement que le droit naturel ne serait pas un droit, dans la même mesure que le droit positif ; KASER, I, § 50 II, p. 204, qui indique que les jurisconsultes classiques employaient le terme de *natura* dans le sens d'un état des choses ou de faits organisé.

⁹³ Voici quelques situations tirées des sources relevant du droit naturel : Gai. 2, 65, qui indique que le mode d'aliénation par *traditio* est de droit naturel ; Gai. 2, 73, qui pose le principe de droit naturel « *superficie solo cedit* » ; le D. 50, 17, 8 *Pomponius* et le D. 38, 6, 4 *Paulus*, qui présentent les enfants naturels comme des descendants de droit naturel ; le D. 43, 16, 1, 27 *Ulpianus (Cassius)*, qui indique que la légitime défense, soit le droit de repousser la violence par la violence, découle du droit naturel (voir toutefois : le D. 1, 1, 3 *Florentinus*, qui semble, bien que cela ne soit vraiment

Il faut prendre garde à ne pas confondre le droit naturel et le droit « positif », qui n'a pas du tout la même origine. Le *ius naturale* est un ensemble de réalités de fait qui s'observent naturellement dans la nature (humaine), sans besoin de les induire dans tel ou tel concept juridique propice à la subsomption ; ces réalités dépendent de toute une série de facteurs qui ne sont donc pas strictement juridiques⁹⁴. Au contraire, le droit civil au sens large nécessite une opération de rationalisation juridique de certains faits, et il doit donc être élaboré par l'homme en normes juridiques ; sans son intervention, il ne pourrait pas exister. Dans les deux cas, on emploie pourtant le terme de *ius* ; c'est probablement une des raisons pour lesquelles la division bi- ou tripartite du droit reste controversée⁹⁵.

L'esclave, étant en réalité un homme (et non pas une chose), a accès au droit naturel, ce qui lui permettra dans les faits d'être autonome. Cette autonomie sera de plus suivie dans certains cas d'effets de droit civil, nous le verrons.

pas clair, plutôt rattacher le droit de légitime défense au droit des gens) ; Gai. 1, 156, Gai. 1, 158, le D. 1, 5, 24 *Ulpianus* et le D. 38, 10, 4, 2 *Modestinus*, qui relèvent que le lien de parenté naturelle par la mère (*cognatio*) est de droit naturel, contrairement à l'adoption qui crée un lien de parenté de droit civil ; le D. 1, 8, 2, pr.-1 *Marciannus*, qui indique que l'air, l'eau, la mer et les rivages, appartiennent de droit naturel à tous en commun ; le D. 1, 8, 3 *Florentinus*, qui indique que les objets découverts sur le rivage, telles les pierres précieuses, appartiennent de droit naturel à ceux qui les trouvent.

⁹⁴ P. ex. le devoir moral, etc...

⁹⁵ Voir à ce sujet, dans le sens d'une division dichotomique du droit à l'époque classique : PEROZZI, *Istituzioni*, I, p. 91 ss, spéc. note 2, p. 91, qui assimile le droit naturel au droit des gens, de sorte qu'il ne distingue que deux sources de normes : le droit civil et des gens. Voir encore en ce sens : KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Studi Bonfante*, p. 481 ss ; LEVY, *Natural*, p. 18.

Section 2 Le droit « positif »⁹⁶ de l'époque classique

A. Le *ius civile*

Le droit civil au sens étroit (*ius civile*)⁹⁷ est le droit propre à une Cité, à un peuple faisant partie de la même nation⁹⁸. En voici la définition donnée par Gaius :

Gai. 1, 1 : Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur : nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis ; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi

⁹⁶ Appelé aussi droit « édicté » ou tout simplement droit civil (au sens large) : cf. Gai. 1, 1-7, qui emploie fréquemment le verbe *constituere* lorsqu'il parle de ce droit.

⁹⁷ Selon Pomponius, au D. 1, 2, 2, 39 *Pomponius*, c'est environ au II^e siècle av. J. C. que les jurisconsultes Manius Manilius, Marcus Iunius Brutus et Pulus Mucius Scaevola fondèrent le droit civil – dans le texte : *qui fundaverunt ius civile*.

Voir p. ex. : SCHMIDLIN, Droit privé, p. 42.

⁹⁸ Voir p. ex. les fragments suivants qui font état d'institutions spéciales du droit civil au sens étroit : Gai. 2, 65, qui traite des aliénations par mancipation, *in iure cessio* et de l'usucapion ; Gai. 2, 115 ss, qui se réfèrent aux formalités particulières prévues à Rome pour les successions ordinaires de droit civil ; Gai. 3, 133, qui présente l'obligation naissant d'une inscription sur le livre des débiteurs comme une obligation ressortissant au droit civil ; Gai. 3, 93, qui indique que la stipulation par le verbe *spondere* est propre aux citoyens romains ; le D. 1, 6, 3 *Gaius*, qui précise que les enfants nés en légitime mariage sont sous la puissance de leur père par le *ius civile* ; le D. 38, 10, 4, 2 *Modestinus*, qui dit que l'adoption est une parenté instituée par le droit civil ; les P. Sent. 2, 19, 3, qui indiquent que l'empêchement au mariage des parents avec leurs enfants vient du droit civil.

Voir en outre la note 241.

Voir aussi : STRAUSS, p. 104 s., qui indique que le droit de la Cité est « conventionnel », contrairement au droit naturel.

*omnium hominum iure utitur. Quae singula qualia sint, suis locis proponemus.*⁹⁹

Et la définition négative donnée par Ulpien :

*D. 1, 1, 6, pr. Ulpianus : 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.*¹⁰⁰

Le *ius civile* romain est notamment composé des lois, des plébiscites, des sénatus-consultes, des constitutions impériales, des Edits de ceux qui ont le droit d'édicter (spécialement les préteurs)¹⁰¹ et des réponses des prudents¹⁰². Mais Gaius prend garde à ne pas les qualifier proprement de *ius civile*, mais plutôt de *iura populi romani*, probablement pour souligner que les préceptes communs aux différentes nations, et qu'on appelle droit des gens, sont en fait originaires un droit civil semblable¹⁰³. Contrairement au droit naturel qui est issu de la nature des choses et qui est en quelque sorte constaté par le juriste, le droit civil au sens étroit apparaît comme un droit établi principalement à partir de

⁹⁹ Traduction : Tout peuple, régi par le droit écrit et par la coutume, suit en partie un droit qui lui est propre, en partie un droit qui lui est commun avec l'ensemble du genre humain. En effet, le droit que chaque peuple s'est donné lui-même lui est propre et s'appelle droit civil, c'est-à-dire droit propre à la Cité, tandis que le droit que la raison naturelle établit entre tous les hommes est observé de façon semblable chez tous les peuples et s'appelle droit des gens, c'est-à-dire un droit dont chacun des peuples fait usage. C'est ainsi que le peuple romain est régi en partie par un droit qui lui est propre, en partie par le droit commun à tous les hommes. Les distinctions entre ces deux droits seront signalées en lieu utile.

Voir aussi : le D. 1, 1, 9 *Gaius*, qui reprend mot pour mot Gai. 1, 1.

¹⁰⁰ Traduction : Le droit civil est celui qui ne s'écarte pas totalement du droit naturel et du droit des gens, sans leur être cependant asservi. Ainsi, lorsque nous ajoutons ou retranchons quelque chose au droit commun, cela consiste à établir un droit particulier à un peuple, qu'on appelle droit civil.

¹⁰¹ Le droit prétorien (*ius praetorium* ou *honorarium*) est partie intégrante du *ius civile* et en constitue la *viva vox* (cf. le D. 1, 1, 8 *Marcianus* ; le D. 1, 1, 11 *Paulus*). L'*imperium* accordé au préteur lui permettait de compléter, suppléer ou corriger le droit civil en considération de l'intérêt public (cf. le D. 1, 1, 7, 1 *Papinianus*).

En ce sens, voir : PICHONNAZ, p. 21 s.

¹⁰² Cf. : le D. 1, 2, 2, 12 *Pomponius* ; Gai. 1, 2-7 ; le D. 1, 1, 7, pr.-1 *Papinianus* et le D. 1, 1, 8 *Marcianus*. Voir en outre le titre II du Livre I du Digeste qui traite de l'origine du droit.

¹⁰³ Nous rappelons à ce propos le texte de *Cicero, De Officiis*, 3, 17, 69, cité dans le corps du texte.

critères d'utilité pour la nation qui l'édicte¹⁰⁴. On dit ainsi qu'il est motivé par la raison civile (*civili ratione*) et non pas naturelle¹⁰⁵ ; son accès est réservé aux personnes capables de droit civil, c'est-à-dire à celles qui remplissent, sur le territoire romain, au moins les conditions de liberté et de citoyenneté¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Voir p. ex. tant le D. 1, 1, 1, 2 *Ulpianus*, le D. 1, 1, 11 *Paulus* que le D. 1, 1, 7, 1 *Papinianus*, qui font référence à la notion d'utilité. Voir encore : Gai. 1, 78, qui parle de la loi civile *Minicia* comme d'une loi nécessaire pour contourner le droit des gens, qui serait sinon applicable.

Voir de plus la note 121.

¹⁰⁵ Voir p. ex. : Gai. 3, 153, qui précise que le contrat de société est dissout par la diminution de capacité, par la raison civile que la *capitis deminutio* correspond à une sorte de mort ; Gai. 1, 158 et le D. 4, 5, 8 *Gaius*, qui indiquent que la raison civile permet de détruire des droits civils, mais pas des droits naturels ; les Iust. Inst. 1, 10, pr. et les Iust. Inst. 4, 15, 4, qui motivent certaines solutions juridiques tant par la raison naturelle que la raison civile, comme le seraient p. ex. le consentement du père au mariage ou encore la fixation nécessaire de la position du possesseur et du demandeur en vue de la prononciation d'un interdit possessoire. Voir encore p. ex. : le D. 35, 1, 33, pr. *Marcianus* ; les Iust. Inst. 1, 15, 3 ; les Iust. Inst. 3, 1, 11.

¹⁰⁶ Voir la section « L'esclave et la notion juridique de « personne » », p. 89 ss, qui développe le problème de la capacité civile.

B. Le *ius gentium*

Le droit des gens se situe sur le même plan que le droit civil au sens étroit¹⁰⁷. En fait, le *ius gentium* est cette fraction du droit propre à une Cité civilisée (*ius civile*) qui est similairement observée chez toutes les autres ; c'est pourquoi on parle aussi de droit (civil) commun¹⁰⁸. Ce *ius commune* permet d'entrer en rapport juridique avec un tiers d'une autre nation qui connaîtrait ou appliquerait le même droit, et en cela, sa portée est plus large que celle du droit civil au sens étroit. Mais il n'est autre à l'origine qu'une émanation de celui-ci. En d'autres termes, on peut dire que le *ius civile* et le *ius gentium* forment l'ensemble du droit civil positif, applicable au sein de la Cité romaine de l'époque classique¹⁰⁹. C'est la raison pour laquelle nous emploierons la notion générale de droit civil (ou droit civil au sens large) pour qualifier l'ensemble des règles du droit des gens et du droit civil au sens étroit applicables au sein de la Cité romaine à l'époque classique.

Bien qu'à l'époque de Justinien, on tende à confondre le droit naturel et le droit des gens¹¹⁰, à l'époque classique le *ius gentium* est

¹⁰⁷ Le droit des gens semble être un droit plus tardif que le droit civil ; il devint probablement nécessaire au moment où l'Empire romain s'est étendu (dès la République et jusqu'au II^e siècle). Le titre II du Livre I^{er} du Digeste – De l'origine du droit, ne mentionne en effet que le *ius civile* et ne fait jamais allusion à un *ius gentium* ou *ius commune*. Cela corrobore notre idée que le droit des gens ne serait qu'une partie du droit civil propre à chaque Cité et qu'il serait donc apparu ou reconnu nécessairement que dans et après l'établissement de celui-ci.

En ce sens, voir notamment : SCHMIDLIN, I, p. 20 ; PICHONNAZ, p. 20.

¹⁰⁸ Cf. : Gai. 1, 1 ; le D. 1, 1, 9 *Gaius* ; le D. 1, 1, 1, 4 *Ulpianus* et le D. 1, 1, 6, pr. *Ulpianus*, qui font tous référence à l'adjectif *commune* pour qualifier le droit des gens.

¹⁰⁹ Dans les Iust. Inst. 1, 2, 2, Justinien précise que lorsqu'on ne donne pas le nom de la Cité à laquelle on rattache le *ius civile*, on entend parler du droit positif applicable, c.-à-d. probablement du droit civil et des gens confondus.

En ce sens, voir : PEROZZI, Istituzioni, I, p. 91 ss, qui précise que le droit des gens et le droit civil sont les deux demi-cercles qui composent l'ensemble (le cercle) du droit privé. Le *ius gentium* serait la partie du droit civil propre à une Cité qui est commune à toutes les autres. Selon KASER, I, § 49 III 1 *in fine*, p. 201, le *ius gentium* serait inclus dans le *ius civile*. Dans le même sens : MICHEL, R. I. D. A. 3 (1956), p. 342 ss.

¹¹⁰ Voir p. ex. : les Iust. Inst. 2, 1, 11, où Justinien, en matière d'acquisition de propriété, confond le droit naturel et le droit des gens. Pour lui, le droit naturel serait appelé droit des gens.

Si le droit naturel est du droit des gens et que le droit des gens est une partie du *ius civile*, alors le droit civil est aussi du droit naturel. Probablement qu'à l'époque de Justinien, on tend à vouloir

présenté comme conforme à la raison naturelle ; mais cela ne signifie pas qu'il représente de manière générale le *ius naturale*¹¹¹ :

*Gai. 1, 1 : [...] quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. [...].*¹¹²

*D. 1, 1, 1, 4 Ulpianus : Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur. quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit.*¹¹³

La distinction entre *ius naturale* et *ius gentium* n'est pas aisée certes, mais elle réside dans le fait que le droit naturel n'est pas édicté, mais constaté ou reconnu¹¹⁴, tandis que le droit des gens est, lui, édicté suivant

considérer l'ordre juridique comme un seul ensemble de normes, répondant non plus seulement au sentiment de justice et d'équité, mais encore au sentiment divin (cf. Iust. Inst. 1, 2, 11). En fait, dès cet instant, l'institution de l'esclavage ne serait plus possible, car seule la distinction entre le droit naturel et le droit des gens permet de la concevoir. On peut constater par ailleurs que la montée du Christianisme coïncide plus ou moins avec cette nouvelle conception du droit, et que c'est à peu près au même moment que commence la décadence de l'esclavage.

¹¹¹ Voir, au sujet de la distinction droit des gens - droit naturel : KAMPHUISEN, p. 398 et 400, qui rapporte que certains auteurs confondaient le droit naturel et le droit des gens, mais que cette conception n'était pas celle de la majorité ; LOMBARDI, Ricerche, p. 271, qui pense que le rapprochement du droit des gens et du droit naturel, probablement entamé après la Constitution de Caracalla de 212, s'est définitivement accompli sous Justinien ; LEVY, S. D. H. I. 15 (1949), p. 11, qui indique clairement que ces deux sources ne coïncident pas à l'époque classique ; FRENZEL, p. 13 ss, qui conçoit que le *ius naturale* se distingue toujours du *ius gentium* ; MELILLO, Personae, p. 8 s., qui distingue le *ius gentium* du *ius naturale*, ce dernier représentant plutôt un courant philosophique qu'une véritable norme applicable.

¹¹² Traduction : [...] tandis que le droit que la raison naturelle établit entre tous les hommes est observé de façon semblable chez tous les peuples et s'appelle droit des gens, c'est-à-dire un droit dont chacun des peuples fait usage. [...].

Le D. 1, 1, 9 *Gaius* correspond à Gai. 1, 1.

¹¹³ Traduction : Le droit des gens est celui dont se servent les hommes. Qu'il puisse être facilement distingué du droit naturel, provient du fait que ce dernier est commun à tous les êtres vivants, tandis que le droit des gens n'est commun qu'aux hommes entre eux.

¹¹⁴ Cf. le D. 1, 1, 1, 3 *Ulpianus*, qui précise que le droit naturel est ce que la nature enseigne à tous les êtres vivants.

Le *ius naturale* constitue en quelque sorte un ensemble de règles préexistant. Voir en ce sens : DE JOUVENEL, p. 169, qui indique que tous les théologiens conviennent que la loi naturelle est antérieure et supérieure aux lois humaines positives ; PERELMAN, p. 133 s. et HERVADA, p. 26, qui

la raison naturelle¹¹⁵. Le texte de Gai. 1, 1¹¹⁶, emploie le terme de *constituere*¹¹⁷ tant pour le droit civil que pour le droit des gens, ce qui souligne que ce dernier n'est pas un enseignement de la nature, mais l'œuvre de l'homme pour l'homme¹¹⁸. La notion d'utilité ou de nécessité, présente dans le *ius civile*, semble aussi intimement liée à l'établissement ou à la reconnaissance des règles du droit des gens :

*Iust. Inst. 1, 2, 2 : [...] ius autem gentium omni humano generi commune est. nam usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt : bella etenim orta sunt et captivitates secutae et servitutes, quae sunt iuri naturali contrariae. iure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur. ex hoc iure gentium et omnes paene contractus introducti sunt, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, depositum, mutuum et alii innumerabiles.*¹¹⁹

D. 1, 1, 5 Hermogenianus : Ex hoc iure gentium introducta bella, discretiae gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium,

constatent que le droit naturel préexiste au droit « positif » qui s'en inspire ; HACK, p. 45 ss, qui fait référence au concept de « prénotion ».

¹¹⁵ En ce sens : KAMPHUISEN, p. 400, qui distingue clairement les règles de droit naturel qui sont d'une validité absolue et innées dans l'âme de l'homme des règles du *ius gentium* qui sont trouvées par application du droit naturel aux conditions existantes.

¹¹⁶ De même que le D. 1, 1, 9 *Gaius* et les *Iust. Inst.* 1, 2, 1.

¹¹⁷ C'est-à-dire : établir, instituer, définir, fonder, construire, fixer, ... Cf. le dictionnaire abrégé Latin-Français de Felix GAFFIOT, Paris 1936.

¹¹⁸ En ce sens : KELSEN, p. 65 et 111, qui indique que « le droit positif est un système de normes créées par des actes humains dans la réalité empirique » ; VON HIPPEL, p. 37 ss, qui rappelle que le droit positif est une création de l'homme dépendante de sa volonté ; HERVADA, p. 84, qui distingue les droits naturels originaires des droits subséquents qui sont ceux qui proviennent de la nature humaine en relation avec des situations créées par l'homme. A la p. 96, il affirme qu'« est positif ce droit dont le titre et dont la mesure procèdent de la volonté et de l'art humain ». Voir encore : SÉRIAUX, p. 55 ss, qui rattache la naissance du droit « positif » (ou « édicté ») à la volonté humaine.

¹¹⁹ Traduction : [...] Mais le droit des gens est commun à tous les hommes, car l'exigence de l'usage et les nécessités humaines les ont obligés à établir certaines règles. De là sont venues les guerres, suivies de la captivité et de l'esclavage, qui sont contraires au droit naturel : en effet, à l'origine, tous les hommes naissent libres en droit naturel. C'est aussi le droit des gens qui a introduit presque tous les contrats, comme l'achat et la vente, le bail, la société, le dépôt, le prêt et quantité d'autres.

*emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutae : exceptis quibusdam quae iure civili introductae sunt.*¹²⁰

Le droit civil au sens étroit apparaît ainsi être l'expression d'une nécessité « locale » ou spéciale, *id est* propre à une Cité, tandis que le *ius gentium* serait l'expression d'une nécessité générale (*usu exigente et humanis necessitatibus*)¹²¹. On voit nettement que se dessine alors une hiérarchie lorsque deux lois civiles sont conflictuelles : le principe général que la *lex specialis* (droit civil au sens étroit) *derogat generali* (droit des gens) semble en effet applicable¹²². C'est donc un caractère utilitariste qui paraît l'emporter¹²³, mais parce que le *ius gentium* doit pouvoir être observé par

¹²⁰ Traduction : C'est le droit des gens qui a introduit les guerres, distingué les peuples, établi les royaumes, séparé les domaines, borné les terres, inventé les édifices, institué le commerce, les achats, les ventes, les bails et les obligations, à l'exception de celles qui ont été introduites par le droit civil.

¹²¹ Voir encore : le D. 1, 4, 2 *Ulpianus*, le D. 1, 3, 40 *Modestinus*, le D. 1, 3, 16 *Paulus*, qui font de manière générale tous trois référence aux notions d'utilité ou de nécessité.

En ce sens : KAMPHUISEN, p. 409 s., qui souligne que droit des gens est né de l'utilité et d'un véritable besoin ; VILLEY, R. H. D. 31 (1953), p. 493, qui relève que le droit naturel est en discordance avec les besoins du droit dit positif ; BOBBIO, p. 178, qui montre clairement que l'élaboration d'un ordre juridique civil est nécessaire ; VILLEY, La formation, p. 91 s., qui rappelle qu'Aristote préconisait la nécessité de lois positives adaptées aux circonstances ; DUVANEL, p. 50 s., qui indique que le mot *ius* dans son sens civil servait à « désigner ce qui est utile à chacun ou à la collectivité au sein d'une cité ».

¹²² Voir p. ex. : le D. 50, 17, 147 *Gaius* ; le D. 1, 3, 16 *Paulus*, qui pose le principe général de la *lex specialis derogat generali*. Voir en outre pour des cas d'application de ce principe : Gai. 1, 78 ss, où l'on observe qu'une loi civile (la loi Minicia) doit l'emporter sur le droit commun (ou des gens) pour régler la situation juridique de l'enfant né de l'union d'un citoyen romain avec un étranger. De même, là où il n'y aurait pas de *lex specialis*, c'est la loi générale qui s'applique, et partant le plus souvent le droit des gens. Voir pour un autre exemple : Gai. 1, 81 ss, qui traite d'un sénatus-consulte claudien instituant un statut spécial quant à la condition des enfants nés de l'union d'une femme libre avec un esclave. Ceux-ci naissaient esclaves selon la loi spéciale du sénatus-consulte. Mais Hadrien (cf. Gai. 1, 84), ému par l'injustice de la chose et de l'inélégance de cette solution en droit (dans le texte latin : *iniquitate rei et inelegantia iuris motus*), rétablit la règle du droit des gens afin que l'enfant né d'une femme libre soit libre.

¹²³ Cf. : le D. 1, 3, 40 *Modestinus*, qui précise que tout droit est établi soit par le consentement des peuples, soit introduit par la nécessité, soit confirmé par la coutume ; le D. 1, 4, 2 *Ulpianus*, qui indique qu'il faut évidemment se référer au critère de l'utilité lorsqu'il s'agit d'édicter une nouvelle loi qui irait à l'encontre d'un droit qui a paru juste (*aequum*) pendant longtemps ; le D. 1, 3, 16 *Paulus*, qui précise que le droit particulier est introduit contre les règles ordinaires par raison d'utilité publique.

tous les hommes capables de droit, sans distinctions, il doit être appuyé par la raison naturelle commune et s'y conformer¹²⁴.

Le *ius gentium* se situe donc en quelque sorte à l'intersection du droit naturel et du droit civil, en cela qu'il doit pourvoir aux nécessités humaines tout en respectant certaines valeurs dictées par la raison naturelle¹²⁵. La « raison » naturelle (la *naturalis ratio*) fait ainsi indirectement référence au droit naturel commun à tous les êtres vivants, mais parce qu'elle consiste en un raisonnement qui vise à édicter une règle en conformité avec l'*ars boni et aequi*, elle ne peut concerner que les hommes¹²⁶. Cette raison naturelle est en quelque sorte un calcul par

¹²⁴ Voir p. ex. : le D. 1, 3, 39 *Celsus*, qui indique que le droit qui aurait été introduit sans raison et qui doit sa naissance à l'erreur, quoique confirmé ensuite par la coutume, ne doit pas être étendu aux cas semblables.

¹²⁵ Voir p. ex. entres autres institutions du droit des gens : le D. 1, 1, 5 *Hermogenianus* et les Iust. Inst. 1, 2, 2, cités dans le corps du texte, qui exposent une bonne partie des institutions du droit des gens. Voir encore p. ex. : le D. 41, 1, 1, pr. *Gaius*, le D. 41, 1, 3, pr. *Gaius* et les Iust. Inst. 2, 1, 12, qui présentent la règle selon laquelle devient propriétaire d'une chose sans maître le premier occupant par la raison naturelle ; le D. 1, 5, 5, 1 *Marcianus* et le D. 1, 5, 4, 1 *Florentinus*, qui précisent que l'esclavage naît ou du droit des gens ou du droit civil, p. ex. si, débiteur, on est vendu comme esclave ; le D. 1, 1, 4 *Ulpianus*, qui indique que l'institution de l'affranchissement a suivi celle de l'esclavage ; Gai. 1, 52, qui convient que la *potestas* est instituée par le droit des gens ; Gai. 2, 69 et le D. 41, 1, 5, 7 *Gaius*, qui précisent que les choses des ennemis sont acquises par le droit des gens à ceux qui les ont vaincus ; Gai. 3, 93, Gai. 3, 132 et Gai. 3, 154, qui présentent les obligations verbales, l'obligation par computation, ainsi que le contrat de société comme des institutions du droit des gens ; Gai. 1, 189, qui dit que la tutelle des impubères ressortit au droit des gens, car elle est établie par la raison naturelle ; le D. 1, 8, 5, pr. *Gaius*, qui présente les règles de la navigation fluviale comme appartenant au droit des gens ; le D. 41, 1, 7, 1 *Gaius*, qui indique que l'alluvion qui s'échoue sur un fonds est acquis au propriétaire de ce fond par le droit des gens ; le D. 41, 1, 9, 3 *Gaius*, qui rappelle que les choses acquises par *traditio* sont acquises par le *ius gentium* ; le D. 50, 7, 18 *Pomponius*, où l'immunité diplomatique est instituée par le *ius gentium* ; le D. 19, 5, 25 *Marcianus*, qui stipule que l'échange constitue un rapport d'obligations du droit des gens ; le D. 12, 7, 5, 1 *Papinianus*, le D. 48, 5, 39, 2 *Papinianus* et le D. 23, 2, 68 *Paulus*, qui relève que certaines relations sont incestueuses par le droit des gens. Voir en outre les textes suivants traitant d'institutions du droit des gens : le D. 43, 8, 4 *Scaevola* ; le D. 16, 3, 31, 1 *Tryphoninus* ; le D. 43, 26, 1, 1 *Ulpianus* ; le D. 2, 14, 5, pr. *Ulpianus* ; le D. 25, 2, 25 *Marcianus* ; le D. 18, 1, 51 *Paulus*.

Voir en outre la note 241.

¹²⁶ En ce sens : KELSEN, p. 82 ss, qui indique que la raison a une fonction cognitive vouée à la connaissance de l'objet, de la vérité, du Bien ; DELAHAYE, p. 131 et 143, qui indique que la loi naturelle consisterait en une opération naturelle de l'intelligence, de la raison, qui recherche la vérité ; SERIAUX, p. 39, qui rappelle que St-Thomas d'Aquin voyait la capacité d'analyser un fait en rapport à ses conséquences comme une opération de la raison ; SCHMIDLIN, I, p. 21 s., qui souligne que la *naturalis ratio* permet de soustraire l'ordre juridique à la « tyrannie des faits » pour

lequel le juriste propose une règle qui satisfasse aux exigences de l'être humain vivant en société « élargie » (cf. Cicéron)¹²⁷ ; on peut dire d'une certaine manière qu'elle représente le sens de l'équité ou simplement le bon sens. Elle serait ainsi la passerelle entre le monde des réalités évidentes (ou naturelles), reconnues par tout être vivant, et la règle de droit promulguée par la volonté de l'homme¹²⁸ et qui ne peut valoir qu'entre êtres humains doués de raison et civilement capables¹²⁹, c'est-à-

le mettre « au service de la justice » ; DUVANEL, p. 51, qui souligne que le droit des gens serait « le produit d'une faculté propre à l'homme : la raison ».

¹²⁷ Voici quelques textes où la *naturalis ratio* est directement mise en rapport avec le *ius gentium* : Gai. 1, 189, qui concerne la tutelle des impubères ; Gai. 3, 154, qui traite du contrat de société ; le D. 41, 1, 1, pr. *Gaius* et les Iust. Inst. 2, 1, 12, qui présentent la règle d'acquisition de propriété au premier occupant d'une *res nullius*.

D'autres fragments font référence à la *naturalis ratio*, sans toutefois indiquer directement le rapport avec le *ius gentium* : Gai. 2, 79, le D. 41, 1, 7, 7 *Gaius* et les Iust. Inst. 2, 1, 25, qui donnent les règles relatives à l'attribution de propriété dans le cas du mélange ; le D. 7, 5, 2, 1 *Gaius* et les Iust. Inst. 2, 4, 2, qui indiquent qu'un usufruit sur une chose consomptible n'est pas possible par la raison naturelle ; le D. 9, 2, 4, pr. *Gaius*, qui indique que le droit de légitime défense est permis par la raison naturelle ; le D. 8, 2, 8 *Gaius*, qui précise que le mur mitoyen est commun par la raison naturelle ; Gai. 2, 69, qui indique que les objets des ennemis sont acquis au vainqueur par la raison naturelle ; le C. 2, 2, 2 *Gordianus*, qui indique que le respect dû à son ancien maître découle de la raison naturelle ; le C. 6, 51, 1, 3a *Iustinianus*, où Justinien se réfère à l'ancienne jurisprudence, qu'il juge conforme à l'équité et soutenue par la raison naturelle. Voir encore : le D. 44, 7, 1, 9 *Gaius* ; Gai. 1, 89 ; les Iust. Inst. 1, 10, pr. ; les Iust. Inst. 4, 15, 4 ; les Iust. Inst. 2, 1, 35 ; le C. 4, 30, 10 *Diocletianus et Maximianus*.

¹²⁸ En ce sens : DELAHAYE, p. 96 ; VON HIPPEL, p. 37 ss, qui rappelle que le droit positif est une création de l'homme qui dépend de sa volonté ; VILLEY, La formation, p. 94, qui indique que le droit positif provient d'une volonté traduite par un législateur.

¹²⁹ En ce sens, cf. : KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, Studi Bonfante, p. 474, qui parle expressément de « pont entre la nature des choses [...] et le droit positif » ; KAMPHUISEN, p. 410, qui précise que le droit des gens est l'ensemble des règles « qui ont été créées par application des principes du droit naturel secondaire aux relations humaines universelles » ; DELAHAYE, p. 99 et 140, qui voit dans le droit naturel l'essence du droit positif et la raison comme le facteur permettant le passage de l'un à l'autre ; VON HIPPEL, p. 15 et 23, qui précise que la raison permet le passage au droit positif ; KASER, I, § 50 II, p. 204, qui relève ce mécanisme de *naturalis ratio* pour considérer une norme issue de la nature des choses comme faisant partie du *ius gentium* ; SERIAUX, p. 39, qui, en reprenant St-Thomas d'Aquin, semble démontrer le passage du fait au droit raisonnable. Voir toutefois : LEVY, S. D. H. I. 15 (1949), p. 10 s., qui pense que les juristes n'ont pas toujours utilisé la *naturalis ratio* de manière uniforme.

dire la règle de *ius gentium*¹³⁰. On trouve en effet souvent la notion de *naturalis ratio* en rapport avec le droit des gens¹³¹.

¹³⁰ En ce sens, voir : BOBBIO, p. 176, qui indique que, contrairement au droit naturel, l'ordre juridique garantit l'efficacité des règles de droit positif ; DELAHAYE, p. 166 ss, qui relève qu'il s'opère une sorte de positivation du droit naturel, par un phénomène de formalisation, qui permet son intégration dans l'ordre juridique et lui donne les moyens nécessaires à son application (pour garantir son efficacité).

¹³¹ Voir p. ex. : Gai. 1, 189 ; Gai. 3, 154 ; le D. 41, 1, 1, pr. *Gaius*, le D. 41, 1, 3, pr. *Gaius* et les Inst. Inst. 2, 1, 12.

Section 3 Réminiscence du droit naturel

Il semble que, dans l'élaboration de règles de droit dit positif¹³², les préceptes du droit naturel aient conservé une certaine importance, ou du moins devaient-ils constituer une sorte de déontologie juridique¹³³ :

*Gai. 1, 158 : [...] quia civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest.*¹³⁴

*D. 50, 17, 90 Paulus : In omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est.*¹³⁵

*Iust. Inst. 1, 2, 11 : Sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent : ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia postea lege lata.*¹³⁶

On voit, dans ces textes, que Gaius et Justinien s'efforcent d'ériger les droits naturels en droits intangibles et de validité intemporelle¹³⁷ et

¹³² C.-à-d. : *ius civile et gentium* (droit civil au sens large).

¹³³ Voir p. ex. : *Cicero, De re publica*, 3, 22, 33.

En ce sens : KAMPHUISEN, p. 410, qui précise que les préceptes du droit naturel doivent être respectés même dans l'établissement de normes particulières nécessaires à un peuple ; KELSEN, p. 4, qui estime que le droit naturel constitue une valeur absolue de justice et que partant, il ne peut y avoir que des normes justes en droit positif ; BOBBIO, p. 179 s., qui indique que dans les cas douteux, les juristes se réfèrent à la nature des choses ; DELAHAYE, p. 99, qui pense que le rapport entre le droit naturel et le droit positif réside dans le fait qu'à la base du « juste » positif, il existe « plus ou moins immédiatement un droit naturel » ; SERIAUX, p. 61, qui pense que « si le droit positif ne trouve pas son fondement dans le droit naturel, il n'est plus du droit ».

¹³⁴ Traduction : [...] parce que la raison civile peut anéantir les droits civils, mais pas les droits naturels.

¹³⁵ Traduction : Dans toute chose, spécialement les affaires juridiques, on doit respecter l'équité.

¹³⁶ Traduction : Les droits naturels qui sont observés chez tous les peuples de manière équivalente, établis par la Providence divine, sont toujours inébranlables et immuables ; mais ceux que chaque Cité s'est donnés ont souvent l'habitude de changer, soit par le consentement tacite du peuple, soit par quelque loi nouvelle.

¹³⁷ Voir aussi : *Cicero, De re publica*, 3, 22, 33.

que Paul insiste sur le fait que, dans toutes les affaires, spécialement juridiques¹³⁸, on doit respecter le sentiment de l'équité¹³⁹. De même, le droit naturel, quand il existe, semble jouer le rôle de droit (subsidaire) universel spécialement où il n'y a pas de droit civil spécifique applicable¹⁴⁰.

Quant au droit « positif » édicté (ou civil au sens large) de l'époque classique, on perçoit assez rapidement quelle devait être sa finalité. Il est le plus souvent voué, bien qu'inspiré par la raison naturelle, à justifier, par utilité ou nécessité, l'établissement de situations de droit particulières s'éloignant de la « loi naturelle »¹⁴¹; certaines constructions juridiques peuvent donc en elles-mêmes être contraires à la nature des choses ou au sentiment de justice et d'équité¹⁴². Parfois, les Romains ont dû pousser

En ce sens, voir : KAMPHUISEN, p. 408, qui voit dans les préceptes de droit naturel des axiomes d'une validité absolue, en tout temps et en tout lieu ; VILLEY, R. H. D. 31 (1953), p. 479, qui conçoit le droit naturel comme un droit juste, immuable et universel ; Kelsen, p. 112, qui indique qu'un droit positif incompatible avec le droit naturel ne serait pas valable ; D'ENTREVES, p. 156 s., qui voit dans le droit naturel la base de la validité d'un ordre juridique ; DELAHAYE, p. 101, 161 et 172, qui estime qu'un droit « édicté » allant contre le droit naturel ne serait pas « valide » et ne peut prévaloir ; STRAUSS, p. 96 s., qui précise que le *ius naturale* doit être immuable et de validité universelle ; SITTER, p. 7, qui voit dans le droit naturel l'ensemble des règles fondamentales intouchables nécessaires à la justice des normes d'un ordre social ; SERIAUX, p. 41 ss, qui indique que le droit naturel ne change pas si les circonstances générales ne changent pas.

¹³⁸ Le terme de « juridique » doit ici comprendre tant le droit des gens que le droit civil, *id est* le droit positif ou civil *lato sensu*.

¹³⁹ Cette exigence est d'autant plus marquée dans les contrats de bonne foi p. ex. : cf. le D. 16, 3, 31, pr. *Tryphoninus*, dont le début du passage indique *bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat*.

¹⁴⁰ En ce sens : BOBBIO, p. 187 ss.

¹⁴¹ Cf. p. ex. : *Cicero, De Officiis*, 1, 3, 9-10, qui montre qu'il faudrait au moins mettre en balance l'acte visant l'utile avec celui correspondant à la moralité pure (le Bien).

¹⁴² Julien et Nératius mettent en garde au D. 1, 3, 20 *Iulianus* et D. 1, 3, 21 *Neratius*, contre la recherche insatiable des raisons qui ont poussé à l'établissement de telle ou telle loi. En effet, ils précisent qu'on ne peut pas toujours comprendre les raisons de toutes les lois anciennes, au péril de détruire bien des principes certains. Nous pensons que ces textes témoignent de l'état de conscience des juristes notamment du risque d'explorer trop scrupuleusement les raisons des lois contraires aux préceptes du droit naturel. Florentin ne dit-il pas au D. 1, 5, 4, 1 *Florentinus*, que l'esclavage est une institution du droit des gens par laquelle un homme est soumis au domaine d'un autre contre nature ! La recherche de la raison profonde d'une telle norme consisterait à mettre p. ex. en péril l'ancien droit civil de la *potestas* (cf. Gai. 1, 52), si l'on s'en tenait à la lettre de Gai. 1, 158, cité dans le corps du texte ; mais cela, les juristes ne l'ont jamais souhaité.

jusqu'au paradoxe en admettant que certaines situations juridiques injustes ou inéquitables étaient conformes au droit naturel¹⁴³.

En explorant le Digeste, nous pouvons faire une constatation assez simple et révélatrice de l'inconfort du juriste face au problème de l'esclavage : si l'on observe autant de textes traitant d'affaires relatives aux esclaves, c'est probablement parce que la justification de leur statut est très difficile¹⁴⁴. Les juristes ont en effet dû construire un monde juridique souvent en opposition avec les réalités et valeurs fondamentales mises en évidence par les philosophes et héritées de ceux-ci.

Il apparaît ainsi que, dans tout ordre juridique fondé sur la justice et l'équité qui reconnaît des valeurs fondamentales, l'esclavage ne peut être établi et justifié que par un artifice pervers tendant inexorablement à l'instabilité juridique. A Rome, l'assujettissement est une invention du droit civil au sens large (précisément du droit des gens), mais il s'oppose au droit naturel fondamental, selon lequel, tous les êtres vivants sont libres.

Dans ce tiraillement, les juristes romains sont parvenus à créer et appliquer des préceptes de droit civil réduisant certains hommes à l'esclavage utile à l'économie¹⁴⁵, tout en essayant de conserver tant bien que mal les valeurs fondamentales d'un ordre naturel et juste. Quoi qu'il en soit, entre la recherche du sens de la justice et de l'équité et la nécessité de l'esclavage, la complexité de leurs constructions juridiques

En ce sens, cf. : KELSEN, p. 111, qui, tout en précisant que le droit civil au sens large est un artifice inventé par l'homme, affirme qu'il « est parfaitement superflu, et une telle tentative (de normativisation positive), si on l'entreprend malgré tout, ne peut être que pernicieuse, parce qu'elle peut entraîner à s'écarter du Droit naturel qui seul est juste ».

¹⁴³ Voir en ce sens : PRELOT, *La politique*, p. 14 ; STRAUSS, p. 127, qui indique que certains hommes sont par nature doués à gouverner les autres ; BOBBIO, p. 181 s., qui rapporte qu'Aristote considérait que l'esclavage était parfaitement naturel, du fait qu'il y avait des hommes naturellement maîtres et d'autres naturellement esclaves ; DELAHAYE, p. 27, qui rapporte qu'Aristote va jusqu'à affirmer que, par nature, certains hommes sont destinés à être esclaves.

¹⁴⁴ Voir la note 142.

¹⁴⁵ Il s'agissait avant tout de justifier par le droit une situation de fait existante, soit que certains hommes devaient servir les autres. Historiquement, il est difficile de dire à quand remontent les premières traces d'esclavage ; on en retrouve p. ex. mention dans le Code d'Hammourabi (XVIII^e siècle av. J. C.).

est souvent révélatrice d'un certain inconfort. Nous pourrions l'observer à plusieurs reprises.

On peut dire que si la philosophie grecque, notamment stoïcienne, a beaucoup influencé le droit civil¹⁴⁶ de l'époque classique¹⁴⁷ en lui conférant son sens et sa force, elle a probablement été aussi à l'origine de ses faiblesses.

¹⁴⁶ Au sens large.

¹⁴⁷ Un texte du Digeste nous indique que les Romains se sont inspirés très tôt déjà de la philosophie et du droit grecs : cf. les D. 1, 2, 2, 3-4 *Pomponius*, qui raconte que pour parer à l'incertitude juridique après l'expulsion des Rois, les Romains se sont résolus à envoyer dix hommes (les decemvirs) en Grèce pour importer des lois. De là sont nées les lois des XII Tables. Voir encore : le D. 1, 3, 2 *Marcianus* ou le D. 1, 3, 3 *Pomponius*, qui définissent la loi en faisant directement référence à l'orateur grec Démosthène ou encore au philosophe Chrysippe ; le D. 1, 2, 2, 47 *Pomponius*, qui rapporte que Labéon s'est souvent référé à la philosophie pour innover plusieurs choses.

En ce sens, voir : PEROZZI, *Istituzioni*, I, note 1, p. 94 ; KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Studi Bonfante*, p. 477 et 495 ; KAMPHUISEN, p. 407 et 411 s., qui rapporte notamment qu'Ulpien s'était rendu compte de la nécessité de concilier la philosophie et le droit ; LEVY, *S. D. H. I.* 15 (1949), p. 2 et 23, qui pense toutefois que le droit naturel ne serait entré complètement dans la pensée des juristes qu'à l'époque de Justinien ; VILLEY, *R. H. D.* 31 (1953), p. 476 ss et p. 497, note 78 et VILLEY, *La formation*, p. 100 s., qui pense que la philosophie grecque, notamment aristotélicienne et stoïcienne, a probablement influencé le droit romain (voir toutefois VILLEY, *R. H. D.* 31 (1953), p. 482 s.) ; BARTOSEK, p. 512, qui juge l'influence de la philosophie comme très probable ; DELAHAYE, p. 30, qui considère que, grâce à la philosophie, l'idée de droit naturel aurait été transmise au droit romain ; KASER, I, § 50 II, p. 204 s., qui toutefois pense que l'influence de Cicéron n'a été que sporadique, puisque, selon lui, le *ius naturale* ne se distingue clairement du *ius gentium* que dans l'hypothèse des obligations naturelles regardant des esclaves.

Paragraphe 3 La controverse doctrinale¹⁴⁸ sur l'existence des droits subjectifs

Pour comprendre comment s'organiseront les rapports entre l'esclave, le maître et le tiers, il nous paraît important, dans ce paragraphe, de bien distinguer la notion de droit objectif¹⁴⁹ de celle des droits subjectifs¹⁵⁰.

Notre droit actuel est fondé en grande partie sur cette idée qu'une personne, appelée aussi sujet de droit¹⁵¹, peut avoir des droits ou obligations dits subjectifs conférés par le droit objectif et limités par la loi (au sens large). Ces droits subjectifs seraient mis en évidence et réalisés par deux facteurs : l'intérêt de la personne individuelle et sa volonté¹⁵². Ainsi, la définition contemporaine du droit subjectif est « le pouvoir d'agir d'une personne individuelle ou collective en vue de réaliser un intérêt dans les limites de la loi »¹⁵³. Lorsque cet intérêt se réalise aux dépens d'une autre personne, on dit que celle-ci est grevée d'une

¹⁴⁸ Cf. : GENY, p. 213, qui pense que les théories sur les droits subjectifs se sont embrouillées dans un « chaos d'idées ».

¹⁴⁹ La notion de droit objectif a été décrite dans la section « Les sources du droit », p. 52 ss.

¹⁵⁰ Lorsque nous parlons de droits subjectifs, cela implique évidemment l'existence d'obligations subjectives, même si nous ne le précisons pas systématiquement. Il y a toujours un sujet actif - créancier du droit - et un sujet passif - débiteur de l'obligation. Cf. la note 154 ci-dessous.

¹⁵¹ Sur la notion de sujet de droit, voir : PICHONNAZ, p. 96 ss.

¹⁵² Voir en ce sens : JHERING, p. 318 ss, qui va jusqu'à affirmer, p. 321, que le droit objectif servirait de moyen à la volonté ; LAFERRIERE, p. 802 ; SALEILLES, p. 544 s., qui affirme que la volonté est le corrolaire nécessaire à la défense d'un intérêt juridiquement protégé ; LE BRAS, p. 418 ; IONESCU, p. 97, 125 et 130. D'un autre avis, cf. : DUGUIT, p. 7, 10 et 12, qui pense que les rapports entre les hommes ne dépendent pas de leur volonté, mais d'un fait incontestable provenant d'une situation de solidarité sociale dictant les comportements humains.

¹⁵³ Cf. : IONESCU, p. 97. *D'un autre avis* : DUGUIT, p. 12, pour qui ces droits ne seraient pas des prérogatives dépendant de la qualité d'être humain, mais des pouvoirs conférés par la société pour remplir un devoir qu'impose la vie sociétaire.

obligation (ou devoir), correspondant à l'inverse de l'intérêt de la première¹⁵⁴.

Certains auteurs tendent par contre à mettre en doute les racines antiques de notre théorie moderne de la personne conçue comme sujet de droits et obligations¹⁵⁵. En effet, pour eux cette idée ne serait pas une création du droit classique¹⁵⁶. Il s'agirait d'une conception envisagée au plus tôt au Moyen-Âge¹⁵⁷. Le système romain serait donc en fait fondamentalement différent du nôtre¹⁵⁸ et fortement influencé par certaines idées de la philosophie grecque antique¹⁵⁹. Le droit (*ius*) ne consisterait qu'en ce qui est juste (objectivement) ; il y aurait dès lors « un juste de chaque chose et de chaque personne : précisément [...un] statut juridique, [...une] place précise que dans l'ordre général la justice donne à chacun, non point du tout cet avantage, cette faculté, ce pouvoir que nous appelons droit »¹⁶⁰, ou inversement « obligation »¹⁶¹.

¹⁵⁴ De manière générale, il y a un rapport de droit, dont les parties sont le sujet actif, créancier du droit subjectif, et le sujet passif, débiteur de l'obligation correspondante. En ce sens : GENY, p. 219 s. et 222 s. ; ROGUIN, p. 119 ss ; PUGLIESE, Actio, p. 242 s. ; ROUBIER, p. 99 ; IONESCU, p. 176, 187 et 217.

¹⁵⁵ En ce sens, voir : LAFERRIERE, p. 804 s., qui se demande pourquoi on a besoin de théories aussi élaborées pour concevoir la notion de sujet de droit. Pour lui, il ne serait pas nécessaire p. ex. de personnifier l'intérêt. En ce sens également : DUGUIT, p. 5 ss, qui ne conçoit l'homme que comme un élément faisant partie de la société qui lui impose des devoirs à remplir ; JEZE, p. 812 s., qui pense que l'homme social ne peut pas avoir de droits subjectifs. L'auteur semble modérer toutefois son avis lorsqu'un homme entre en relation avec un autre homme. Voir encore : KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, Quelques dispositions, p. 573 ss, qui rejette tout simplement la conception de droit subjectif et pense que les Romains ne la connaissaient pas. Pour l'auteur, le droit romain serait un ensemble de règles de conduite qui doivent correspondre à des buts sociaux. Voir en outre : ROUBIER, p. 35, qui pense qu'« à Rome, c'est avec une conception objective que le droit a commencé à défendre les intérêts des particuliers ». A la p. 68, il semble toutefois ne pas catégoriquement exclure que les Romains pouvaient imaginer la notion de droit subjectif. Voir de plus : IMHOF, p. 9 ; MELILLO, Personae, p. 2 s. et 20 ss.

¹⁵⁶ En ce sens : VILLEY, R. H. D. 24 (1946), p. 221 ; ROUBIER, p. 7 s.

¹⁵⁷ Voir en ce sens : VILLEY, R. H. D. 24 (1946), p. 227 ; VILLEY, Les origines, p. 177 ; ROUBIER, p. 7 s. ; ORESTANO, Il problema, p. 7.

¹⁵⁸ Cf. : VILLEY, Les origines, p. 167.

¹⁵⁹ Voir en ce sens : VILLEY, Les origines, p. 174 ss, qui rapporte qu'Aristote et Platon croyaient qu'un ordre, un juste universel organisait la société dans laquelle chaque chose et chaque personne trouvait sa place dans une harmonie naturelle parfaite. Voir aussi, dans le même sens : VILLEY, R. H. D. 29 (1951), p. 309 ss, ou encore VILLEY, R. H. D. 31 (1953), p. 475 ss.

¹⁶⁰ Cf. : VILLEY, Les origines, p. 173 ; ROUBIER, p. 45.

Cette vision défendue par certains auteurs¹⁶² semble cependant bien réductrice du génie juridique romain et de son originalité. Si, par un exercice de l'esprit, nous parvenions à exclure toute existence de droits subjectifs, voici deux questions qui pourraient soulever quelques difficultés :

Peut-on concevoir qu'une personne, douée de volonté, ne soit qu'un objet de la scène juridique, comme le serait un décor sur une scène de théâtre¹⁶³? Ou encore, peut-on imaginer que le droit de propriété puisse ne pas être séparé de l'objet sur lequel il s'exerce¹⁶⁴ ?

¹⁶¹ Cette idée semble d'une certaine manière ressortir du D. 1, 1, 11 *Paulus*, qui donne deux définitions du terme *ius*. D'une part, ce terme représente ce qui est juste et bon ; cette conception est en effet de nature plutôt objective et Paul la rattache plus spécialement au « droit » naturel. D'autre part, ce terme représente aussi ce qui est utile dans une nation à tous ou à certains ; en ce sens, on voit déjà apparaître le critère de l'intérêt (individuel ou collectif), qui rapproche alors cette deuxième conception de la notion de droit subjectif.

¹⁶² Voir les notes 155 et 157.

¹⁶³ Le terme de *persona* a reçu pendant longtemps le sens de masque de théâtre (voir en outre les explications données dans la section « L'esclave et la notion juridique de « personne », p. 89 ss). Ce mot n'avait peut-être pas, dans son acception première, une portée juridique pour qualifier la personne en droit, cependant, si nous nous amusons à transposer le masque de théâtre sur la scène du droit, nous constaterions que l'entité qu'il est le plus susceptible de représenter est bien la personne en tant qu'actrice sur cette scène, susceptible d'être sujette de droits et obligations, et non pas en tant qu'institution objective, dont la volonté, l'action et l'existence seraient dictées par le droit comme un état des choses. Il faut bien distinguer les divers statuts prévus (voire imposés) par le droit aux personnes, des « droits » (ou pouvoirs juridiques) qui en dépendent. Les statuts de la personne ont une portée toute objective, puisqu'ils sont indépendants de toute volonté intrinsèque de l'être humain, et ce, même dans le cas d'une personne souhaitant se faire adopter et qui par là perdrait son *status familiae* de *sui iuris*. En effet, ce changement de statut ne serait que la conséquence et non le résultat direct de la volonté de l'adopté, intéressé uniquement à changer de famille. En dehors des servitudes foncières (qui sont un cas particulier où il n'y a pas à proprement parler de sujet, quoique que l'on parle bien de bénéficiaire, voire « ayant droit » de la servitude), les droits sont rattachés à l'être humain en fonction de sa condition. Lorsqu'on possède le statut requis pour accéder à la couche de normes « positives », on devient titulaire de certains droits et on peut les exercer (p. ex : le *conubium*, le *commercium* ou la *potestas* : cf. la section « L'esclave et la notion juridique de « personne » », p. 89 ss) ; il s'agit, selon nous, bien de droits subjectifs, puisqu'ils répondent à l'intérêt de la personne et sont exercés par sa volonté. Nous pouvons alors parler de « personne » au sens juridique du terme, car elle se trouve ainsi définie juridiquement par les *status* et la capacité qui lui est conférée par le droit (toute personne jouissant d'un *caput*, contrairement aux choses). Tout ne peut donc être « objet » de droit, car sinon, le monde juridique dans son entier serait figé ; c'est la raison pour laquelle, il faut bien admettre que les personnes au sens juridique du terme sont susceptibles de devenir des sujets de droits (titulaires de certains pouvoirs) et qu'elles peuvent exercer notamment ces pouvoirs sur des objets

Rappelons ici que l'ordre juridique romain, c'est-à-dire le droit objectif¹⁶⁵, est composé de deux couches de « normes », dont la jouissance¹⁶⁶ pourra différer d'une personne à l'autre¹⁶⁷. En effet, si tous les êtres humains sans distinctions accèdent à la couche de « droit »

de droit (*id est* des choses) ou sur d'autres sujets de droits, qui devraient plutôt être appelés sujets d'obligations si l'on se place du point de vue passif.

Voir à ce sujet : SALEILLES, p. 551 s., qui pense que si l'on fait disparaître la notion de sujet de droits, on fait disparaître aussi celle de personne au sens juridique du terme ; ALBANESE, p. 8 ; MELILLO, *Personae*, p. 11.

¹⁶⁴ Nous croyons que cette construction juridique peut s'avérer pratique p. ex. pour le cas des servitudes foncières, puisque celles-ci constituent des droits en faveur du fonds dominant (lui-même chose et non pas personne). Toutefois on qualifie bien de « bénéficiaire » ou « ayant droit » la personne qui en retire un avantage (cf. p. ex. le D. 8, 2, 6 *Gaius*). Un texte d'Ulpien semble d'ailleurs confirmer la conception selon laquelle la chose est bien séparée du droit réel qui s'exerce sur elle et dont le titulaire est une personne : cf. le D. 39, 2, 13, 1 *Ulpianus*, où l'on distingue de plus le propriétaire de la chose de celui qui aurait un droit sur celle-ci - *is qui ius habet* -, comme le titulaire d'une servitude (p. ex. un usufruit : cf. le D. 7, 1, 2 *Celsus* et le D. 45, 3, 26 *Paulus*).

Voir, s'agissant des auteurs qui nient le caractère de droit subjectif au droit de propriété : DUGUIT, p. 13, qui conçoit le droit de propriété comme une situation spéciale donnant à l'individu le pouvoir de remplir la mission sociale qui lui incombe, ou encore ROUBIER, p. 63, qui rapporte que les Romains ont confondu le droit de propriété avec la chose qui en est l'objet. Il nous paraît très difficile de soutenir ce point de vue. De notre avis, cf. : GÉNY, note 3, p. 223, qui donne l'exemple d'une propriété « au porteur », tout à fait impossible en pratique.

¹⁶⁵ Cf. : IONESCU, p. 26, qui précise que le droit objectif, c'est l'ordonnement juridique.

¹⁶⁶ Qu'on appelle aujourd'hui communément aussi capacité juridique ou personnalité juridique.

Voir en ce sens : JHERING, p. 338, qui indique que la jouissance du droit ne peut jamais manquer ; GÉNY, p. 220, qui précise que tout le droit est constitué pour l'être humain ; SALEILLES, p. 550, qui pense que les faits et la nature des choses exigent que l'être humain soit le seul être capable de droits ; KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Quelques dispositions*, p. 574, qui indique que l'individu a la jouissance du droit objectif et s'en sert à son profit dès qu'il accomplit un acte juridique. Étonnamment, cet auteur, qui fait partie de ceux estimant que les Romains ne connaissent pas de droits subjectifs, semble pourtant accéder ici à une certaine idée de la subjectivité. Il nous paraît en effet vain de tenter d'écarter complètement cette idée qui réapparaît nécessairement dès que l'on conçoit la notion juridique de personne.

¹⁶⁷ Voir en outre la section « L'esclave et la notion juridique de « personne » », p. 89 ss.

En ce sens : LAFERRIERE, p. 805, qui prétend que les intérêts sont représentés par les groupements ; JEZE, p. 812, qui opte pour une conception réaliste et sociale de l'ordre juridique où l'homme n'a pas de droits subjectifs, mais des fonctions à remplir ; DUGUIT, p. 5 s. et 8, qui pense que l'homme fait toujours partie d'un groupe humain, une collectivité, dans lesquelles il a sa place, et qu'il est lié aux autres hommes par un lien de solidarité sociale ; ROUBIER, p. 7, qui croit que les situations juridiques individuelles n'ont été reconnues que dans l'application de règles objectives propres à des groupements définis.

naturel, seuls ceux au bénéfice au moins du *status libertatis et civitatis*¹⁶⁸ pourront accéder et profiter à Rome de la protection que confère la couche de droit dit « positif »¹⁶⁹.

Les textes suivants nous donnent un exemple de ce que représente cette couche de normes d'un point de vue objectif :

*Iust. Inst. 1, 2, 12 : Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones. ac prius de personis videamus. nam parum est ius nosse, si personae, quarum causa statutum est, ignorentur.*¹⁷⁰

*D. 1, 3, 41 Ulpianus : Totum autem ius constitit aut in acquirendo aut in conservando aut in minuendo : aut enim hoc agitur, quemadmodum quid cuiusque fiat, aut quemadmodum quis rem vel ius suum conservet, aut quomodo alienet aut amittat.*¹⁷¹

On trouve donc notamment, dans cette couche de droit objectif, de simples règles institutionnelles, qui ne confèrent en elles-mêmes aucun pouvoir ou obligation rattachable à une personne¹⁷². Mais ce droit contient aussi des institutions juridiques susceptibles de générer des

¹⁶⁸ Voir au sujet de ces notions la section « Les status », p. 94 ss.

¹⁶⁹ C'est d'ailleurs ce même droit « positif » qui définit le statut de chacun ; nous le verrons dans la section « L'esclave et la notion juridique de « personne » », p. 89 ss.

¹⁷⁰ Traduction : Tout le droit dont nous nous servons a trait aux personnes, aux choses ou aux actions. Et nous devons commencer par étudier le statut des personnes, car c'est peu de connaître le droit, si on ignore les personnes en faveur desquelles il a été établi.

¹⁷¹ Traduction : Tout le droit établit les règles pour acquérir, pour conserver ou diminuer son patrimoine. En d'autres termes, il définit les moyens pour acquérir, pour conserver une chose ou un droit, et la manière de les aliéner ou de les perdre.

¹⁷² Voir encore : Gai. 1, 8, le D. 1, 5, 1 *Gaius* et le D. 1, 5, 2 *Hermogenianus*, ainsi que les *Iust. Inst.* 1, 2, 12, qui nous rappellent que l'ensemble du droit traite des personnes, des choses et des actions. Les titres marginaux de ces textes indiquent clairement qu'il s'agit des « objets » du droit – *De obiectis iuris* ou *Obiecta iuris*. La première institution du droit objectif à étudier étant, comme le disent ces textes, le statut des hommes.

Voir, au sujet des droits objectifs : JHERING, p. 339 s., qui précise qu'il y a des droits qui protègent la personne sans lui appartenir, comme le droit administratif ou pénal ; VILLEY, *Les origines*, p. 186 ; ROUBIER, p. 32, qui parle des mécanismes institutionnels comme d'une bonne illustration de l'objectivisme.

pouvoirs et des charges, autrement dit des droits et des obligations¹⁷³. Les pouvoirs d'acquérir, de conserver ou d'aliéner son droit - *ius suum* -, dont parle le texte d'Ulpien présenté ci-dessus, consistent en effet en partie en des prérogatives que le droit objectif et la justice tendent à protéger et qu'ils rattachent nécessairement à l'intérêt et la volonté d'une personne vis-à-vis d'une autre personne, ou des choses¹⁷⁴ :

*D. 1, 1, 10, pr.-1 Ulpianus : (pr.) Iustitia est constans
et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. (1) Iuris*

¹⁷³ Par exemple, en fonction du statut de la personne, celle-ci peut avoir le droit d'établir des relations commerciales (le *commercium* : cf. les *Fragm. Ulp.* 19, 4-5) et/ou avoir le droit d'intermariage (le *conubium*) : cf. *Gai.* 1, 76, qui précise qu'en cas de *conubium* entre un citoyen romain et une étrangère, le mariage est valable et que l'enfant qui naîtra sera soumis à la puissance du père. On voit que, dans ce cas, l'ordre juridique objectif romain peut accorder non seulement un droit, celui de se marier, mais qu'il peut aussi imposer d'une certaine manière un devoir (ou droit), celui de la *potestas* sur l'enfant issu du couple ainsi formé. Le *D. 50, 16, 195, 2 Ulpianus* au milieu et le *D. 50, 16, 215 Paulus*, présentent clairement la *potestas* ou le *dominium* comme des droits qui se rattachent à la personne « physique » du père.

En ce sens : SALEILLES, p. 563, qui indique qu'on n'éliminera jamais la notion de droit subjectif de la sphère du droit objectif, et que partant il y a à la fois distinction et connexité entre les deux ; ROGUIN, p. 118 et note 2, p. 119, qui affirme que « le droit objectif ne consiste jamais que dans la consécration à l'avance (éventuelle) d'une foule de droits subjectifs » et qu'en somme ils se confondent d'une certaine manière ; IONESCU, p. 98, qui pense que les droits subjectifs ont leur base dans les normes de droit objectif.

¹⁷⁴ En ce sens : JHERING, p. 323 ss, qui précise que les droits subjectifs visent à satisfaire les besoins de l'être humain dans les formes assurées par le droit objectif. Aux p. 328 et 339, l'auteur affirme que ces droits sont des intérêts juridiquement protégés. Voir aussi : GENY, p. 219 et 222 s., qui parle de l'exercice d'un pouvoir - ou faculté - d'un homme contre tel autre, reconnu par le droit objectif ; SALEILLES, p. 541 et 545, qui indique que le droit est avant tout un pouvoir ; ROGUIN, p. 119 ; PUGLIESE, *Actio*, p. 243 s., qui pense que le créancier n'acquiert de véritable pouvoir juridique qu'au moment du procès et que jusque là, il ne peut qu'attendre que le débiteur exécute sa prestation ; ROUBIER, p. 1, qui parle de « prérogatives » qui naissent au profit des particuliers, sur la base des règles juridiques ; IONESCU, p. 24 et 106, qui définit le droit subjectif comme un pouvoir d'agir en vue de réaliser un intérêt digne de protection juridique dans les limites de la loi.

P. ex., si l'on parle de droit des obligations, il s'agit d'un ensemble d'institutions normatives objectives qui régissent les rapports entre les personnes, rapports qui sont composés de droits subjectifs (droit de créance/obligation ou dette) voulus par les parties dans leur intérêt, notamment par l'intermédiaire de contrats. Ainsi on perçoit que les deux critères - intérêt et volonté - sont réalisés.

Voir à ce sujet la section « Les sources du droit », p. 52 ss, pour comprendre quelles sont les sources du droit objectif, et la section « Les actes contractuels et l'autonomie de l'esclave », p. 149 ss, pour observer comment se forment les différents droits subjectifs contractuels.

*praecepta sunt haec : honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*¹⁷⁵

Ces prérogatives - représentées par le *ius suum* -, dont la personne peut devenir titulaire à titre particulier, constituent alors des droits dits subjectifs, qui ne sont plus définis comme un ensemble de « normes » objectives¹⁷⁶.

Le droit naturel consistant d'une certaine manière en des réalités de fait¹⁷⁷, il paraît impropre à engendrer de véritables droits ou obligations subjectifs¹⁷⁸. Dans le cas de l'institution de l'obligation naturelle, le droit (de créance) se rattache effectivement à une personne, mais ne sera pas conçu comme un véritable pouvoir juridique sur autrui¹⁷⁹; il en va de même si on analyse le côté passif grevant l'autre partie qui n'a pas d'obligation au sens juridique de s'exécuter. On considérera ce droit et cette obligation naturelle respective, notamment dans le cadre d'un contrat, plus comme un lien personnel, un rapport, établi dans les faits entre deux ou plusieurs personnes, qui fonde des attentes morales et

¹⁷⁵ Traduction : (pr.) La justice est une volonté constante et perpétuelle de rendre à chacun ce qui lui est dû. (1) Les préceptes du droit sont de vivre honnêtement, de ne faire du tort à personne et de rendre à chacun ce qui lui est dû.

¹⁷⁶ Les droits subjectifs les plus connus sont le droit réel et le droit de créance (cf. p. ex. : GENY, p. 230). Le premier est opposable à tous, tandis que le second, issu bien souvent de contrats, a une portée relative. A titre d'exemple pour le droit réel, voir : le D. 8, 2, 6 *Gaius*; le D. 39, 2, 19, pr. *Gaius*, le D. 39, 2, 13, 1 *Ulpianus*, le D. 7, 6, 5, pr. *Ulpianus* ou encore les D. 7, 1, 1-2 *Celsus et Paulus* et le D. 45, 3, 26 *Paulus*, qui précisent que tant le propriétaire, l'usufruitier que le bénéficiaire d'une servitude foncière, ont des droits subjectifs (réels) dont le contenu est déterminé par le droit d'user, tirer les fruits (*ius utendi, ius fruendi*), et pour le propriétaire encore, du droit de disposer (*ius abutendi*). Et à titre d'exemple pour le droit de créance, voir : le D. 4, 2, 13 *Callistratus (divus Marcus, Marcianus, Caesar)* et le D. 48, 7, 7 *Callistratus (idem)*, qui indiquent que l'on perd son droit de créance (*ius crediti*) si on n'utilise pas la justice par la voie de l'action pour obtenir ce qui nous est dû.

¹⁷⁷ Cf. la section « Le *ius naturale* », p. 55 ss.

¹⁷⁸ Voir notamment le D. 1, 1, 11 *Paulus*, expliqué en note 161.

En ce sens : GENY, p. 221, qui dit que les notions de sujet de droit et de droit subjectif ne se rencontrent pas dans la nature des choses ; VILLEY, Les origines, p. 174. Voir pourtant : IONESCU, p. 99, 107 et 240, qui pense que la totalité des normes objectives, que constituerait le droit naturel, est à la base du droit subjectif.

¹⁷⁹ L'*obligatio naturalis* est en effet en soi dépourvue de moyen de contrainte, c.-à-d. d'action.

naturelles visant à une exécution spontanée des prestations que ces personnes se doivent¹⁸⁰.

Aussi pensons-nous qu'à l'époque classique, les Romains concevaient qu'une personne au sens juridique du terme pouvait être sujette de droits et d'obligations¹⁸¹. L'existence d'un droit subjectif ne pouvait en effet trouver de sens à cette époque déjà, que s'il jouait dans l'intérêt d'une personne, titulaire de ce droit, et dont la volonté servait très souvent à le déterminer, comme dans le cas des droits et obligations contractuels¹⁸². L'« expression » ou l'« efficacité » de tels droits était par ailleurs assurée par les actions en justice¹⁸³ :

¹⁸⁰ Voir en ce sens : ROUBIER, p. 100, qui conçoit que les Romains connaissaient une obligation fondée sur des devoirs moraux imposés par le droit naturel ; IONESCU, p. 218, qui indique que « la vraie source des obligations, c'est le fait de l'homme », qui se révèle notamment dans le contrat ; IMHOF, p. 9, qui rapporte qu'à Rome on ne conçoit pas la stipulation comme un devoir juridique, mais comme un lien conçu dans les faits.

Nous renvoyons le lecteur à la section « L'*Obligatio naturalis* - généralités », p. 172 ss.

¹⁸¹ Voir p. ex. : le D. 45, 3, 26 *Paulus*, qui précise que l'usufruit est nécessairement lié à une personne. Or, dans ce texte, l'usufruit est stipulé par un esclave qui n'est pas considéré comme une personne au sens juridique du terme ; c'est pourquoi la stipulation de l'usufruit est nulle.

En ce sens : JHERING, p. 325 ; SALEILLES, p. 551 s., qui précise que la disparition de la notion de sujet de droit entraînerait celle de la personne telle que conçue en droit, voire, p. 553 et 559, celle de droit et de justice ; GIRARD, I, p. 8 ; PUGLIESE, *Actio*, note 1, p. 4 s. ; IONESCU, p. 23, qui indique que « Les Romains ont bâti tout leur système sur cette notion de droit subjectif ». A la p. 26, il affirme qu'on ne peut pas supprimer cette notion, c'est une réalité qui s'impose.

¹⁸² Nous renvoyons le lecteur à la section « Les sources du droit », p. 52 ss, où nous avons mis en lumière deux critères auxquels répondent les normes de droit « positif » (édicte), c'est-à-dire les critères de la nécessité et de l'utilité. Ces deux notions ne peuvent s'entendre que par rapport à l'intérêt de la personne, qui est l'un des critères du droit subjectif (cf. le D. 1, 5, 2 *Hermogenianus*).

En ce sens : JHERING, p. 331 s. et 338, qui précise que le droit objectif est conçu pour poursuivre l'intérêt de la personne, et que là où ce but est moins évident, ce serait de toute façon la volonté qui assignerait au droit cette direction ; PUGLIESE, *Actio*, p. 238, qui admet que le créancier est titulaire d'un droit de recevoir la prestation du débiteur ; ROUBIER, p. 32, qui précise que le jeu de la liberté contractuelle est la « position extrême du subjectivisme » ; IONESCU, p. 218 ss, qui indique que le contrat est la source type du droit subjectif, où la volonté apparaît comme un élément essentiel à la réalisation d'un intérêt personnel.

¹⁸³ Voir aussi : Gai. 4, 2, Gai. 4, 47, Gai. 4, 60 et Gai. 4, 134, où Gaius reproduit le texte de la formule rédigée en droit et dont le contenu concerne l'exécution d'une prestation : de manière générale, les textes parlent de *dare, facere, praestare oportere*, même si la condamnation est devenue à l'époque classique une estimation pécuniaire de la prestation (cf. Gai. 4, 48). Voir pour un développement de la procédure à ce sujet, la section « L'étendue de la responsabilité », p. 385 ss. Voir en outre : le D. 50, 16, 178, 2-3 *Ulpianus*, qui indique que le terme général d'*actio* doit

*D. 44, 7, 51 Celsus : Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat, iudicio persequendi.*¹⁸⁴

*Gai. 4, 45 : Sed eas quidem formulas, in quibus de iure quaeritur, in ius conceptas vocamus, 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 civilis intentio est.*¹⁸⁵

Nous ne pouvons donc pas nous attacher uniquement à une pure analyse terminologique¹⁸⁶, consistant à constater qu'il n'existe aucun terme pour qualifier lesdits droits ou obligations subjectifs à l'époque classique ; une notion pouvait d'ailleurs tout à fait exister, même si elle

s'entendre plutôt d'une *actio personalis* ou *in personam* quand on demande de notre débiteur quelque chose et d'une *petitio in rem* lorsqu'on revendique un objet. Voir de plus les textes cités en note 497.

En ce sens : JHERING, p. 340, qui indique que la protection juridique est assurée par l'action dépendant de l'initiative personnelle et p. 353 s., qu'à Rome, les juristes traitaient directement et d'un point de vue pratique de l'action qui émane du droit subjectif ; PUGLIESE, *Actio*, p. 14 ss, spéc. p. 70, 230 ss, 243 s. et 309 ss, qui se détache des théories qui voudraient que l'action précède le droit subjectif. Pour lui, nul doute, p. ex. dans le cas des obligations, que le droit subjectif précède l'action, qui, elle, ne représente que la « volonté du sujet de faire valoir son droit » et lui confère ainsi un pouvoir judiciaire. A la p. 325, bien que l'action se distingue nettement du droit subjectif, il reconnaît toutefois un fort rapport de connexité entre eux. Aux p. 145 et 166, l'auteur pense toutefois qu'en cas d'*actio in factum*, qui ne considère que les faits d'une cause méritant protection juridique, il n'y a pas toujours à proprement parler de droit protégé avant l'action prétorienne. Voir encore : IONESCU, p. 79 ss et 107, qui rejette les théories qui confondent droit et action. Pour lui, l'action n'est autre que la sanction d'un droit issu d'un rapport de droit. Voir toutefois : WINDSCHEID, § 44, p. 189 s., qui pense que l'action correspond à la prétention déduite en justice ; ROUBIER, p. 7 et 54 ss, qui indique que la base du droit à l'époque classique serait l'action elle-même.

¹⁸⁴ Traduction : L'action n'est autre que le droit de poursuivre en justice ce qui nous est dû.

Mais l'on pourrait aussi traduire le texte par : L'action n'est autre que la poursuite en justice du droit qui nous est dû – *ius quod sibi debetur*. Ainsi l'on mettrait l'accent sur le concept de droit subjectif actionné en justice.

¹⁸⁵ Traduction : Les formules dans lesquelles on réclame un droit s'appellent formules rédigées en droit. Telles sont les formules par lesquelles nous prétendons qu'une chose nous appartient de droit quiritaire ou qu'il doit nous être donné ou qu'il y a lieu à dommage pour vol. Il y en a encore d'autres comportant des conclusions de droit civil.

¹⁸⁶ Voir de manière générale l'œuvre de VILLEY, qui semble en effet essentiellement ramener toute son étude à un problème terminologique, qui, dans la recherche de la vérité juridique, nous paraît incomplète.

n'avait pas de terme technique et spécifique pour la désigner à cette époque¹⁸⁷. Les juristes romains n'ont peut-être pas étudié les droits subjectifs en tant que tels, mais nous ne pouvons pas exclure que les prémices au moins de cette idée gravitaient déjà dans le droit de la Rome antique¹⁸⁸. De plus, nous ne comprendrions pas pourquoi notre système juridique actuel serait à ce point différent du système romain sur cette question fondamentale.

Sous l'influence des stoïciens et du christianisme, la place de l'individu a probablement dû prendre une importance grandissante également aux yeux des juristes¹⁸⁹. Devant la montée d'idées philosophiques nouvelles, on a commencé à ne plus concevoir l'individu comme appartenant à une communauté de laquelle il tirerait sa condition et qui lui ouvrirait un accès plus ou moins limité aux institutions du droit objectif, susceptibles de générer des droits subjectifs¹⁹⁰, mais comme un sujet de droit en soi, possédant par sa seule qualité d'être humain la titularité de tous droits et obligations¹⁹¹. Le développement des droits subjectifs a donc été le résultat d'une prise de conscience grandissante de l'individualité de chacun, suivant une évolution progressive dans la substance de ces droits et dans la terminologie servant à les désigner, et non pas une découverte tardive allant à contresens¹⁹².

¹⁸⁷ Voir p. ex. : le D. 50, 17, 202 *Iavolenus*, qui précise que toute définition en droit civil est dangereuse, car peu s'en faut qu'elle ne se trouve renversée.

En ce sens, aussi : PUGLIESE, *Actio*, note 1, p. 4 s., p. 238 s. et 244 s., qui juge les problèmes de terminologie stériles et pense que les Romains, n'étant pas théoriciens, n'ont pas eu d'expression pour désigner le concept de droit subjectif. C'est la raison pour laquelle ils parlent plus souvent des actions que des droits subjectifs ; IMBERT, note 1, p. 92 ; VILLEY, *Les origines*, p. 170, bien qu'il ne soit pas favorable à la théorie des droits subjectifs.

¹⁸⁸ En ce sens : CUQ, p. 79 et 120 ; GIRARD, I, p. 101 ss ; PUGLIESE, *Actio*, p. 251 ; MONIER, I, p. 207 ss ; ARANGIO-RUIZ, p. 15 ss ; LE BRAS, p. 417 ss ; ROUBIER, p. 283 ; IONESCU, note 1, p. 23 et p. 54 s., mais qui précise bien que c'était l'action qui était au premier plan, non le droit subjectif qui en était l'embryon ; MAYER-MALY, § 25, p. 49 et § 28 ss, p. 61 ss. Voir, pour les auteurs plus réservés : VILLEY, *Les origines*, p. 170, qui tout en refusant de croire qu'il existe un véritable système des droits subjectifs à Rome, semble attester toutefois que cette conception tiendrait une place secondaire pas encore très évidente.

¹⁸⁹ En ce sens, voir : VILLEY, *Les origines*, p. 177 et 183 ; ROUBIER, p. 27.

¹⁹⁰ Cf. la section « L'esclave et la notion juridique de « personne », p. 89 ss.

¹⁹¹ En ce sens, cf. : ORESTANO, *Il problema*, p. 16 ss.

¹⁹² En ce sens : ROUBIER, p. 26.

Cette prise de conscience de l'individualité a de plus permis à l'humanité de reconnaître aujourd'hui à chacun, dans l'idéal, des libertés et des droits fondamentaux égaux¹⁹³.

¹⁹³ Voir p. ex. : l'art. 1 CEDH : « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ».

PARTIE II LE STATUT DE L'ESCLAVE

Avant de traiter de la capacité d'agir proprement dite de l'esclave, soit de sa capacité d'intervenir dans le domaine contractuel¹⁹⁴, il est nécessaire de connaître le statut que l'ordre juridique romain lui réserve.

Il faut dès lors aborder les notions romaines de « personne » et de « chose », telles que conçues à l'époque classique, pour saisir, dans les définitions possibles qu'on en donnera, quelle est la situation juridique de l'esclave. Il s'agira donc de savoir si les Romains considèrent l'esclave plutôt comme un sujet de droit ou comme un objet de droit.

Nous constaterons que les juristes de l'époque classique auront souvent des difficultés résultant de la dualité de l'ordre juridique, qui se fonde d'un côté sur des réalités de fait, de l'autre, sur un droit « positif » qui peut leur être contraire¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Voir la partie III de notre ouvrage traitant de « L'autonomie de l'esclave et sa capacité d'interagir avec des tiers », p. 119 ss.

¹⁹⁵ Voir les développements à la section « Les sources du droit », p. 52 ss.

Chapitre I L'esclave et la notion juridique de « personne »

En partant du donné naturel fondamental qu'est l'être humain, nous délimiterons dans cette section le sens juridique de la notion de « personne ». L'exercice en sera d'ailleurs compliqué par le fait qu'il n'existe pas de définition juridique claire et univoque de la notion de personne dans les sources, et que tout au long de l'histoire romaine certaines conceptions ont pu évoluer.

Le plus souvent, le sens juridique de « personne » donné par les Romains ne correspond pas au sens technique que nous connaissons dans nos droits modernes¹⁹⁶ sous les termes de « personne physique », « personne morale » ou encore « personnalité juridique »¹⁹⁷.

Pour désigner ces notions, les Romains se servent alternativement de plusieurs termes : *caput*, *homo*, *persona* et *status*¹⁹⁸. Nous essaierons de tirer des textes de l'époque classique les critères juridiques déterminants qui servent à délimiter la notion juridique de personne pour vérifier si l'esclave en possède certaines facultés ou caractéristiques¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Voir p. ex., pour le droit suisse, la définition de : BUCHER, § 1, p. 1, dont nous citons le passage suivant : « Au sens juridique, la personne est un sujet de droits et d'obligations. L'étude du Code civil suisse nous amène à constater que le terme de personne y est employé tantôt dans son sens courant (à savoir : « être humain » : « Toute personne jouit des droits civils. » [art. 11 al. 1 CCS]), tantôt dans son sens juridique (à savoir : « sujet de droits et obligations » : « [...] chacun a, dans les limites de la loi, une aptitude égale à devenir sujet de droits et d'obligations. » [art. 11 al. 2 CCS]). La seule condition posée par le droit suisse pour devenir personne au sens juridique consiste à être, soit un être humain, soit un établissement ou une société (mais nous ne nous intéresserons pas à ce dernier aspect). Voir encore : DESCHENAUX/STEINAUER, § 4, p. 2 ; BUCHER, § 2, p. 1 et § 19 ss, p. 5 ss.

¹⁹⁷ En ce sens : KASER, I, § 64 I 1, p. 271 ; MAYER-MALY, § 28 I et II, p. 61.

¹⁹⁸ Cf. : ALBANESE, p. 7 ss et 311 ; MELILLO, *Personae*, p. 3 ss. S'agissant des développements sémantiques sur les termes cités dans le corps du texte, cf. : GAFFIOT, *Dictionnaire* ; BERGER ; HEUMANN/SECKEL ; QUICHERAT/DEVELUY.

¹⁹⁹ Lorsque nous employons la terminologie « au sens juridique », cela signifie « au sens du droit civil *lato sensu* » et non pas du « droit » naturel, puisque cette dernière source de normes ne constituerait pas à proprement parler du droit, mais formerait plutôt un ensemble de réalités de

Paragraphe 1 La notion de personnalité juridique dans le droit classique romain

Pour avoir une vie juridique, la personne doit être capable de se servir du droit²⁰⁰ qui n'existe d'ailleurs que par elle et pour elle²⁰¹. Cette personne doit par conséquent pouvoir jouir du droit dont elle voudrait se servir et évidemment être capable de l'utiliser pour satisfaire un intérêt et arriver à ses fins ; cela revient à parler, en droit moderne, d'une part de capacité de jouissance des droits civils (ou capacité civile passive) et d'autre part de capacité d'exercice de ces droits (ou capacité civile active)²⁰². Ces deux concepts sont regroupés sous ce que l'on peut appeler la personnalité juridique, à savoir la capacité de devenir sujet (titulaire) de droits et d'obligations et avoir la capacité de les exercer. Bien que Rome ne connaisse pas toutes ces expressions techniques²⁰³, il n'en demeure pas moins que l'on peut s'en inspirer pour traiter de la définition juridique de la notion de personne à l'époque classique²⁰⁴. Les

fait : cf. la section « *Le ius naturale* », p. 55 ss. L'esclave est par ailleurs pleinement capable en droit naturel.

²⁰⁰ Cf. : Gai. 1, 8, qui parle de « *Omne [...] ius quo utimur [...]* » ; Gai. 1, 53 *in fine* ; le D. 1, 1, 9 *Gaius* ; le D. 1, 1, 11 *Paulus*.

²⁰¹ En ce sens, cf. : les D. 1, 1, 10, pr.-1 *Ulpianus*, qui indiquent que la justice a pour volonté de rendre à chacun son droit et que les hommes doivent vivre honnêtement, ne pas nuire à autrui et rendre à chacun ce qui lui est dû ; le D. 1, 3, 8 *Ulpianus*, qui précise que les droits sont établis pour tous, non seulement pour chacun en particulier ; le D. 50, 16, 195, 2 *Ulpianus* au milieu, qui souligne bien que c'est la personne physique du *paterfamilias* en tant que sujet de droit qui est titulaire de la *potestas* ; le D. 1, 5, 1 *Hermogenianus*, qui indique que tout le droit dont on se sert concerne les personnes, les choses ou les actions.

Voir en outre en ce sens : TALAMANCA, p. 73 ss, spéc. p. 74.

²⁰² Voir p. ex. en ce sens : DESCHENAUX/STEINAUER, § 29 ss, p. 12 ss, § 51 ss, p. 18 ss et § 149 ss, p. 47 ss ; BUCHER, § 22 ss, p. 5 ss et § 39 ss, p. 8 ss ; BIGLER-EGGENBERGER, § 2 ad 11 CCS, p. 139 et § 1 ad 12 CCS, p. 148, qui parle de « *Rechtsfähigkeit* » pour « capacité civile passive » et de « *Handlungsfähigkeit* » pour « capacité civile active » ; PICHONNAZ, p. 101 s.

²⁰³ Cf. : KASER, I, § 64 I 1, p. 271 ; ALBANESE, p. 11 ; MAYER-MALY, § 28 I et II, p. 61 ; TALAMANCA, p. 76.

²⁰⁴ Voir en ce sens : GIRARD, I, p. 101 ; MONIER, I, p. 207 ; ARANGIO-RUIZ, p. 43 et 46 ; ALBANESE, p. 11 ; TALAMANCA, p. 75. *D'un autre avis* : ORESTANO, Il problema, p. 1 ss.

modalités d'accès à la capacité de droit sont cependant différentes et plus complexes à Rome que dans nos droits modernes²⁰⁵. De manière générale, nos droits modernes connaissent un système où la personnalité juridique complète est un effet direct de la qualité d'être humain²⁰⁶ ; en droit romain, le système de la capacité dépend du(des) statut(s) que possède la personne et non seulement de la qualité naturelle d'être humain²⁰⁷.

La personnalité juridique, à savoir la capacité d'être sujet de droits et obligations, est la clé qui confère à la personne son existence juridique. Dans une section précédente²⁰⁸, nous avons déjà exploré la notion de « sujet », qui est l'une des caractéristiques entrant dans la définition juridique de la notion de « personne »²⁰⁹.

Le droit romain emploie les termes de *homo*, *persona*, mais surtout de *caput* en rapport avec les *status*²¹⁰. Probablement que, de la combinaison de ces différentes notions pour la désigner, s'est peu à peu développée la définition moderne de « personne » au sens juridique²¹¹. Seule la réunion sur une même tête (*caput*) de la liberté, de la citoyenneté et de l'indépendance familiale, représentant les trois *status* (*libertatis*,

²⁰⁵ Cf. : KASER, I, § 64 I 1 et MAYER-MALY, § 28 I et II, p. 61, qui présentent la personne comme un membre de différentes « communautés » donnant un accès plus ou moins large au droit ; SCHMIDLIN, I, p. 97.

Notre thèse, vouée à l'étude des obligations contractuelles, n'abordera pas des questions relatives à la capacité en droit public qui suit des règles différentes.

²⁰⁶ P. ex. le système suisse accorde directement la jouissance des droits civils : cf. l'art. 11 CCS.

Voir : BUCHER, p. 1 ; BIGLER-EGGENBERGER, § 1 s. ad Vorbemerkungen zu 11-21 CCS, p. 137.

²⁰⁷ En ce sens, voir : ALBANESE, p. 15 ; MAYER-MALY, § 28 I, p. 61 et § 34, p. 75 s. ; SCHMIDLIN, I, p. 98 s. ; PICHONNAZ, p. 93 ss.

²⁰⁸ Cf. la section « La controverse doctrinale sur l'existence des droits subjectifs », p. 76 ss.

²⁰⁹ En ce sens, cf. : ARANGIO-RUIZ, p. 43 ss ; ORESTANO, Il problema, p. 1 ; KASER, I, § 64 I 1 ; ALBANESE, p. 11 ; TALAMANCA, p. 73 ss.

Pour le surplus, voir la section « La controverse doctrinale sur l'existence des droits subjectifs », p. 76 ss.

²¹⁰ Le système des *status* rattaché au *caput* (littéralement la tête) est expliqué à la section « Les *status* », p. 94 ss. Voir à ce sujet : MELILLO, Personae, p. 3 ss.

²¹¹ Voir p. ex. : GIRARD, I, p. 208, affirme que « le *caput* est la personnalité juridique » ; ARANGIO-RUIZ, p. 44 s.

civitatis et familiae), accorde à la personne la jouissance complète du droit civil romain compris dans son sens large de *ius gentium* et *civile*²¹².

L'ordre juridique romain étant composé de deux couches de normes²¹³, la « capacité juridique » diffère également en fonction de la ou des couches de normes envisagées²¹⁴. Pour avoir la personnalité en droit naturel à l'époque classique, il suffit d'être un homme doué de raison²¹⁵. Pour ce qui est du droit des gens, il faut juste être libre (et donc pas esclave) et appartenir à une nation civilisée. Le droit civil romain spécifique ne peut trouver application que si la personne intéressée est libre, citoyenne et indépendante.

A Rome, la capacité juridique n'est pas un acquis puisqu'elle peut se modifier selon que l'on subit ou non ce que les Romains appellent une *capitis deminutio* (changement d'état ou littéralement diminution de tête)²¹⁶. Le degré de diminution le plus restrictif est la *capitis deminutio maxima*²¹⁷, c'est-à-dire le cas où la personne est privée de sa liberté²¹⁸. Ce degré l'exclurait ainsi totalement de ce que l'on pourrait appeler la « communauté » des sujets de droit civil²¹⁹, et la réduirait donc à l'état de

²¹² Cf. : le D. 4, 5, 11 *Paulus*, qui présente le jeu des trois *status* par rapport à une éventuelle *capitis deminutio*.

Le droit romain ne connaissait pas la conception abstraite des droits modernes selon laquelle toute personne jouit d'une capacité juridique innée. En ce sens, cf. : p. ex. : MONIER, I, p. 207 ; MAYER-MALY, § 34, p. 75 ; SCHMIDLIN, I, p. 99.

²¹³ Cf. la section « Les sources du droit », p. 52 ss.

²¹⁴ Voir à ce sujet les développements dans la section « Les sources du droit », p. 52 ss.

²¹⁵ Cela permet d'exclure les animaux : cf. MONIER, I, p. 5.

²¹⁶ Cf. : Gai. 1, 159 ss ; le D. 4, 5, 1 *Gaius* ss, spéc. le D. 4, 5, 11 *Paulus*.

Voir en outre à ce sujet : GIRARD, I, p. 211, qui précise que « [...] la *capitis deminutio* détruit la personnalité légale du *capite minutus* » ; ARANGIO-RUIZ, p. 45 ; ALBANESE, p. 311 ss ; MAYER-MALY, § 34, p. 75 s. ; SCHMIDLIN, I, p. 98 ; TALAMANCA, p. 77 s.

²¹⁷ Cf. Gai. 1, 160.

²¹⁸ Voir notamment sur le sujet de la *capitis deminutio*, l'important travail de DESSERTAUX (cf. bibliographie).

²¹⁹ Cette terminologie est propre à SCHMIDLIN, I, p. 98, qui précise que lorsqu'on est privé de sa liberté, on est exclu de la communauté des sujets de droit qui se voit diminuée d'une tête (*capitis deminutio*). Elle est également énoncée chez PICHONNAZ, p. 105 s.

Pour un exemple concret des effets d'une diminution de capacité sur les obligations issues d'un contrat, cf. : Gai. 4, 38, qui précise que l'obligation contractuelle d'une personne qui se retrouve

« chose »²²⁰, objet de droit civil au sens large²²¹. Les deux autres degrés : *deminutio - media et minima* - enlèvent respectivement la citoyenneté (*status civitatis*) et l'autonomie familiale (*status familiae*), faisant de la personne touchée un étranger de la Cité romaine dans le premier cas, ou un *alieni iuris* (sous puissance) dans le deuxième²²².

Nous allons reprendre l'étude des différents *status* en essayant de déterminer quelles sont les circonstances qui font qu'on les acquiert ou qu'on les perd, et nous observerons leur impact sur la capacité juridique.

diminuée deviendrait sans effets sur le plan du *ius civile* si le prêteur n'avait pas introduit une action utile permettant de considérer fictivement cette personne comme non diminuée. Cette fiction qui est sans doute révélatrice du malaise du juriste devant concilier d'un côté la réalité de fait, soit celle consistant à admettre que l'obligation avait valablement été conclue par un sujet de droit, de l'autre la réalité de droit qui fait de ce sujet diminué un objet de droit totalement écarté de la titularité de tout droit ou obligation. Pour un autre exemple relatif au droit d'agnation/cognation, cf. : Gai. 1, 158, qui précise que le droit d'agnation se perd par la diminution de tête, tandis que la cognation subsiste.

²²⁰ En ce sens : Gai. 3, 153, qui précise que la *capitis deminutio maxima* équivaut à une sorte de mort (civile ?) - [...] *quia civili ratione capitis deminutio morti coaequatur* [...] ; le D. 44, 7, 43 *Paulus*, qui indique que la « personne » sous puissance ne peut p. ex. pas s'obliger civilement par ses propres moyens. Cf. la section « L'esclave et la notion juridique de « chose » », p. 111 ss. A noter que ce système ne se rencontre dans aucun de nos droits modernes. Il ne reste rien de la possibilité de se voir réduit à un statut de chose, d'objet du droit.

²²¹ C'est-à-dire un objet du droit de propriété dans la plupart des cas : cf. le D. 1, 5, 5, 1 *Marcianus*. A noter que tous les peuples civilisés devaient connaître une certaine forme de propriété sur l'esclave. Pour un développement à ce sujet, cf. la section « L'esclave et la notion juridique de « chose » », p. 111 ss.

²²² Voir notamment sur le sujet de la *capitis deminutio*, l'important travail de *DESSERTAUX* (cf. bibliographie).

Section 1 Les *status*

Premièrement, le système des *status* ne concerne que les êtres humains ; on ne retrouve rien de pareil lorsqu'il s'agit de choses ou d'animaux.

*Gai. 1, 8 : Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones. Et prius videamus de personis.*²²³

Lorsque Gaius emploie le terme de *persona* dans sa division du droit, il ne faut en aucun cas lui attribuer un sens technique.

En effet, dans ce fragment, *persona* doit être compris dans le sens d'être humain²²⁴, c'est-à-dire dans le sens matériel de personne physique et psychique, car cet être de chair et d'os doué de raison, cette réalité de base, peut servir aussi bien de support à la liberté qu'à l'esclavage²²⁵. Cette considération nous permet déjà de constater quelque chose de fondamental, c'est que, dans sa définition naturelle, une personne libre ou esclave est simplement un homme identique, dans son essence, à tout autre homme²²⁶.

²²³ Traduction : Tout droit dont nous faisons usage se rapporte, soit aux personnes, soit aux choses, soit aux actions. Voyons d'abord ce qui concerne les personnes.

²²⁴ Cf. p. ex. : le D. 50, 16, 152 *Gaius*, qui parle de *homo* dans un sens non technique de sexe masculin et/ou féminin.

²²⁵ Gaius place l'esclave dans son étude sur les personnes au Commentaire I^{er} des Institutes et qualifie l'esclave de *persona* ou *homo* : cf. : Gai. 1, 9 et le D. 1, 5, 3 *Gaius*, qui précisent que tous les hommes sont soit libres, soit esclaves ; le D. 1, 5, 4, pr.-1 *Florentinus*, dont le « *quis* » ne peut représenter qu'une personne. De plus, le Digeste de Justinien traite de l'esclave dans le Titre V du Livre I^{er} concernant l'état des hommes – *De statu hominum*.

²²⁶ Voir p. ex. : le D. 50, 17, 32 *Ulpianus*, qui affirme qu'en droit naturel, tous les hommes sont égaux ; le D. 1, 5, 14 *Paulus* et les P. Sent. 4, 9, 3, qui précisent qu'un être avec des membres en surnuméraire n'en est pas moins considéré comme un homme libre, et que, même si une femme accouche d'un « monstre » qui n'a pas la forme du genre humain, ce sera un esclave, qui est donc nécessairement considéré fondamentalement comme un homme.

A. Le *status libertatis* ou la clé de la personnalité civile²²⁷

*Gai. 1, 9 : Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.*²²⁸

L'être humain peut être, soit libre, soit esclave à sa naissance²²⁹. Cependant, le système romain prévoit la possibilité de changer de condition au cours de la vie²³⁰ : ainsi dit-on de l'homme qui est né libre, qu'il est ingénu²³¹, et de celui qui le devient par la suite, qu'il est affranchi (formellement libéré de la servitude par la *manumissio*)²³².

La liberté (*libertas*) du *status libertatis* est l'élément le plus important²³³, sans lequel la personne ne peut accéder aux deux autres *status* (*civitas* et *familia*), car c'est la liberté qui permet à l'homme de jouir potentiellement de tous les droits (« *ius naturale* », *gentium* et *civile*), et ce n'est que grâce à cette condition, cumulée avec les deux autres, que peuvent s'exprimer à Rome toutes les prérogatives juridiques fondamentales rattachées à la personne²³⁴.

²²⁷ Voir à ce sujet notamment : GIRARD, I, p. 102 ss ; ARANGIO-RUIZ, p. 48 ss ; ALBANESE, p. 19 ss ; TALAMANCA, p. 78 ss ; MELILLO, *Personae*, p. 16.

²²⁸ Traduction : La principale distinction afférente au droit des personnes est que les hommes sont libres ou esclaves.

Le texte de Gai. 1, 9 correspond au D. 1, 5, 3 *Gaius*.

²²⁹ Voir p. ex. : Gai. 1, 11 ; Gai. 1, 55 ; Gai. 1, 65 ; Gai. 1, 82.

²³⁰ Cf. p. ex. : le D. 1, 5, 5, pr.-3 *Marcianus*.

²³¹ Cf. : Gai. 1, 11 au début ; le D. 1, 5, 5, 2 *Marcianus*.

En ce sens : GIRARD, I, p. 116 ss ; MONIER, I, p. 230 ss.

²³² Cf. Gai. 1, 11 à la fin et ss, qui indiquent qu'il y a trois sortes d'affranchis : les citoyens romains, les Latins et les déditices. Une importante partie du Digeste est consacrée aux affranchissements : D. 40, 1 ss. Les affranchis sont libres, mais leur condition reste teintée de limites juridiques que GIRARD qualifie d'infériorités dans le cas des affranchis citoyens (cf. GIRARD, I, p. 135).

Voir en outre, sur la question de l'affranchissement : GIRARD, I, p. 129 ss ; MONIER, I, p. 239 ss.

²³³ Cf. : le D. 50, 17, 122 *Gaius* ; le D. 50, 17, 20 *Pomponius* ; le D. 50, 17, 106 *Paulus* ; le D. 50, 17, 176, 1 *Paulus* ; le D. 50, 17, 179 *Paulus*.

²³⁴ Cf. : le D. 1, 5, 4, pr. *Florentinus*, qui indique que la liberté est la faculté naturelle de faire ce qu'il plaît.

B. Le *status civitatis*²³⁵

Gaius en traite aux *Institutes* à la suite des explications concernant le *status libertatis*, principalement aux § 16-35 du livre I^{er} ; il présente toute une casuistique où la citoyenneté est octroyée. On peut d'ailleurs être citoyen d'une autre cité reconnue que Rome²³⁶, mais pour accéder au *ius civile* romain au sens étroit, il faudra être citoyen romain²³⁷.

Dans la Cité romaine, ce *status* est le complément nécessaire à celui de la liberté pour que l'homme puisse jouir au moins en partie du droit romain dit « positif »²³⁸.

Lorsque le citoyen romain est en plus *sui iuris*²³⁹ et qu'il n'est pas sous tutelle²⁴⁰, il aura le droit d'utiliser toutes les institutions juridiques

En ce sens : ALBANESE, p. 19 ; TOCCI, § 3.

²³⁵ Voir à ce sujet : GIRARD, I, p. 115 ss ; ARANGIO-RUIZ, p. 52 ss ; ALBANESE, p. 171 ss ; TALAMANCA, p. 103 ss.

²³⁶ Voir p. ex. : le D. 1, 2, 2, 4 *Pomponius*, qui parle p. ex. des Cités grecques – *Graecis civitatibus*.

²³⁷ Cf. la section « Le *ius civile* », p. 62 ss.

²³⁸ Cf. la section « Le droit « positif » de l'époque classique », p. 62 ss.

²³⁹ Voir la section « Le *status familiae* », p. 101 ss.

²⁴⁰ L'institution de la tutelle (cf. : Gai. 1, 142 ss ; le D. 25, 7, 1, pr. *Ulpianus* ss) n'est pas une entrave à la « jouissance » des droits civils qui restent fixés sur la tête du pupille (cf. : GIRARD, I, p. 216 ; MONIER, I, p. 314 ; ARANGIO-RUIZ, p. 492) ; il s'agit uniquement, dans la Rome de l'époque classique, d'une protection de la personne *sui iuris*, incapable de fait d'agir juridiquement (cf. : Gai. 1, 142 ; Gai. 1, 190 ; *Fragm. Ulp.* 11, 25. En ce sens : GIRARD, I, p. 219 s. ; MONIER, I, p. 314 ss ; ALBANESE, p. 431 ss), notamment à cause de son jeune âge pour le cas d'un impubère *sui iuris* sans *paterfamilias* (cf. Gai. 1, 144, qui parle de « masculini [...] sexus impuberibus » ; nous croyons d'ailleurs que la lacune que nous trouvons dans ce fragment de texte est relative à la fille mineure et/ou majeure non mariée ou mariée *sine manu* [voir : Gai. 1, 145/190 ; *Fragm. Ulp.* 11, 27]), ou à cause de l'inexpérience pour la femme *sui iuris* non mariée sans *paterfamilias* ou mariée *sine manu* (Gai. 1, 144 *in fine* parle de « animi levitatem »). Il faut cependant garder à l'esprit que l'institution de la tutelle pour les femmes relève essentiellement d'une nature formelle, car elles demeurent en pratique souvent maîtres de tous leurs actes et cette forme de tutelle finira d'ailleurs par disparaître (cf. Gai. 1, 190 *in fine*. En ce sens : MONIER, I, p. 315 ; ARANGIO-RUIZ, p. 502 s.). L'impubère est frappé d'une incapacité absolue de se marier ou de tester, il ne peut d'ailleurs jamais s'endetter dans ses actes juridiques avec les tiers, mais que s'enrichir sans le consentement de son tuteur, du moment qu'on lui reconnaît une capacité intellectuelle suffisante ; il en va quasiment de même de leur responsabilité délictuelle (cf. : MONIER, I, p. 321 ss). Pour le reste, le tuteur donne son autorisation pour que les actes du pupille soient validés (cf. le D. 50, 17, 189 *Celsus* ; le D. 44, 7, 43 *Paulus*) et peut, à l'époque classique, représenter son pupille dans les actes

spécifiques du *ius civile* au sens large applicables dans la Cité romaine²⁴¹, et il aura la capacité d'exercer tous droits ou d'exécuter toutes obligations civiles qui en découlent et dont il devient titulaire²⁴².

juridiques (voir p. ex. : le D. 41, 1, 13, 1 *Neratius* ; le D. 41, 2, 1, 20 *Paulus*. En ce sens : GIRARD, I, p. 230 s. ; MONIER, I, p. 325).

²⁴¹ Le rapport entre l'appartenance à la Cité romaine et la possibilité d'accéder au *ius civile* au sens étroit est notamment présenté par : Gai. 1, 1 ; le D. 1, 1, 9 *Gaius* ; Gai. 1, 55 ; le D. 1, 6, 3 *Gaius* ; Gai. 1, 108 ; Gai. 1, 119 ; Gai. 3, 154a ; le D. 41, 1, 1, pr. *Gaius* ; le D. 1, 1, 6, pr. *Ulpianus* ; le D. 1, 1, 11 *Paulus*. Voir aussi : le D. 1, 1, 5 *Hermogenianus*, qui donne en exemple certaines institutions du *ius civile*.

Voici certaines institutions que nous sommes parvenu à classer dans le droit civil au sens étroit : a) le mariage romain (p. ex. : Gai. 2, 241 *a contrario*), b) la *potestas* sur les enfants (p. ex. : Gai. 1, 55), c) la responsabilité aquilienne (p. ex. : Gai. 3, 202 à lire en rapport avec Gai. 4, 37 et Gai. 4, 109, prévoyant l'extension de l'action de la *Lex Aquilia* [loi civile romaine] à l'étranger, devenu par fiction citoyen romain, preuve que la responsabilité délictuelle est en principe bien une institution découlant du droit civil au sens strict réservée aux citoyens romains), d) les successions (p. ex. : Gai. 2, 110/114-115/118/129/149/151/197-198/218/255 ; Gai. 3, 34/36-37/66), e) les actions de la loi (p. ex. : Gai. 4, 37, avec la possibilité par fiction d'étendre l'action civile à l'étranger non citoyen romain), f) les contrats de droit civil strict, p. ex. : Gai. 2, 65 ; Gai. 3, 93, qui traite du contrat verbal avec la forme de *spondeo* ; Gai. 3, 119a et Gai. 3, 133, qui traitent de contrats « littéraux », mais avec quelques exceptions : cf. Gai. 3, 132, p. ex. en cas d'inscription de la somme en compte ; Gai. 3, 154a+b, pour le cas particulier de société dans la succession : *ercto non cito* ; Gai. 4, 116, qui présente le cas de l'exception de droit civil.

Certaines institutions ont une portée plus étendue, puisqu'elles existent à Rome selon le *ius civile*, mais sont également reconnues par d'autres nations civilisées, ce qui en fait un *ius commune* ou *gentium* : p. ex. a) Gai. 2, 65 ; Gai. 3, 92 ss, pour les contrats verbaux ; Gai. 3, 132, pour le contrat littéral particulier par comput d'argent ; Gai. 3, 154, pour le contrat de société, b) la tutelle des impubères (cf. : Gai. 1, 189). D'autres institutions encore trouvent leur source dans le droit des gens : a) la *potestas* (ou *dominium*) sur les esclaves (p. ex. : Gai. 1, 52), b) les effets de la filiation (p. ex. : Gai. 1, 78/80/82, qui prévoient toutefois une exception lorsqu'une norme équivalente au droit des gens y serait contraire : cf. Gai. 1, 83/85/86).

Il y aurait même parfois des institutions d'un droit propre aux étrangers dont certains effets seraient reconnus à Rome : p. ex. Gai. 3, 134, qui indique que les reconnaissances de dettes écrites par chirogrammes ou synagrammes feraient naître une obligation, même si aucune stipulation n'est faite ; Gai. 1, 193, qui traite de la tutelle de la femme, qui semble exister chez les étrangers, mais pas tout à fait dans le même sens qu'à Rome. Il reste à se demander si cette sorte de quasi-tutelle de la femme étrangère avait quelconque valeur juridique à Rome (faisait-elle partie du *ius commune*, un peu comme de la tutelle des impubères ?).

Voir aussi la section « Les sources du droit », p. 52 ss.

A ce sujet, voir : GIRARD, I, p. 2 *in fine* ; MONIER, I, p. 230.

²⁴² Le *status civitatis* permet à Rome notamment le *commercium*, la *legis actio* et le *conubium* qui sont en quelque sorte des éléments de la capacité juridique que le citoyen romain reçoit du *ius civile* (cf. : MONIER, I, p. 230). Le *conubium* est le droit de contracter mariage romain donnant le droit de fonder une famille civile (cf. *Fragm. Ulp.* 5, 3 ss) ; le *commercium* est le droit permettant à un

Ainsi, il ne suffit pas d'être libre pour commencer à avoir une existence juridique en droit civil romain (*ius civile*), il faut être encore au moins citoyen romain ou, pour un Latin ou un étranger (pérégrin), jouir éventuellement de certains droits ou institutions (*conubium*, *commercium* et/ou *legis actio*) accordés par exemple dans un traité que Rome aurait passé avec sa cité²⁴³.

L'ingénu peut être citoyen²⁴⁴ : cette condition s'acquiert dès la naissance si les parents sont citoyens²⁴⁵ ou après la naissance à certaines conditions, comme par exemple par la naturalisation ou par la loi²⁴⁶. Si l'on n'est pas citoyen romain, on est, soit Latin²⁴⁷, soit pérégrin²⁴⁸.

citoyen ou une autre personne (Latin ou, rarement pérégrin) bénéficiant du *ius commercii* d'entrer en contact avec un de ses semblables ou un Romain pour des échanges commerciaux et de pouvoir utiliser les modes d'aliéner et d'acquérir du *ius civile*, transférer ou recevoir la propriété civile ou encore de devenir créancier ou débiteur par tous les modes du droit civil (cf. *Fragm. Ulp.* 19, 4-5) ; la *legis actio* est le droit de faire usage des actions du droit civil pour faire valoir ses droits en justice (cf. Gaius, qui dédie son 4^e commentaire des *Institutes* aux actions et à la procédure. Voir aussi : le D. 1, 2, 2, 6 *Pomponius*).

En ce sens : GIRARD, I, p. 118 ; MONIER, I, p. 230 s. ; ARANGIO-RUIZ, p. 54 s. ; TALAMANCA, p. 104 s., semble cependant considérer ces éléments comme détachés du *status civitatis* et les érige en véritables institutions qui permettraient à l'étranger qui en bénéficierait, grâce à des traités que Rome aurait passés avec sa Cité, de profiter de certaines prérogatives juridiques réservées aux citoyens romains.

²⁴³ Voir p. ex. : le D. 49, 15, 7, 1 *Proculus*.

En ce sens, voir : MONIER, I, p. 233 s. ; TALAMANCA, p. 104 et 105, qui doute toutefois de la possibilité d'accorder la protection des actions de la loi au pérégrin.

Voir en outre la note 242.

²⁴⁴ En ce sens : GIRARD, I, p. 117 ss ; MONIER, I, p. 231 s. ; ARANGIO-RUIZ, p. 52.

²⁴⁵ Voir p. ex. : Gai. 1, 56, qui présente le cas d'un père citoyen romain marié avec une personne (latine ou pérégrine) ayant joui du droit d'intermariage au moment du mariage. Les enfants suivent ici la condition du père citoyen (cf. : Gai. 1, 67 milieu et 76 *in fine*) ; en règle générale, si la mère n'est pas mariée avec le père ou s'il n'existe pas de droit à l'intermariage entre père et mère, les enfants suivent la condition de la mère - *mater semper certa* - (cf. : le D. 1, 5, 19 *Celsus* et le D. 1, 5, 23 *Modestinus* ; le D. 1, 5, 24 *Ulpianus* ; Gai. 1, 67 au milieu ; Gai. 1, 78 au milieu à Gai. 1, 80 ; les *Fragm. Ulp.* 5, 8-9), à quelques exceptions près, comme la *Lex Minicia* qui octroie aux enfants la condition inférieure du père étranger (cf. Gai. 1, 78).

²⁴⁶ Cf. : Gai. 1, 57 ; le D. 1, 5, 17 *Ulpianus*.

²⁴⁷ Les Latins ont tous le *commercium* (cf. les *Fragm. Ulp.* 19, 4) avec les romains, mais pas tous le *conubium* (cf. les *Fragm. Ulp.* 5, 4). A certaines conditions (p. ex. par effet de la loi ou naturalisation), ils peuvent devenir citoyens romains.

Gaius distingue de plus trois espèces d'affranchis²⁴⁹ : les affranchis citoyens romains²⁵⁰, les affranchis latins²⁵¹ et les affranchis pérégrins ou déditices²⁵². Les déditices sont ceux qui sont le moins à même de jouir d'une capacité de droit, car ils sont de condition dite humiliante²⁵³.

Le D. 1, 5, 17 *Ulpianus* nous apprend enfin qu'une constitution de l'Empereur Caracalla²⁵⁴ du début du III^e siècle a accordé la citoyenneté romaine à toute personne (libre) habitant dans l'Empire romain. Ainsi, si les questions de capacité par rapport au *status civitatis* n'ont jamais

Voir pour développements : GIRARD, I, p. 120 ss et note 2, p. 121 ; MONIER, I, p. 232 s. ; ARANGIO-RUIZ, p. 54 s.

²⁴⁸ Voir : Gai. 1, 67 ss, pour des exemples portant sur des étrangers. Ces derniers n'ont ni *conubium*, ni *commercium* (GIRARD, I, p. 123 s.) ; il faut toutefois réserver le *Fragm. Ulp.* 19, 4 dans lequel le *commercium* semble avoir été accordé à certains pérégrins. Ils sont juste libres et ne peuvent par conséquent profiter que du *ius naturale* et *gentium* (voir p. ex. le D. 48, 19, 17, 1 *Marcianus*, qui traite de cas de déportés sur une île ayant perdu la citoyenneté romaine).

P. ex. : GIRARD, I, p. 124, s'exprime ainsi : « ils sont donc exclus de l'exercice de tous les droits civils romains [...] », à quelques exceptions près où la loi civile romaine s'étend à eux-aussi, cf. p. ex. Gai. 1, 47 pour la *Lex Aelia Sentia*.

On distingue les pérégrins *alicuius civitatis* des pérégrins *dediticii* ; ces derniers n'ont même pas de droit national propre et la possibilité d'établir des rapports juridiques, aussi bien avec d'autres pérégrins qu'avec des citoyens romains, est donc quasiment nulle. Ils peuvent cependant devenir citoyens de par la loi ou par naturalisation.

Voir pour développements : GIRARD, I, p. 123 ss ; MONIER, I, p. 233 ; ARANGIO-RUIZ, p. 53 s.

²⁴⁹ Cf. : Gai. 1, 12 ; les *Fragm. Ulp.* 1, 5.

²⁵⁰ Cf. : Gai. 1, 17.

Voir pour développements : GIRARD, I, p. 130 ss ; MONIER, I, p. 239 ss.

²⁵¹ Cf. : Gai. 1, 17 *in fine*. Sont appelés Latins juniens (cf. Gai. 1, 22), ceux qui ont reçu la liberté selon la *Lex Iunia (Norbana)*, mais leur capacité reste limitée : ils ne peuvent en effet ni disposer, ni recevoir par testament, ni être désignés tuteurs (cf. Gai. 1, 23). Leur condition, en résumé, est formellement d'avoir la *civitas*, mais matériellement ils ont une situation inférieure (en ce sens : ARANGIO-RUIZ, p. 57). Il leur est possible d'accéder à la citoyenneté romaine dans différents cas et diverses conditions, que nous n'énumérerons pas ici (voir : Gai. 1, 28 ss).

Voir pour développements : GIRARD, I, p. 138 ss ; MONIER, I, p. 243 ss.

²⁵² Voir pour développements : GIRARD, I, p. 140 ; MONIER, I, p. 244 s.

²⁵³ Cf. : Gai. 1, 15 ; Gai. 1, 26, où Gaius s'exprime ainsi : la pire espèce de liberté est donc celle de ceux qui sont au nombre des déditices, et aucune loi, aucun sénatus-consulte, aucune constitution impériale ne leur ouvre l'accès à la nationalité romaine. Ils sont les esclaves du peuple romain (cf. : Gai. 1, 27 *in fine* ; la *Lex Aelia Sentia*).

²⁵⁴ Empereur de 211 à 217 ap. J. C.

totallement disparu à Rome²⁵⁵, elles se sont néanmoins bien atténuées depuis cet évènement²⁵⁶. Cela explique sans doute pourquoi nous ne trouvons pas beaucoup de textes dans le Digeste²⁵⁷ où il est question de problèmes au sujet de l'intermariage²⁵⁸ ou des relations intercommerciales dépendantes du *ius civile proprium Romanorum* au sein de l'Empire.

Il nous reste à analyser le dernier élément accordant à la personne toute sa valeur juridique en en faisant une personne pleinement capable de droit (naturel, civil et des gens) : c'est le *status familiae* concédant l'autonomie, c'est-à-dire la position de *sui iuris*.

²⁵⁵ En ce sens : MONIER, I, p. 238 s. ; ARANGIO-RUIZ, p. 55 ss.

²⁵⁶ Voir en ce sens : GIRARD, I, p. 128 ; MONIER, I, p. 364.

²⁵⁷ En effet, le Digeste étant une compilation du droit ordonnée à l'époque de Justinien, il se peut que celle-ci ait conservé prioritairement des règles issues de fragments de l'époque classique qui auraient trouvé encore à s'appliquer sous le règne de celui-ci.

²⁵⁸ Comme p. ex. au D. 23, 2, 45 *Ulpianus*, au D. 24, 2, 11, pr. *Ulpianus*, au D. 24, 2, 11, 2 *Ulpianus*, au D. 25, 7, 1, pr. *Ulpianus*, qui sont tous en rapport avec le cas particulier de l'affranchie et de son patron.

C. Le *status familiae*²⁵⁹

A Rome, pour bénéficier de la pleine capacité juridique, et notamment patrimoniale²⁶⁰, il faut encore être chef de famille (que l'on ait ou pas des descendants)²⁶¹, c'est-à-dire, négativement, n'être dans la dépendance de personne, ce que les Romains appellent être *sui iuris*. Car, tant que l'on est *alieni iuris*, on ne peut pas accéder à Rome à la titularité de certains droits (du *ius gentium* ou *civile*), ou à leur exercice sans une autorisation externe²⁶², par exemple venant, pour le cas d'un fils de famille ou d'un esclave, respectivement de son père ou de son maître²⁶³.

Voici un texte de Gaius résumant la situation :

Gai. 1, 48 : Sequitur de iure personarum alia divisio. Nam quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri subiectae sunt. 49 Rursus earum personarum, quae alieno iuri subiectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt. 50 Videamus nunc de his, quae alieno iuri subiectae sint : nam si cognoverimus, quae istae personae sunt, simul intellegemus, quae sui iuris sint. 51 Ac prius dispiciamus de iis, qui in aliena potestate sunt. 52 In potestate itaque sunt servi dominorum. Quae quidem potestas iuris gentium est ; nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitae necisque potestatem esse ; et quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur. [...] 55 Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus. Quod

²⁵⁹ Voir pour développements : GIRARD, I, p. 147 ss ; ARANGIO-RUIZ, p. 57 ss ; ALBANESE, p. 205 ss ; TALAMANCA, p. 117 ss.

²⁶⁰ Cf. : ARANGIO-RUIZ, p. 57 ; TALAMANCA, p. 117.

²⁶¹ Cf. : GIRARD, I, p. 149 ; ARANGIO-RUIZ, p. 57.

²⁶² Cf. : SCHMIDLIN, I, p. 76. Nous rappelons ici qu'il n'y a pas de comparaison possible avec le régime de la tutelle, car le plus souvent sont mises sous tutelle des personnes *sui iuris* (en effet, dans le cas où il n'y aurait plus de *paterfamilias* ou celui-ci deviendrait fou). Ces personnes seraient donc titulaires des droits et des obligations qu'elles contractent, mais trouveraient leur capacité restreinte au consentement ou autorisation nécessaire du tuteur à la validation de l'acte. Cf. la note 240.

²⁶³ Cf. la section « Les actes contractuels bilatéraux accomplis par l'esclave – le système de la « représentation » », p. 189 ss.

*ius proprium civium Romanorum est. [...] 97 Non solum tamen naturales liberi secundum ea quae diximus, in potestate nostra sunt, verum et hi quos adoptamus. 108 [Nunc de his personis videamus quae in manu nostra sunt] quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est. 111 [...] in familiam viri transiebat filiaeque locum optinebat. 115b [...] nam si omnino qualibet ex causa uxor in manu viri sit, placuit eam filiae iura nancisci. 116 Superest, ut exponamus, quae personae in mancipio sint.*²⁶⁴

Cette situation juridique doit être distinguée du *status libertatis*, qui prévoit d'une certaine manière la liberté ou l'indépendance par rapport à la « communauté » des êtres humains dans son ensemble²⁶⁵. Dans le *status familiae*, il est question d'une indépendance par rapport à la « communauté » familiale. Seul un chef de famille - appelé *paterfamilias*²⁶⁶ - (*sui iuris*) pourra par exemple constituer, ou faire constituer par autrui²⁶⁷, sur sa personne des droits, mais surtout des obligations civils (découlant

²⁶⁴ Traduction : 48 Nous abordons une autre division du droit des personnes. Certains individus sont autonomes, d'autres soumis au droit d'autrui. 49 De plus, parmi les individus soumis au droit d'autrui, les uns sont « en puissance », les autres en main ou encore en mainprise. 50 Occupons-nous d'abord de ceux qui sont soumis au droit d'autrui : quand nous connaîtrons quels sont ces individus, nous comprendrons du même coup quels sont ceux qui sont autonomes. 51 Et considérons d'abord ceux qui sont sous la puissance d'autrui. 52 Les esclaves sont soumis à la puissance de leurs maîtres. Cette espèce de puissance ressortit au droit des gens, car nous pouvons remarquer que d'une façon générale chez tous les peuples le maître a sur les esclaves la puissance de vie et de mort et tout ce qui s'acquiert par le truchement de l'esclave revient au maître. [...] 55 Sont aussi sous notre puissance nos descendants libres issus de justes noces. Ce droit est propre aux citoyens romains. [...] 97 Non seulement toutefois, ainsi que nous l'avons dit, nos descendants libres par le sang sont en notre puissance, mais aussi ceux que nous adoptons. 108 [Occupons-nous maintenant des personnes qui sont en notre main] ; ce droit est lui-aussi propre aux citoyens. 111 [...] elle [la femme] passait dans la famille du mari et venait occuper le rang de fille. 115b [...] car pour quelque cause qu'une épouse soit en main de son mari, il a été décidé qu'elle acquerrait les droits d'une fille. 116 Il nous reste à parler des personnes qui sont en mainprise.

²⁶⁵ Cf. : le D. 1, 5, 4 *Florentinus*, qui indique que la liberté est la faculté de faire ce qu'il plaît, sous réserve des empêchements prévus par le droit.

²⁶⁶ Cf. : le D. 1, 6, 4-5 *Ulpianus* ; le D. 50, 16, 195, 2 *Ulpianus*.

²⁶⁷ P. ex. par un *alieni iuris* esclave ou fils par effet de représentation, nous le verrons, ou, pour le cas d'un *sui iuris*, par l'intermédiaire du contrat de mandat ou la procuration.

du *ius civile* ou du *ius gentium*)²⁶⁸, il sera le seul à avoir un patrimoine, dont va dépendre toute la vie économique et juridique de la famille²⁶⁹.

Dans les premiers temps, le père de famille²⁷⁰ a de plus une autorité quasi-absolue, qu'on appelle (*patria*)*potestas*²⁷¹, sur toutes les personnes - *alieni iuris* - qu'il a « en puissance » ; c'est l'un des effets les plus importants du statut de *sui iuris*. Ces personnes sont, soit ses enfants²⁷², soit sa femme qu'il a épousée *cum manu*²⁷³, soit ses esclaves²⁷⁴, soit encore

²⁶⁸ Cf. : le D. 50, 12, 2, 1 *Ulpianus* ; le D. 44, 7, 43 *Paulus*.

²⁶⁹ Cf. : Gai. 2, 89 ; Gai. 2, 87 *a contrario*, qui précise [...] *ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest* [...], et que donc à l'inverse un *sui iuris* peut être propriétaire ; Gai. 2, 96 *a contrario*. Voir aussi : Gai. 1, 52 ; le D. 50, 16, 182 *Ulpianus a contrario* ; le D. 4, 6, 13, pr. *Paulus* ; le D. 50, 16, 140 *Paulus*. C'est le seul qui peut véritablement avoir ce que les Romains appellent la propriété quiritaire du droit civil (cf. Gai. 2, 40. En ce sens : MONIER, I, p. 361 ss) ; il faut en effet être citoyen romain (cf. : GIRARD, I, p. 284) et *sui iuris* ou avoir le *commercium*. Il existe d'autres types de propriété reconnus par Rome, comme la propriété prétorienne (*in bonis*) accordée à des personnes ne pouvant bénéficier de la propriété quiritaire (cf. Gai. 2, 40 à la fin). Le texte de Gaius, Gai. 2, 40, semble reconnaître une propriété propre aux pérégrins ; en effet, dans la mesure où Rome reconnaît leur droit national, elle reconnaît leur système de propriété sur leurs biens (en ce sens : MONIER, I, p. 366, qui reconnaît la propriété quiritaire aux pérégrins au bénéfice du *commercium*. *Contra* : GIRARD, I, p. 284 s., qui ne semble par contre reconnaître aucune propriété dite quiritaire aux pérégrins).

Voir à ce sujet : GIRARD, I, p. 149 ss, qui rappelle que les acquisitions par les personnes « en puissance » viennent augmenter automatiquement le patrimoine du chef de famille ; MONIER, I, p. 248 ss, qui indique que le « *pater familias* se trouve à la tête d'un patrimoine » ; ARANGIO-RUIZ, p. 57 s., qui parle de pleine capacité patrimoniale lorsqu'on est *sui iuris* ; MAYER-MALY, § 29 II 2, p. 63, qui parle de domination absolue « *Herrschaft* » du père de famille sur le patrimoine familial en sa seule propriété ; SCHMIDLIN, I, p. 100.

Voir en outre la section « La notion de patrimoine romain », p. 248 ss.

²⁷⁰ Et non la mère : cf. Gai. 1, 104.

²⁷¹ Nul n'est besoin de rappeler le droit de vie ou de mort du maître sur les esclaves : voir à ce sujet p. ex. *Plautus, Captivi*, 740 ; *Terentius, Andria*, 860 ss et *Terentius, Eunuchus*, 853 ; Gai. 1, 52, qui indique que [...] *dominis in servos vitae necisque potestatem esse* [...], texte repris par le D. 1, 6, 1, 1 *Gaius* ; le D. 48, 8, 2 *Ulpianus*. Le *paterfamilias* a de plus le pouvoir de l'abandon noxal (cf. : Gai. 4, 75 ss).

En ce sens : GIRARD, I, p. 149 ; MONIER, I, p. 248 ss ; ARANGIO-RUIZ, p. 475 ; MAYER-MALY, § 29 II 1, p. 63.

²⁷² Cf. : Gai. 1, 55/65 ss ; le D. 1, 6, 4-5 *Ulpianus* ; le D. 50, 16, 56, 1 *Ulpianus*. Le statut de la fille équivaut au statut du fils : cf. Gai. 1, 72 ; le D. 50, 16, 84 *Paulus*. Il en va de même pour les adoptés : cf. Gai. 1, 97 ss ; Gai. 2, 136.

²⁷³ Cf. : Gai. 1, 108 ss.

des personnes dites *in mancipio*²⁷⁵. Gaius emploie le même terme de *potestas* pour qualifier le pouvoir exercé tant sur les esclaves que sur les enfants²⁷⁶. Le pouvoir sur les esclaves, appelé aussi parfois *dominium*, a cours dans tout l'Empire, chez tous les peuples et découlerait du *ius gentium* ; il serait reconnu devant les juridictions romaines²⁷⁷. Le pouvoir exercé sur les enfants, appelé aussi *patria potestas*, serait plutôt un droit propre aux citoyens romains²⁷⁸.

²⁷⁴ Cf. : Gai. 1, 52 ss. Pour un texte qui témoigne de l'incapacité juridique de l'esclave en droit public, voir : Gai. 3, 222, qui précise que l'esclave n'est pas lui-même considéré comme la victime d'une injure, c'est le maître qui est atteint à travers lui.

²⁷⁵ Cf. : Gai. 1, 116 ss.

Voir en outre : MAYER-MALY, § 29, p. 63.

²⁷⁶ En effet, il parle indifféremment de *potestas* (qui semble être le terme générique pour désigner « puissance » personnelle) : cf. Gai. 1, 52 et 1, 55. A noter que Gaius (cf. Gai. 1, 54) distingue bien le rapport de puissance personnelle du rapport de propriété sur l'esclave. Dans un texte d'Ulpien au Digeste (cf. le D. 50, 16, 195, 2 *Ulpianus*), on dit du *paterfamilias* qu'il a le *dominium* dans la maison ; on pourrait peut-être comprendre simultanément *dominium* par « puissance » sur les personnes et « propriété » sur les choses composant le patrimoine familial, donc aussi les esclaves (en ce sens, cf. : HEUMANN/SECKEL, p. 158, sous les termes de *potestas* et *dominium*).

Il est de plus intéressant de remarquer qu'on a aussi employé le terme de *dominium*, en parallèle à celui de *potestas*, à l'égard des esclaves (cf. le D. 50, 16, 215 *Paulus*), mais qu'on a toujours conservé celui de (*patria*) *potestas* à l'égard des enfants : cf. le D. 1, 6, 4-5 *Ulpianus* ; le D. 50, 16, 215 *Paulus* (en ce sens aussi : MONIER, I, p. 249).

Lorsque certains textes du Digeste parlent de *dominium* pour les esclaves, cela soulignerait d'une certaine manière le statut inférieur particulier qui leur est réservé en parallèle de la puissance (personnelle) que leurs maîtres exercent sur eux, c'est-à-dire leur statut de chose en propriété (cf. la conclusion de la section « L'esclave et la notion juridique de « chose » », p. 116) ; ce rapport particulier serait donc qualifié et plus grave que la simple *potestas* que le père exerce sur ses enfants. De même, lorsque l'esclave est affranchi, on se sert du terme *dominatio* issu du droit des gens pour qualifier le rapport d'autorité que l'ancien maître a sur son esclave affranchi (cf. le D. 12, 6, 64 *Tryphoninus*).

Voir en outre en ce sens : GIRARD, I, p. 149 ss ; MONIER, I, p. 248 ss ; SCHMIDLIN, I, p. 119.

²⁷⁷ Tous les peuples connaissent, semble-t-il, l'esclavage, et les esclaves ont tous, à peu de choses près, la même condition, quel que soit le maître d'un peuple considéré. Voir en ce sens : Gai. 1, 52, qui précise que la puissance « personnelle » vient du droit des gens et le D. 1, 5, 5, 1 *Marcianus*, qui indique que le rapport de propriété sur l'esclave peut provenir soit du droit civil, soit du droit des gens. Si ces statuts particuliers font partie du droit des gens, c'est qu'ils sont reconnus par tous les peuples civilisés (cf. la section « Le *ius gentium* », p. 65 ss). Voir aussi la note précédente 276.

²⁷⁸ Pour les enfants, le système romain de la *patria potestas* (*paterfamilias-filiusfamilias*) semble être propre à la Cité romaine et donc découlerait, malgré les similitudes avec les autres peuples, du *ius civile* romain uniquement : cf. Gai. 1, 55 et Gai. 1, 189. Voir aussi la note 276.

Quant aux autres prérogatives juridiques issues du statut de *sui iuris*, elles sont, en quelques exemples, les suivantes : seul un *sui iuris* est à même de pouvoir se marier civilement à Rome sans aucune autorisation²⁷⁹, seul le père de famille a la maîtrise de droit sur tous les objets composant son patrimoine et le pouvoir de consentir à toute opération économiquement défavorable²⁸⁰. Ce *status* permet également d'accomplir tous les actes juridiques sans autorisation, consentement antérieur ou postérieur à l'acte, pour autant qu'on ne soit pas sous tutelle²⁸¹. Seul un *sui iuris* est à même d'avoir la capacité d'ester en

Voir : MICOLIER, p. 605 ss, spéc. note 49, qui précise la question en disant que la *patria potestas* est purement une institution de droit civil romain, en cela que « les juridictions romaines ne la feront respecter qu'au profit d'un père romain sur un fils également romain », tout en admettant qu'« il est certain que d'autres nations, connues des Romains, possédaient une *patria potestas* analogue à la leur. Mais la *patria potestas* telle qu'elle existe à Rome n'est reconnue que par quelques nations, non par toutes, et elle ne peut ainsi appartenir au *ius quo omnes gentes utuntur [ius gentium]*. ».

²⁷⁹ Le mariage se conclut à Rome par consentement mutuel : cf. le D. 50, 17, 30 *Ulpianus* ; les *Fragm. Ulp.* 5, 2 ; le D. 49, 15, 12, 3 *Tryphoninus*.

Voir à ce sujet : GIRARD, I, p. 168 s. ; MONIER, I, p. 277 ; TALAMANCA, p. 121, lit. d, 135.

²⁸⁰ En effet, nous pouvons le déduire d'un principe qui a longtemps perduré dans toute l'histoire romaine et notamment à l'époque classique, il s'agit du principe selon lequel tout ce qui est acquis par les *alieni iuris* passe dans l'unique patrimoine familial du *paterfamilias* (ou du maître, si l'on se place du point de vue des esclaves : cf. *Gai.* 1, 52 ; le D. 50, 16, 140 *Paulus*), dont seul celui-ci est propriétaire (cf. *Gai.* 2, 86 ss ; le D. 41, 1, 10, pr. ss *Gaius* ; le D. 50, 16, 182 *Ulpianus a contrario* ; le D. 4, 6, 13, pr. *Paulus a contrario*). Voir en outre la section « La notion de patrimoine romain », p. 248 ss.

Il est de plus le seul habilité à constituer un pécule dont il donnera l'administration à l'*alieni iuris* « en puissance » (cf. le D. 50, 16, 182 *Ulpianus*). Nous verrons que l'institution du pécule constitue à elle-seule une sorte d'autorisation générale : cf. déjà p. ex. les P. Sent. 1, 4, 5 ci-après, plus leur *interpretatio* ou un autre exemple au D. 2, 14, 28, 2 *Gaius*, qui présente le cas d'un pacte conclu par le *filiusfamilias* - ou *servus* - et à la hauteur duquel il sera tenu s'il n'a pas donné d'autorisation (pour le surplus, nous renvoyons le lecteur à la section « La *concessio* et l'*administratio* - la définition subjective du pécule », p. 278 ss). Voir de plus p. ex. : les P. Sent. 1, 4, 5, complétées par l' I. P. Sent. 1, 4, 5, pour le cas d'une gestion d'affaire d'autrui ; si l'autorisation a été donnée, le père - ou le maître - sera responsable de l'intégralité du dommage (cf. les P. Sent. 1, 4, 6).

Pour les développements doctrinaux : cf. la note 269 à la fin.

Voir de plus les sections « La notion de patrimoine romain », p. 248 ss, « Le cas des acquisitions gratuites - sans contreprestation - par les personnes « en puissance » », p. 132 ss et « L'institution du pécule », p. 239 ss.

²⁸¹ Voir p. ex. *Gai.* 3, 104, qui traite des obligations verbales, mais dont la deuxième partie du texte semble être une règle générale pour toutes les obligations : de manière générale, les *alieni*

justice²⁸² ou la capacité testamentaire²⁸³, et il est le seul à pouvoir répondre d'un acte illicite commis par un *alieni iuris* ou, au choix, à pouvoir l'abandonner noxalement²⁸⁴.

iuris ne peuvent pas s'obliger personnellement, mais peuvent par contre, seuls et sans autorisation particulière, obliger le maître à concurrence du pécule : cf. la note 280 ci-dessus. Voir en outre : le D. 50, 17, 22 *Ulpianus*. Pour le cas de la personne sous tutelle, voir : Gai. 3, 107 ss.

²⁸² A propos de la capacité passive : seul peut être attaqué par l'action en justice le père ou le maître et non le fils ou l'esclave (cf. : Gai. 4, 69 ss ; le D. 9, 4, 1 *Gaius*, qui traite de la responsabilité délictuelle). Cette règle générale est résumée dans le cas de l'esclave sous puissance par le D. 50, 17, 107 *Gaius*, qui indique que *cum servo nulla actio est*. Voir encore en ce sens : le D. 2, 7, 3, pr. *Ulpianus* ; le D. 15, 1, 3, 8 *Ulpianus* à la fin. Voir de plus les développements au sujet des actions adjectives à la section « Les institutions relatives aux actions *adjectivae qualitatis* », p. 195 ss.

En ce qui concerne la capacité active : p. ex., dans le cas d'un dommage causé par le fils au père ou l'esclave au maître, il n'existe pas d'action (cf. Gai. 4, 78). Il en va de même du dommage causé par le père au fils (cf. le D. 44, 7, 7 *Pomponius*). Voir de plus la section « Les règles restrictives révélant l'incapacité juridique de l'esclave », p. 127 ss.

²⁸³ Cf. : Gai. 2, 145, qui précise que celui qui n'est pas frappé de *capitis deminutio - id est* celui qui est *sui iuris* - peut faire un testament valable ; Gai. 2, 147. Pour le cas des *sui iuris* sous tutelle, cf. : Gai. 2, 112-113/118-122. Pour être bénéficiaire de la *testamenti factio* passive, il faut être, en principe, descendant libre sous puissance du futur défunt : cf. Gai. 2, 156-157/159, qui indiquent que c'est le cas des héritiers internes, contrairement aux héritiers externes qui n'ont pas été « en puissance » du défunt comme à Gai. 2, 161 et qui doivent alors être spécialement institués. Le cas de la succession *ab intestat* est réglée à Gai. 3, 1 ss.

²⁸⁴ Voir : Gai. 4, 75 ss, spéc. Gai. 4, 77.

A ce sujet, voir de plus : TALAMANCA, p. 85 et lit. d, p. 121.

Section 2 Synthèse du système²⁸⁵

A la suite de l'analyse des textes, on remarque qu'il n'y a pas de théorie générale de la personnalité à Rome²⁸⁶. L'être humain peut être sujet de droit²⁸⁷ et acquiert des droits (et des obligations), mais pas de manière générale. Nous observons qu'il existe une sorte de multi-structure de la personnalité qui pose plusieurs problèmes. Comme nous avons déjà eu l'occasion de l'évoquer, Rome connaît deux couches de normes superposées : nous avons le *ius naturale*, droit de la nature des choses, et le *ius civile* établi pour les citoyens romains, dont dérive en partie le *ius gentium*, droit commun aux nations civilisées. Ces deux couches de normes constituent l'ensemble du (des) droit(s) reconnu(s) à Rome²⁸⁸. On accède au « droit naturel » par la seule qualité naturelle d'être humain, mais l'accès à la couche de normes du droit « positif » et aux prérogatives qui en découlent dépend et varie encore en fonction de la condition que l'on suit. Celle-ci est définie, nous l'avons vu, par les *status* sur le *caput*.

²⁸⁵ Pour les références, nous renvoyons le lecteur aux développements de la section « L'esclave et la notion juridique de « personne » », p. 89 ss, ainsi qu'aux notes de bas de page.

²⁸⁶ Le problème des différents *status* transparaît essentiellement lors de la *capitis deminutio* qui signifie littéralement « être diminué d'une tête ». A Gai. 1, 158, Gaius nous apprend que la diminution est un facteur civil (*civilis ratio* – ordre civil) ; nous pouvons en déduire que le système des *status* est une institution du droit civil strict, dont va dépendre à Rome la capacité dans les différents droits disponibles (*civile* et *gentium*), sauf le *ius naturale*, toujours accessible et applicable à l'être humain. Cela découle sans doute du fait que le droit naturel est une sorte d'ensemble de réalités de fait, immanentes à l'être humain et par conséquent inviolables. Les exemples les plus frappants sont ceux qui concernent l'esclave, qui, bien que l'on considère qu'il n'a pas de personnalité juridique, est pourtant bien sujet de ce-dit « droit naturel » (cf. p. ex. : le D. 1, 1, 4 *Ulpianus* ; le D. 50, 17, 32 *Ulpianus*). Il en résulte qu'il est peut-être précipité d'affirmer que l'esclave n'a pas du tout de personnalité, puisqu'on la lui reconnaît, à Rome, au moins au niveau du « droit » naturel, bien qu'il ne s'agisse pas d'une véritable personnalité de droit (voir à ce sujet les développements de la section « Le *ius naturale* », p. 55 ss).

²⁸⁷ Cf. : MAYER-MALY, § 25, p. 49 ss.

²⁸⁸ Cf. nos remarques à ce sujet dans la section « Introduction générale », p. 1 ss, dans la section « Les sources du droit », p. 52 ss, et dans la section « L'esclave et la notion juridique de « personne » », p. 89 ss.

L'ordre romain ne connaît pas une capacité juridique universelle. On peut donc devenir titulaire à Rome non pas d'une, mais, pourrait-on dire, de plusieurs personnalités de droit superposées²⁸⁹.

Ainsi, le fait d'être libre, ou ne pas être en esclavage, permet d'accéder, dans la Cité romaine, à cette partie du droit civil qu'on appelle droit des gens, que l'on soit ou non citoyen romain ; il suffit, et cela est souvent le cas, d'être citoyen d'une Cité civilisée, qu'elle soit étrangère, latine ou romaine. Lorsqu'on est citoyen romain, on bénéficie en revanche sans restrictions de l'accès, non seulement au tronc commun du droit des gens, mais aussi au droit civil et aux institutions spécifiques de la Cité romaine. Cependant, pour bénéficier de toutes les prérogatives importantes de ce droit et pouvoir les exercer, il faut encore être *sui iuris* (le « dernier » *status*) ; en effet, le droit de propriété ou encore la puissance personnelle ne sont par exemple pas accessibles à l'*alieni iuris*. A noter que la condition de *sui iuris* ne peut exister que si la personne possède déjà la liberté et la citoyenneté ; il en va de même pour la citoyenneté ; on ne peut y accéder que si l'on remplit la condition principale et nécessaire de la liberté.

Un essai de définition de la notion de « personne » au sens juridique pourrait finalement être le suivant : est pleinement capable en droit²⁹⁰, en tant que sujet de droits et obligations (du *ius naturale, gentium et civile*), la personne qui réunit sur sa tête les trois *status* (liberté, citoyenneté et autonomie)²⁹¹ et bénéficierait en conséquence de toutes les facultés qui y sont rattachées²⁹².

²⁸⁹ En ce sens : GIRARD, I, p. 101 s. ; MONIER, I, p. 207 ; KASER, I, § 64 I 1 ; SCHMIDLIN, La personne individuelle, p. 4.

²⁹⁰ Nous excluons de parler de la tutelle qui, nous le rappelons, n'est pas un empêchement de droit, mais de fait à la capacité de droit qui, elle, reste pleinement à son titulaire, seulement limité dans son action par l'autorisation que le tuteur doit donner pour valider l'acte. Cf. la note 240.

²⁹¹ Cf. : SCHMIDLIN, I, p. 97 s. ; TALAMANCA, p. 77.

²⁹² Dont notamment, le *commercium*, le *conubium* ou la *legis actio*. C'est par la voie de traités entre Rome et les différentes Cités qu'un étranger pouvait parfois accéder aux prérogatives réservées aux citoyens romains : cf. les notes 242 et 243.

Section 3 La condition de l'esclave par rapport à la notion juridique de « personne »

De cette analyse du droit des personnes et de leur capacité juridique, il ressort que l'esclave ne possède formellement aucun des trois *status* ouvrant à l'être humain les portes de la personnalité en droit civil au sens large²⁹³. L'esclave n'est donc pas une personne au sens juridique du terme et n'a par conséquent aucune capacité de droit civil propre²⁹⁴. A tout le moins pourrait-on songer à le considérer comme une personne juridique éventuelle ou potentielle²⁹⁵.

Il est cependant pleinement capable en « droit » naturel²⁹⁶.

Si l'esclave ne peut pas être considéré comme une personne au sens du droit civil, quelle est alors la place que lui réserve le droit « positif » romain ?

²⁹³ En ce sens, voir : le D. 28, 1, 20, 7 *Ulpianus* ; le D. 4, 5, 4 *Modestinus a contrario*, qui indique que l'esclave n'a de *status* qu'au moment de son affranchissement.

²⁹⁴ En ce sens, cf. : le D. 50, 17, 107 *Gaius* ; le D. 28, 1, 20, 7 *Ulpianus* ; le D. 50, 16, 182 *Ulpianus* ; le D. 50, 17, 22, pr. *Ulpianus* ; le D. 50, 17, 32 *Ulpianus* ; le D. 50, 17, 209 *Ulpianus* ; le D. 4, 5, 3, 1 *Paulus* ; le D. 45, 3, 26 *Paulus*.

A titre d'exemples encore, cf. : le D. 2, 7, 3, pr. *Ulpianus*, qui indique que l'esclave n'est pas une personne qu'on peut assigner en justice ; le D. 45, 3, 26 *Paulus*, qui précise qu'un usufruit n'est possible qu'en faveur d'une personne, or la stipulation d'usufruit faite par un esclave est nulle, car on ne le considère pas comme personne au sens juridique du terme.

En ce sens : MAYER-MALY, § 32 I 2, p. 68, qui indique que l'esclave est « rechtsunfähig ». D'un avis plus nuancé, voir : PICHONNAZ, p. 109, qui pense que, juridiquement, l'esclave est considéré à la fois comme une chose et comme une personne.

Voir pour le surplus les notes 10 et 11, ainsi que les développements dans la section « L'esclave et la notion juridique de « chose » », p. 111 ss.

²⁹⁵ En effet, au D. 4, 5, 3, 1 *Paulus*, Paul admet que l'esclave a un *caput*, mais ce *caput* serait vide de droits. Cette conception permettrait d'envisager l'esclave comme une personne capable de droit « en puissance » (cf. : le D. 4, 5, 4 *Modestinus*, qui précise que l'esclave commence à avoir un statut juridique au moment de son affranchissement), mais à l'époque de Justinien, il semble que cette construction gênante ait été supprimée. En effet, aux Inst. 1, 16, 4, l'esclave n'aurait même pas de *caput*.

Voir la section « La condition de l'esclave par rapport à la notion juridique de « personne » », p. 109 ss.

²⁹⁶ Cf. les remarques à la note 199 et la section « Le *ius naturale* », p. 55 ss.

Chapitre II L'esclave et la notion juridique de « chose »

Il convient d'abord de souligner les caractéristiques générales relatives à la notion juridique de chose, avant de les comparer avec celles de l'esclave.

Paragraphe 1 La définition juridique de « chose »

Les Romains, pragmatiques, n'ont pas élaboré une définition spécifique pour délimiter la notion de « chose » dans son sens juridique, mais ils ont tenté d'élaborer divers critères permettant des classifications juridiques. Nous avons recherché dans les textes les principaux critères permettant de qualifier la notion de chose (*res*) pour élaborer une définition juridique générale²⁹⁷ : la *res* consisterait ainsi en « une entité corporelle²⁹⁸, meuble²⁹⁹ ou immeuble³⁰⁰, délimitée et particulière³⁰¹,

²⁹⁷ Entre autres critères déterminants, nous citerons : la distinction des *res humani iuris* ou *divini iuris* (cf. : Gai. 2, 2-4 et 8-11 - voir à ce sujet : BONFANTE, II/1, p. 17 ss ; SCHMIDLIN, I, p. 124), celle des *res corporales* ou *incorporales* (cf. les développements en note 298), celle des *res Mancipi* ou *nec Mancipi* (cf. : Gai. 1, 120-121 ; Gai. 2, 14a ss ; Fragm. Ulp. 19, 1 - voir à ce sujet : BONFANTE, II/1, p. 201 ss ; GIRARD, I, p. 271 s. ; SCHMIDLIN, I, p. 129 s.), celle des choses simples ou composées (cf. : le D. 5, 1, 76 *Alfenus* - voir à ce sujet : GIRARD, I, p. 269 ss ; SCHMIDLIN, I, p. 127 s.), celle des choses divisibles ou indivisibles (cf. le D. 6, 1, 35, 3 *Paulus*), et enfin celle des choses fongibles ou non-fongibles (cf. : Gai. 2, 196 ; le D. 12, 1, 2, 1 *Paulus*).

Voir de manière générale, concernant la définition juridique de la notion de chose : BONFANTE, II/1, p. 5 ss, qui conçoit la chose comme un objet de droit réel délimité et de valeur économique ; GIRARD, I, p. 260, qui précise que « Les choses sont tout ce qui existe dans la nature. Mais le droit ne les étudie pas en elles-mêmes, pas plus que les personnes. [...] Il étudie les choses comme objets de droit. » ; ARANGIO-RUIZ, p. 162, qui qualifie la chose comme un objet susceptible de jouissance, individualisé, utile, accessible et désirable ; KASER, I, § 92 I 1, p. 376 ss, qui indique que le terme « chose » dans son sens juridique doit s'entendre d'une entité particulière, délimitée et corporelle pouvant faire l'objet d'un droit privé ; SCHMIDLIN, I, p. 121 s., qui souligne la maîtrise de fait (la possession) et la maîtrise de droit (la propriété) permettant à la personne d'utiliser la chose.

²⁹⁸ Cf. : Gai. 2, 12-13 et le D. 1, 8, 1, 1 *Gaius*, qui indiquent que sont des choses corporelles, celles que l'on peut toucher.

accessible³⁰², utile³⁰³ et en principe aliénable³⁰⁴, susceptible de devenir objet d'une maîtrise humaine de fait (une simple possession)³⁰⁵ ou de droit (par exemple la propriété)³⁰⁶ ».

A noter que les choses dites incorporelles (*incorporales*) ne peuvent pas à proprement parler être qualifiées d'objets de droit, bien qu'on les retrouve sous la désignation de *res* : cf. Gai. 2, 14 et le D. 50, 16, 23 *Ulpianus*, qui comptent p. ex. au nombre des choses incorporelles, les droits de créance ou obligations issus notamment des contrats. Le D. 50, 16, 23 *Ulpianus*, parle de *rei appellatio*, ce qui peut indiquer que, dans ce cas, il faut plutôt entendre *res* dans un sens non technique servant alors à désigner aussi des droits. De plus, le D. 41, 1, 43, 1 *Gaius*, indique que les *res incorporales* ne peuvent pas être aliénées par *traditio*, ni être soumises à usucaption, ce qui est possible pour les « autres choses de droit humain » (cf. Gai. 2, 2 et Gai. 2, 11, qui parlent des *res humani iuris*, comme de choses pouvant faire partie du patrimoine d'un particulier et sur lesquelles il peut y avoir un droit de propriété). En ce sens, voir : BONFANTE, II/1, p. 6 ss, ne conçoit juridiquement les choses que comme des objets de droits réels. C'est la raison pour laquelle il exclut les choses intellectuelles non palpables de sa définition qui, selon lui, doivent en être distinguées. En effet, celles-ci peuvent bien emprunter par analogie certains aspects du droit réel sur les choses corporelles, mais comme elles ne remplissent pas toutes les conditions d'« objet » des droits réels, elles sont mises à part. *D'un autre avis* : VILLEY, R. H. D. 24 (1946), p. 213 ss, ou encore SCHMIDLIN, I, p. 125 s., qui pensent que les choses incorporelles pourraient être l'objet d'une maîtrise de fait ou de droit.

²⁹⁹ Cf. : D. 50, 16, 93 *Celsus*, qui distingue encore les *res mobilia* des *res se moventes* comme le sont les animaux.

³⁰⁰ Cf. : le D. 2, 8, 15, pr. *Macer* ; le D. 3, 3, 63 *Modestinus* ; le D. 41, 3, 23, pr. *Iavolenus*.

³⁰¹ Cf. : le D. 50, 16, 208 *Africanus*, qui distingue la notion de patrimoine des choses particulières - *singulas res*.

³⁰² Cf. : Gai. 2, 13 et le D. 1, 8, 1, 1 *Gaius*, qui parlent de choses palpables - *quae tangi possunt*.

³⁰³ Cf. : le D. 50, 16, 83 *Iavolenus*, qui emploie l'adjectif *commodus* (agréable, favorable) pour qualifier les choses ; le D. 50, 16, 49 *Ulpianus*, qui indique que les choses sont vouées, dans leur définition naturelle, à rendre les gens heureux, ce qui signifie qu'elles leur sont d'une certaine utilité (*beare est prodesse*).

³⁰⁴ Cf. : le D. 41, 1, 43, 1 *Gaius a contrario*, qui indique que les choses corporelles peuvent être transférées par *traditio* ; le D. 41, 1, 43, 2 *Gaius*, qui traite d'un problème relatif à l'achat d'un esclave ; le D. 1, 8, 2, pr. *Marcellus* à la fin, qui indique que les choses peuvent être acquises de différentes manières - *quae variis ex causis cuique adquiruntur*.

³⁰⁵ Cf. : le D. 50, 16, 49 *Ulpianus*, qui parle de possession de bonne foi ; le D. 41, 1, 43, 1 *Gaius a contrario*, qui semble permettre l'usucaption (et donc la possession) des choses corporelles.

³⁰⁶ Cf. : le D. 50, 16, 49 *Ulpianus*, qui indique que les biens sont en notre propriété - *dominii nostri sunt* ; Gai. 2, 1, Gai. 2, 9/10-11 et le D. 50, 16, 5, pr. *Paulus*, qui parlent de « choses dans un patrimoine » - *res in patrimonio* ou *in bonis* - et susceptibles d'appropriation humaine - *quae singulorum hominum sunt*.

Paragraphe 2 La condition de l'esclave par rapport aux choses

Section 1 L'esclave comme entité délimitée et particulière

*Gai. 2, 13 : Corporales hae, quae tangi possunt, velut fundus, homo, vestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles.*³⁰⁷

Ce texte fait de l'esclave une entité délimitée, puisqu'on peut le toucher.

Quant à l'aspect particulier et individuel de l'esclave, on peut relever que celui-ci reçoit en principe un nom (par exemple Stichus ou Pamphile)³⁰⁸, en tout cas dans les premiers temps de l'ère romaine, quand le nombre d'esclaves par propriétaire n'était pas encore trop élevé. Cette particularité qui leur est exclusivement réservée en fait donc des objets vraiment spéciaux, car le nom propre est un attribut caractéristique des personnes, non des choses³⁰⁹.

³⁰⁷ Traduction : « Les choses corporelles sont celles qu'on peut toucher, comme p. ex. un fonds, un homme (un esclave), un vêtement, de l'or, de l'argent et ainsi de suite ».

Dans le même sens, voir : le D. 1, 8, 1, 1 *Gaius*.

A noter que, dans ces textes, *homo* ne doit pas être entendu dans le sens de personne juridique, mais bien plutôt dans le sens d'esclave. Voir à ce sujet et en ce sens : BERGER, p. 488 ; HEUMANN/SECKEL, p. 237.

³⁰⁸ Pour ne donner qu'un exemple : D. 2, 14, 7, 2 *Ulpianus*.

³⁰⁹ En ce sens : MONIER, I, p. 231.

Section 2 L'esclave comme entité accessible, utile et aliénable³¹⁰

Il n'est nul besoin d'une étude complète pour comprendre que l'esclave est un élément de l'économie romaine tout à fait utile³¹¹.

En effet, nous le trouvons classé dans les biens précieux que sont les *res Mancipi*, ainsi qu'en témoigne le fragment d'Ulpien suivant :

*Fragm. Ulp. 19, 1 : [...] Mancipi res sunt praedia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus ; item iura praediorum rusticorum, velut via, iter, actus, aquaeductus ; item servi et quadrupedes, quae dorso colloque domantur, velut boves, muli, equi, asini [...].*³¹²

De plus, l'esclave est un bien que l'on retrouve souvent dans toutes sortes de rapports de droit des obligations ou dans des successions. Par exemple, un esclave peut se vendre³¹³, se donner³¹⁴ et se transmettre valablement dans une succession³¹⁵ ou à titre de legs³¹⁶, de la même

³¹⁰ Voir à ce sujet : WALLON, p. 393 ss.

³¹¹ Nous verrons quel est son poids économique p. ex. dans le domaine contractuel à Rome : cf. la partie « L'autonomie de l'esclave et sa capacité d'interagir avec des tiers », p. 119 ss.

³¹² Traduction : [...] Sont des choses Mancipables, les fonds de terre italique aussi bien rustiques, comme un terrain, qu'urbains, comme une maison ; il en va de même des servitudes rustiques, comme un sentier, une route, un aqueduc ou encore des esclaves ou des animaux à quatre pattes apprivoisés ou de trait, comme des vaches, des mulets, des chevaux, des ânes [...].

Voir, dans le même sens : Gai. 1, 120-121.

³¹³ Voir p. ex. à ce sujet les livres 18 et 19 du Digeste (p. ex. : le D. 15, 1, 27, 4 *Gaius* ; le D. 18, 1, 7, pr. *Ulpianus*). Précisons encore qu'*a contrario*, un homme libre ne peut pas faire l'objet d'une vente (cf. p. ex. le D. 18, 1, 6, pr. *Pomponius* ; le D. 18, 1, 34, 1-2 *Paulus*), ce qui souligne bien la différence de condition entre un esclave, qui, entrant dans le *commercium*, peut devenir objet d'un contrat et un homme libre qui en demeure totalement exclu.

³¹⁴ Voir p. ex. à ce sujet le livre XXXIX, titres V-VI du Digeste (p. ex. : le D. 39, 5, 18, 1 *Ulpianus*).

³¹⁵ Voir p. ex. : le D. 5, 3, 20, pr. *Ulpianus*.

³¹⁶ Voir p. ex. à ce sujet les livres XXX ss du Digeste (p. ex. : le D. 30, 1, 5, pr. *Paulus* ; le D. 34, 4, 11-12 *Julianus* et *Ulpianus*).

manière que tous les autres biens de valeur économique, susceptibles d'entrer dans le commerce ou dans un patrimoine (cf. ci-dessous).

Section 3 L'esclave comme objet de maîtrise

A. La maîtrise de fait (possession)

L'esclave peut être possédé³¹⁷, usucapé³¹⁸ et on protège son possesseur par des interdits³¹⁹.

B. La maîtrise droit (propriété, usufruit)

L'esclave est en propriété du maître sous la puissance duquel il se trouve³²⁰. Il peut aussi être constitué en usufruit³²¹ ou faire l'objet d'un gage³²². De plus, on pourra le revendiquer contre quiconque le détiendrait sans droit³²³. Inversement, l'homme libre n'appartient à personne³²⁴.

³¹⁷ Voir p. ex. : le D. 41, 10, 3 *Pomponius* ; le D. 41, 2, 42, pr. *Ulpianus*.

³¹⁸ Voir p. ex. : le D. 41, 1, 10, 5 *Gaius*.

³¹⁹ Cf. le D. 43, 1, 1, pr. *Ulpianus a contrario*.

³²⁰ Voir p. ex. : le D. 41, 1, 45 *Gaius* ; le D. 1, 5, 5, 1 *Marcianus* ; le D. 21, 1, 43, 10 *Paulus*.

³²¹ Voir p. ex. : le D. 41, 1, 10, 3 *Gaius* ; le D. 41, 1, 47 *Paulus* ; le D. 21, 1, 43, 10 *Paulus*.

³²² Voir p. ex. à ce sujet le livre XX du Digeste (p. ex. : le D. 20, 1, 1, 1 *Papinianus* ; le D. 41, 3, 16 *Javolenus*).

³²³ Voir p. ex. : *Gai.* 2, 24.

³²⁴ Cf. : le D. 43, 1, 1, pr. *Ulpianus*, qui indique que les personnes libres sont des « choses » qui n'appartiennent à personne. Ce sont des *res nullius* (littéralement les choses de personne), contrairement aux *res alicuius* (littéralement les choses de quelqu'un), qui sont susceptibles d'appropriation.

Paragraphe 3 Synthèse et conclusion

Excepté le cas particulier du produit (fruit) des esclaves³²⁵, si nous comparons les particularités du *servus* tirées des textes romains avec celles des choses dans le sens juridique du terme, nous pouvons à ce stade constater que l'esclave est bel et bien une *res*, un objet de droit³²⁶. Il possède toutes les caractéristiques de la définition que nous avons retenue³²⁷.

Il n'est pas une chose de droit divin, car on le trouve présent dans les biens des personnes ou au service d'une collectivité, c'est donc une chose de droit humain (*res humani iuris*)³²⁸.

L'esclave est délimité par son corps matériel ; il est donc palpable et fait partie des choses corporelles (*res corporales*)³²⁹.

Il entre dans la vie des affaires, se retrouve comme objet de contrats ; c'est donc un objet commercial (*res in commercio*)³³⁰.

³²⁵ En effet, il semble que les Romains aient choisi de ne pas considérer les enfants nés d'une femme esclave comme des fruits, contrairement à la règle ordinaire qui vaut pour les animaux (cf. : le D. 22, 1, 28, 1 *Gaius* ; le D. 5, 3, 27, pr. *Ulpianus*). Gaius relate cette situation au D. 22, 1, 28, 1 *Gaius* et indique qu'il serait absurde qu'un homme soit considéré comme un fruit, du moment que tous les fruits ont été créés par la nature des choses en faveur des hommes. S'agirait-il d'une forme de reconnaissance de la personne de l'esclave ?

En fait, c'est probablement pour contourner la règle ordinaire qui voudrait que les fruits appartiennent en premier lieu au possesseur de bonne foi ou à l'usufruitier et non pas au propriétaire (cf. : le D. 22, 1, 28, pr. *Gaius* ; le D. 41, 1, 48, 2 *Paulus*). Probablement que la valeur économique potentielle d'une telle naissance a dû justifier que ce soit le propriétaire de la femme esclave qui devienne propriétaire de la progéniture et non le possesseur ou l'usufruitier (cf. le D. 7, 1, 68, pr. *Ulpianus*).

Voir à ce sujet : *Cicero, De finibus*, 1, 4, 12 ; ARANGIO-RUIZ, p. 166 s. et BONFANTE, II/1, p. 192 s., qui, tout en soulignant qu'une telle règle est dangereuse pour l'institution de l'esclavage, pensent qu'elle aurait en fait été élaborée pour trancher le conflit possible entre propriétaire et usufruitier. Voir en outre : MONIER, I, p. 353 ; MAYER-MALY, § 38 IV, p. 85.

³²⁶ Cf. : Gai. 1, 54 ; Gai. 2, 24 ; le D. 1, 5, 4, 1 *Florentinus* ; le D. 1, 5, 5, 1 *Marcianus*.

En ce sens, voir notamment : CUQ, p. 79.

³²⁷ Cf. la section « La définition juridique de « chose » », p. 111 ss.

³²⁸ Cf. : la note 297 et la section « L'esclave comme objet de maîtrise », p. 115 ss.

³²⁹ Cf. : la note 297 et la section « L'esclave comme entité délimitée et particulière », p. 113 ss.

L'esclave est susceptible de propriété et fait partie des biens qui composent le patrimoine de son maître, il est donc également une chose patrimoniale (*res in patrimonio*)³³¹.

On peut encore préciser qu'il est une chose mobilière (*res mobilia*), simple et indivisible³³².

Donc, un esclave n'est pas une personne au sens juridique du terme, mais une chose³³³. « Les esclaves sont tous de la même condition » s'exclame Marcien³³⁴, et cette condition, c'est l'état de servitude, le défaut de liberté faisant d'eux des objets de droit³³⁵.

Aussi faudrait-il se demander si son pur statut de chose juridique ne pourrait pas être remis en question : peut-on le reconnaître de façon sous-jacente comme une personne au sens juridique, contrairement à ce que le droit romain semble nous présenter ?

L'esclave est le seul objet à avoir un *caput*³³⁶, et il est susceptible de jouir au moins en partie du droit dit « édicté » au moment de son éventuel affranchissement³³⁷. Il est donc plus qu'une simple chose.

Peut-on un seul instant imaginer qu'il s'agirait d'un être hybride réunissant simultanément sur sa tête les caractéristiques propres aux choses et aux personnes³³⁸, ou peut-on le considérer comme une entité juridique pleinement démarquée et nouvelle de l'époque romaine, dont on ne trouverait aucun équivalent dans nos systèmes juridiques modernes ?

³³⁰ Cf. la section « L'esclave comme entité accessible, utile et aliénable », p. 114 ss.

³³¹ Cf. la section « L'esclave comme objet de maîtrise », p. 115 ss.

³³² Cf. : la note 297.

³³³ En ce sens : MAYER-MALY, § 32 I 2, p. 68, qui le considère comme une chose en propriété de son maître.

³³⁴ Cf. : le D. 1, 5, 5, pr. *Marcianus*.

³³⁵ Cf. : Gai. 1, 54 ; Gai. 2, 24 ; le D. 1, 5, 4, 1 *Florentinus* ; le D. 1, 5, 5, 1 *Marcianus*. Voir aussi la section « L'esclave et la notion juridique de « chose » », p. 111 ss.

³³⁶ Cf. la section « L'esclave et la notion juridique de « personne » », p. 89 ss.

³³⁷ Cf. : le D. 4, 5, 4 *Modestinus*, qui indique qu'au moment de l'affranchissement, l'esclave commence à avoir un statut juridique au moins partiel de personne - *hodie enim incipit statum habere*.

³³⁸ De cet avis, voir : PICHONNAZ, p. 109.

L'esclave est, dans les faits, considéré comme une personne au même titre que tous les hommes, il a les mêmes caractéristiques de fait que tout être humain³³⁹, mais le droit « positif »³⁴⁰ romain lui impose un statut artificiel de chose³⁴¹. En d'autres termes, l'esclave est à la fois une personne dans son sens naturel et une chose dans son sens juridique civil.

Les Romains, qui reconnaissent aussi bien le droit naturel que le droit « positif », vont ainsi devoir se confronter aux difficultés issues de cette ambivalence de caractère de l'esclave, conçu en quelque sorte comme une « personne-objet ». Cette conception contraindra parfois les juristes de l'époque classique à prévoir nombre de stratagèmes qui permettront à l'esclave, cet objet de droit, d'interagir avec des sujets de droits et d'obligations.

Ceci nous amène à examiner désormais les différents moyens qui accordent une certaine autonomie juridique à l'esclave.

³³⁹ Il a la même forme physique que les personnes libres, la même capacité de raisonner et d'exprimer une volonté propre.

³⁴⁰ Cf. : les D. 1, 5, 4, 1-2 *Florentinus* et le D. 1, 5, 5, 1 *Marcianus*, qui indiquent que l'esclavage peut provenir soit du droit des gens, comme dans le cas d'ennemis faits prisonniers, soit du droit civil, comme dans le cas où une personne serait vendue contre un prix (c'est le cas p. ex. d'un débiteur insolvable).

³⁴¹ En effet, au D. 21, 1, 17, 10 *Ulpianus*, l'esclave en fuite nous apparaît comme un homme libre affranchi de la puissance de son maître. Dans cet exemple, l'état de fait, que l'on peut rattacher au droit naturel, s'érige en force contre l'état de droit inéquitable.

PARTIE III L'AUTONOMIE DE L'ESCLAVE ET SA CAPACITÉ D'INTERAGIR AVEC DES TIERS

Il ne fait aucun doute que les Romains ont toujours naturellement reconnu et distingué la personne de l'esclave de celle de son maître³⁴².

Cette partie sera vouée à l'étude de la capacité de l'esclave à pouvoir agir, nouer des relations aussi bien avec ses semblables qu'avec des hommes libres. Nous verrons dans quelle mesure un esclave peut intervenir et interagir dans la société de droit romain et établir des relations commerciales.

Le statut ambivalent de l'esclave dans sa définition-même³⁴³ exposée plus haut³⁴⁴ se trouve également marqué dans l'étude de la

³⁴² Du point de vue naturel, nous pensons déceler une distinction des personnes dans les exemples suivants : le D. 30, 108, 1 *Africanus*, le D. 46, 3, 95, 7 *Papinianus*, le D. 46, 3, 9 *Ulpianus* et le D. 35, 1, 44, 1/3 *Paulus*, où les juristes distinguent le paiement effectué en mains de l'esclave de celui effectué en mains du maître ; le D. 29, 2, 36 *Pomponius* et le D. 29, 2, 26 *Paulus* (*Pomponius, Marcellus, Iulianus*), qui présentent le cas où l'esclave est cohéritier de son maître ; le D. 29, 2, 79 *Ulpianus*, où la personne qui acquiert (l'esclave) - *persona [...] per quem acquiritur* - est bien distinguée de la personne pour qui on acquiert (le maître) - *ei cui acquiritur* ; le D. 45, 3, 2 *Ulpianus*, où l'on apprend que l'esclave ne peut pas stipuler pour lui-même, mais pour son maître ; le D. 35, 1, 44, pr. *Paulus*, qui nous indique que ce qui est de fait ne passe pas par le ministère de l'esclave au maître (voir le développement au sujet de ce texte à la note 976) ; le D. 45, 1, 130 *Paulus* et les *Iust. Inst.* 3, 17, 2, où une servitude peut seulement être exercée par la personne qui en bénéficie, et dans ces deux cas l'esclave ; les *Fragm. Vat.* 82, où l'on parle de constitution d'usufruit « *ex persona servi* ».

On étudiera par la suite la distinction des personnes par rapport à l'expression de leur volonté. Voici quelques textes qui seront repris plus loin : *Gai.* 2, 190, le D. 18, 1, 12 *Pomponius* et le D. 29, 2, 30, 7 *Ulpianus*, pour la distinction de la conscience de l'esclave de celle de son maître ; le D. 45, 1, 141, pr. *Gaius* et le D. 45, 1, 76, pr. *Paulus*, où le choix - élément éminemment personnel - lors d'un acte juridique appartient à l'esclave. A noter que du point de vue du droit naturel, *quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt* (cf. le D. 50, 17, 32 *Ulpianus*).

Voir aussi les sections « Introduction », p. 41 ss et « Le *ius naturale* », p. 55 ss.

³⁴³ Cf. la partie « Le statut de l'esclave », p. 87 ss.

³⁴⁴ Cf. la section « Synthèse et conclusion », p. 116 ss.

capacité d'agir de celui-ci. En effet, comment un objet de droit³⁴⁵ peut-il entrer en contact avec un sujet de droit³⁴⁶, utiliser des institutions civiles et produire, par sa volonté et son propre mouvement, des effets juridiques ? Telles sont les questions que nous aborderons dans les pages suivantes.

Ensuite de la présentation des conceptions romaines de l'acte juridique et de l'impossibilité de la représentation, nous verrons quelles seront les restrictions de droit civil générales imposées à l'autonomie de l'esclave. Puis nous aborderons les moyens, ou les correctifs, que le droit dit « positif » met à disposition pour permettre à l'esclave une certaine capacité d'agir impliquant des effets juridiques civils *lato sensu*.

Les solutions trouvées par le préteur et les jurisconsultes sont parfois révolutionnaires. Ainsi, nous verrons comment ils sont parvenus à imaginer un système apparenté à celui de notre représentation directe, et quelles institutions commerciales ils ont développées pour permettre une interaction triangulaire entre le tiers, l'esclave³⁴⁷ et son maître, efficiente aussi bien naturellement que juridiquement³⁴⁸.

³⁴⁵ Cf. les sections « Synthèse et conclusion », p. 116 ss et « La condition de l'esclave par rapport à la notion juridique de « personne » », p. 109 ss.

³⁴⁶ Sujet qui peut d'ailleurs être lui-même titulaire d'un droit sur ce dernier, si l'on considère que le tiers est son maître.

³⁴⁷ Cf. : BUTI, p. 6, qui relève que l'esclave accomplit la quasi-totalité des actes commerciaux ; BOULVERT/MORABITO, p. 127 s.

³⁴⁸ A ce stade il convient de donner les précisions suivantes : lorsque nous disons « maître », cela pourrait comprendre aussi toutes les personnes qui ont une situation avantageuse sur l'esclave (comme p. ex. un usufruitier ou possesseur de bonne foi), mais nous mettrons l'accent sur le cas ordinaire où la personne d'influence sur l'esclave est son maître, les autres hypothèses étant spécialement expliquées le cas échéant (cf. notamment à la section « L'esclave en copropriété et les personnes ayant une situation avantageuse sur celui-ci », p. 139 ss).

Lorsque nous employons la terminologie de « tiers », nous faisons par principe référence à une personne *sui iuris*. Mais on pourrait tout à fait songer à ce que ce « tiers » soit un esclave, et le rapport triangulaire se compliquerait par l'ajout d'un élément supplémentaire dans le faisceau des rapports interpersonnels ; nous le précisons spécifiquement le cas échéant, mais le raisonnement resterait le même avec cet intermédiaire supplémentaire. De même lorsque nous parlons d'effets juridiques, ou que nous faisons usage de l'adverbe « juridiquement », il s'agit d'effets de droit civil à comprendre dans son sens large de *ius civile* et *ius gentium*, soit de droit dit « positif ». En effet, nous rappelons que le « droit » naturel correspond plus à un ensemble de réalités de fait qui se vérifient naturellement, qu'à de véritables règles de portée juridique. Nous verrons toutefois dans quelle mesure le « *ius* » *naturale* est à même de produire certains effets

Chapitre I Les actes juridiques – le principe de la non-représentation

Paragraphe 1 Généralités

A Rome, pour conclure un acte valable sur le plan juridique, c'est-à-dire un acte susceptible de produire des effets de droit civil, il faut être capable de droit³⁴⁹ et agir en son propre nom³⁵⁰ ; il en va de même pour le droit d'actionner, qui n'est possible qu'en son propre nom³⁵¹ :

*D. 44, 7, 11 Paulus : Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt : et ideo neque stipulari neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus.*³⁵²

juridiques civils. Voir pour développements la section « Les sources du droit », p. 52 ss et la section « *L'obligatio naturalis* – généralités », p. 172 ss.

³⁴⁹ Cf. la section « La controverse doctrinale sur l'existence des droits subjectifs », p. 76 ss, et la section « La notion de personnalité juridique dans le droit classique romain », p. 90 ss.

³⁵⁰ Voir aussi : Gai. 2, 95 et les P. Sent. 5, 2, 2, qui précisent qu'on ne peut rien acquérir, par quelque cause que ce soit, par l'intermédiaire d'un homme libre, et que donc on ne peut acquérir en principe qu'en son propre nom (cf. Gai. 3, 163 au début) ; le D. 45, 1, 38, 17 *Ulpianus*, qui prévoit qu'un homme libre ne peut pas stipuler pour autrui, car il n'y a aucun intérêt, et que par conséquent, il ne peut donc stipuler qu'en son propre nom. A noter que ces textes prévoient à l'inverse qu'une personne sous puissance peut acquérir ou stipuler au nom de celui sous la puissance duquel il se trouve. Nous verrons plus loin que le cas des *subiecti* forme d'une certaine manière une exception au système romain de la « non-représentation directe ».

En ce sens : MITTEIS, *Stellvertretung*, p. 10 ; CUQ, p. 403 ; GIRARD, I, p. 493 et II, p. 705 ; SCIALOJA, p. 220 ; ARANGIO-RUIZ, p. 93 s. ; KASER, I, § 62 IV 1, p. 264 ; MAYER-MALY, § 49 I, p. 111 et 113 s. ; SCHLEPPINGHOFF, p. 8.

³⁵¹ Cf. : Gai. 4, 82 et Gai. 4, 84 ss, qui indiquent qu'en principe, on ne peut pas intenter action au nom d'autrui, sauf dans quelques cas exceptionnels.

³⁵² Traduction : Tous les actes que nous contractons sont nuls s'ils n'ont pas origine dans notre personne. Ainsi, nous ne pouvons pas stipuler, acheter, vendre ou contracter de manière qu'un autre puisse actionner en son nom.

Dans ce texte, la conséquence d'un acte accompli au nom d'autrui ou dont l'action serait intentée par un tiers à la relation juridique est la nullité³⁵³.

Le postulat exposé est aussi valable pour les actes relevant en « droit » naturel conclus par un *alieni iuris* ; en effet, seul un acte (par exemple une obligation naturelle) conclu par l'esclave en son propre nom est valable naturellement³⁵⁴.

Cette conception implique que la forme de la représentation directe n'est, de manière générale, pas admise dans la Rome antique³⁵⁵.

*Gai. 2, 95 : Ex iis apparet per liberos homines, quos neque iuri nostro subiectos habemus neque bona fide possidemus, item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habemus neque iustam possessionem, nulla ex causa nobis adquiri posse. Et hoc est, quod vulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse. Tantum de possessione quaeritur, an per procuratorem nobis adquiratur.*³⁵⁶

*D. 45, 1, 126, 2 Paulus : [...] respondi : per liberam personam quae neque iuri nostro subiecta est neque bona fide nobis servit, obligationem nullam acquirere possumus [...].*³⁵⁷

³⁵³ Voir encore dans le même sens : Gai. 3, 103, qui précise qu'une stipulation faite au nom d'autrui n'est pas valable, sauf si celui qui se fait promettre est sous puissance de celui en faveur de qui la promesse a lieu.

En ce sens également : SCHLEPPINGHOFF, p. 1.

³⁵⁴ Voir la section « *L'obligatio naturalis* - généralités », p. 172 ss et la section « Les actes contractuels bilatéraux accomplis par l'esclave – le système de la « représentation » », p. 189 ss. Voir de plus l'hypothèse où l'esclave possède un pécule et qu'il agit en son nom : cf. la section « Les actes conclus *servi nomine* ou *peculiari nomine* », p. 311 ss.

³⁵⁵ En ce sens, cf. : SCHLEPPINGHOFF, p. 1 et 4 ss.

³⁵⁶ Traduction : De ce qui précède, il ressort que nous ne pouvons acquérir à aucun titre par l'intermédiaire d'hommes libres qui ne sont pas soumis à notre droit et que nous ne possédons pas de bonne foi ; il en va de même par l'entremise d'esclaves d'autrui sur lesquels nous n'avons ni l'usufruit, ni la juste possession. Et tel est le sens du dicton selon lequel rien ne peut être acquis par la personne d'un externe. C'est seulement en ce qui concerne la possession qu'on se demande si nous acquérons par procureur.

³⁵⁷ Traduction : J'ai répondu que nous ne pouvons point acquérir d'obligation par l'entremise d'une personne libre que nous n'avons pas « en puissance » ou qui ne nous sert pas de bonne foi.

Le fragment Gai. 2, 95 et le D. 45, 1, 126, 2 *Paulus* présentent ainsi comme impossible à l'époque classique la représentation directe par un homme libre, à quelque titre que ce soit, sous réserve de l'acquisition de la possession, qui cependant ne consisterait pas en l'acquisition d'un droit³⁵⁸ ; à l'inverse, une personne sous puissance (fils ou esclave) est pressentie à avoir le pouvoir de produire certains effets d'une représentation directe³⁵⁹.

Les textes présentés soulignent le caractère éminemment personnel de l'acte conclu ou à conclure³⁶⁰.

A Rome, le seul moyen connu de représentation par une personne libre est celui de la représentation indirecte sur le modèle du mandat³⁶¹ :

³⁵⁸ Cf. la note 364.

³⁵⁹ Voir également : le D. 41, 1, 54, 4 *Modestinus* ; les P. Sent. 5, 2, 2 ; les Iust. Inst. 2, 9, 5.

En ce sens, cf. : MITTEIS, *Stellvertretung*, p. 33 ; MONNIER, I, p. 211 ; ARANGIO-RUIZ, p. 95, qui précise que la représentation par un externe à la fin de la République et au début de l'Empire n'était pas très fréquente ; ALBANESE, p. 138 ; BOULVERT/MORABITO, p. 128, 153.

³⁶⁰ En ce sens, voir aussi : le D. 45, 1, 141, 3 *Gaius*, qui précise que, dans la cas d'une personne stipulant en son nom et simultanément au nom d'un tiers, l'obligation est seulement acquise à celui qui stipule en son nom ; le tiers n'aura que la possibilité de recevoir éventuellement le paiement. Dans le même sens, cf. : le D. 45, 1, 56, 2-3 *Iulianus* ; le D. 12, 1, 9, 4 *Ulpianus*.

Voir toutefois, mais uniquement pour le cas du contrat réel du *mutuum* : le D. 12, 1, 9, 8 *Ulpianus* (*Iulianus*), qui indique qu'une personne qui prêterait ses deniers au nom d'une autre avec son consentement, lui acquerrait l'obligation issue du contrat de prêt, ce qui ressemble étrangement à une sorte de représentation directe. Inversement, dans le cas où il n'y aurait pas eu de consentement de la personne au nom de qui on a agi, le texte parle simplement pour elle, de l'acquisition d'une *condictio* spéciale, soit d'une sorte d'action pour enrichissement illégitime. Dans le même sens que ce précédent texte, cf. : le D. 45, 3, 1, 2 *Iulianus* ; le D. 12, 1, 9, 2 *Ulpianus* ; le D. 45, 1, 126, 2 *Paulus* au milieu. En fait, le contrat de *mutuum* se formant *re* est unilatéral, c'est-à-dire qu'il n'impose qu'une obligation de rendre à charge de l'emprunteur. Il n'y a à proprement parler pas d'obligation grevant le prêteur, et il n'y a pas, à la base, d'intention de diminuer un patrimoine, puisque le prêt implique en soi nécessairement le remboursement. C'est sans doute les raisons pour lesquelles le *mutuum* est accessible à l'esclave, quand bien même son maître l'aurait ignoré. Comme l'esclave n'est pas lui-même propriétaire de la chose prêtée et qu'elle est issue du patrimoine central, il n'est même pas considéré comme créancier naturel du droit au remboursement (cf. le D. 50, 16, 10 *Ulpianus*), et c'est son maître qui en devient automatiquement titulaire par l'effet du *ius adquirendi*.

Voir à ce sujet : SCHMIDLIN, II, p. 95 ss, qui présente une analyse intéressante du *mutuum*.

³⁶¹ En ce sens : MITTEIS, *Stellvertretung*, p. 9, 13 ss ; MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, p. 203 ; WINTERBERG, p. 3 s. ; GIRARD, II, p. 705, qui parle d'un système appelé « non-représentation » ; ARANGIO-RUIZ, p. 94 ; CLAUDIUS, p. 5 ; MAYER-MALY, § 49 IV, p. 111 ; SCHLEPPINGHOFF, p. 1 s.

D. 17, 1, 8, 10 *Ulpianus* : [...] *proinde si tibi mandavi, ut hominem emereres, tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas. [...]*³⁶²

D. 17, 1, 3, 1 *Paulus* : *Et quidem si mandavi tibi, ut aliquam rem mihi emereres, nec de pretio quicquam statui tuque emisti, utrimque actio nascitur.*³⁶³

Juridiquement, le représentant devient titulaire en son propre nom de la possession³⁶⁴, de la propriété, de la créance ou de l'obligation et s'oblige, généralement sur la base d'un mandat (spécifique ou général), à transmettre son « acquis juridique » à son mandant par un acte distinct (une cession)³⁶⁵. Cela implique que le représentant soit lui-même capable de droit civil au sens large, ce qui n'est de toute façon pas le cas de l'esclave.

Ce système compliqué par la cession ralentit considérablement les relations commerciales. Ainsi, avant même les réformes introduites par l'Edit du prêteur³⁶⁶ et celles déjà imaginées par certains jurisconsultes³⁶⁷,

³⁶² Traduction : Ainsi, si je t'ai chargé d'acheter un esclave, tu seras tenu, dès que tu l'as acheté, à m'en faire la délivrance.

³⁶³ Traduction : Si je t'ai chargé de m'acheter une chose sans fixer de prix, dès que tu l'auras achetée, nous aurons réciproquement action l'un contre l'autre.

³⁶⁴ La question de savoir si la possession pouvait être acquise directement par l'intermédiaire d'un homme libre, posée par Gaius à Gai. 2, 95, et résolue utilement en son temps par Paul à P. Sent. 5, 2, 2, sera définitivement tranchée par une Constitution de Sévère, comme l'indiquent les Inst. 2, 9, 5 : la possession sera acquise directement au représenté par l'intermédiaire d'un homme libre qui serait p. ex. procureur (*procurator*). Voir de plus : le D. 41, 1, 53 *Modestinus*, qui prévoit la possibilité d'acquérir naturellement la possession par l'intermédiaire de n'importe qui si telle est l'intention de l'acquéreur-possesseur.

³⁶⁵ Cf. : le D. 45, 1, 126, 2 *Paulus* à la fin, où il apparaît clairement qu'un affranchi qui aurait stipulé des intérêts moratoires en son nom mais pour le compte de son ancien maître, devra lui céder la stipulation, soit le droit de créance né en sa personne – *in liberti persona valet stipulatio usurarum, et cogitur eam patrono cedere*.

Voir en ce sens : GIRARD, II, p. 705 et 718 ; SCIALOJA, p. 219 ; ARANGIO-RUIZ, p. 94.

³⁶⁶ Dès le II^e siècle, l'Edit du prêteur tendit à se figer, c'est pourquoi nous le mentionnons en majuscule : cf. GAUDEMET Jean, in *Encyclopaedia Universalis* à propos de l'Edit du prêteur.

Voir aussi : MITTEIS, *Stellvertretung*, p. 34, 76 s. ; MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, p. 220 ; WINTERBERG, p. 4 ; CLAUS, p. 5 ; BUTI, p. 5 ; MORABITO, p. 101 ; BOULVERT/MORABITO, p. 128.

³⁶⁷ L'action utile *quasi-institoria* aurait été introduite par Papinien : cf. le D. 14, 3, 19, pr. *Papinianus* ; le D. 17, 1, 10, 5 *Ulpianus* ; le D. 19, 1, 13, 25 *Ulpianus*.

des exceptions³⁶⁸ tout à fait avant-gardistes à la représentation indirecte vont apparaître, résidant dans les règles applicables aux personnes « en puissance »³⁶⁹.

Avant d'aborder les différents moyens développés pour permettre à l'esclave d'établir des rapports commerciaux avec d'autres êtres humains, certaines règles, issues pour la plupart d'anciens principes du *ius civile*, viennent nous rappeler qu'il est lui-même un parfait incapable de droit civil *lato sensu*.

A ce sujet, cf. : GIRARD, II, p. 714 ; CLAUS, p. 6 s.

³⁶⁸ En ce sens, cf. : MITTEIS, Stellvertretung, p. 34 ; SCIALOJA, p. 220, qui parle de remède à ce manquement ; ARANGIO-RUIZ, p. 93, 95 ; CLAUS, p. 5 ; BUTI, p. 5, qui nous indique que si nous faisons abstraction des limites posées par les assertions de principe, on constate que dans la casuistique romaine sont érigés un certain nombre de remèdes qui s'organisent en véritable et propre système ; BOULVERT/MORABITO, p. 127, qui, dans leur chapitre sur le perfectionnement de l'esclavage, parlent d'« innovations pouvant aller assez loin ».

³⁶⁹ Pour une illustration de l'évolution, voir les Iust. Inst. 4, 7.

Voir à ce sujet : WINTERBERG, p. 4 ; GIRARD, II, p. 706 ; SCIALOJA, p. 220 ; ARANGIO-RUIZ, p. 95 ; HAMZA, Index 9 (1980), p. 193 ss, qui nous donne un bon compte rendu des positions de certains auteurs sur l'admission ou le refus de la représentation directe.

Paragraphe 2 Les règles restrictives révélant l'incapacité juridique de l'esclave

L'ancien droit civil pose en effet un certain nombre de postulats restrictifs au regard de l'esclave.

Section 1 L'incapacité juridique générale

Comme nous avons déjà eu l'occasion de relever³⁷⁰, l'esclave n'accède pas au droit dit « positif » romain :

*D. 50, 17, 32 Ulpianus : Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur : non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt.*³⁷¹

*D. 4, 5, 3, 1 Paulus : [...] servile caput nullum ius habet [...].*³⁷²

*D. 28, 1, 20, 7 Ulpianus : Servus quoque merito ad sollemnia adhiberi non potest, cum iuris civilis communionem non habeat in totum, ne praetoris quidem edicti.*³⁷³

Ces textes expriment le principe romain fondamental selon lequel l'esclave ne jouit pas des droits civils. Mais, sa personne étant reconnue comme une réalité de fait, il accède parfaitement à ce que l'on pourrait appeler la titularité du « droit » naturel³⁷⁴.

³⁷⁰ Cf. les sections « Le droit « positif » de l'époque classique », p. 62 ss et « La notion de personnalité juridique dans le droit classique romain », p. 90 ss.

³⁷¹ Traduction : Au regard du droit civil, les esclaves sont considérés comme nuls, mais il n'en est pas de même par rapport au droit naturel, suivant lequel tous les hommes sont égaux.

³⁷² Traduction : [...] l'esclave n'a pas de droits [...].

³⁷³ Traduction : C'est avec raison qu'un esclave ne peut pas être employé pour remplir les solennités que le droit civil exige dans un testament, car un esclave ne participe pas aux droits que donne le droit civil, ni même à ceux que donne le droit prétorien.

³⁷⁴ Cf. la note 342 et la section « Le *ius naturale* », p. 55 ss.

Section 2 L'incapacité patrimoniale

*Gai. 2, 87 : [...] ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest. [...]*³⁷⁵

*Gai. 2, 96 : [...] istarum personarum nihil suum esse possit [...].*³⁷⁶

Gaius précise ici que l'esclave n'a pas de patrimoine et que par conséquent, du point de vue des droits réels, il ne peut être titulaire d'un droit de propriété³⁷⁷.

Section 3 L'incapacité à assumer des droits ou obligations civiles

*D. 50, 17, 22, pr. Ulpianus : In personam servilem nulla cadit obligatio.*³⁷⁸

*D. 44, 7, 43, pr. Paulus : [...] servus autem ex contractibus non obligatur.*³⁷⁹

*D. 44, 7, 14 Ulpianus : [...] ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. [...].*³⁸⁰

D. 15, 1, 41 Ulpianus : Nec servus quicquam debere potest nec servo potest deberi, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus quam ad ius civile referimus obligationem.

³⁷⁵ Traduction : [...] car celui qui est « en puissance » ne peut rien avoir en propre.

³⁷⁶ Traduction : [...] ces personnes [à savoir les personnes sous puissance] ne peuvent rien avoir en propre [...].

³⁷⁷ Voir aussi en ce sens : le D. 40, 1, 4, 1 *Ulpianus*, qui indique qu'un esclave ne peut être propriétaire d'argent.

³⁷⁸ Traduction : Aucune obligation n'échoit en la personne de l'esclave.

³⁷⁹ Traduction : [...] un esclave n'est point obligé en vertu des contrats.

³⁸⁰ Traduction : [...] [les esclaves] ne peuvent pas s'obliger civilement en conséquence de leurs contrats, mais ils obligent et s'obligent naturellement [...].

*itaque quod servo debetur, ab extraneis dominus recte petet, quod servus ipse debet, eo nomine in peculium et si quid inde in rem domini versum est in dominum actio datur.*³⁸¹

Ces fragments précisent, dans le domaine du droit des obligations, spécialement contractuel, que l'esclave ne peut être en son nom ni débiteur d'une obligation, ni créancier d'un droit civil au sens large. Les deux derniers textes ajoutent que l'esclave ne peut s'obliger civilement, mais peut obliger et s'obliger naturellement par ses conventions ; dans cette dernière hypothèse, il faut considérer ces obligations naturelles plutôt comme des obligations de fait (ou morales), que comme des obligations de droit³⁸². Nous verrons toutefois que lorsque l'esclave agit par le biais de l'*obligatio naturalis*, il sera parfois lui-même à l'origine de certains effets de droit civil³⁸³.

³⁸¹ Traduction : Un esclave ne peut être à proprement parler, ni débiteur, ni créancier. Ce n'est qu'en abusant des termes qu'on lui reconnaît l'une ou l'autre qualité ; on entend plutôt désigner l'état de fait que l'obligation que nous rapportons au droit civil. Ainsi, ce qui est dû à un esclave par les tiers, le maître a l'action pour le demander. Ce qui au contraire est dû par l'esclave, le maître en est tenu, ou par l'action sur le pécule, ou par l'action *de in rem verso*.

³⁸² Voir p. ex. encore : le D. 35, 1, 40, 3 *Iavolenus* (*Namusa, Servius*), qui rapporte que Namusa et Servius pensent qu'un legs fait dans un testament en faveur d'un esclave affranchi est nul. Pour Javolène, cette nullité ne concernerait le legs que du point de vue du droit civil, mais non pas du droit naturel. Ainsi, il serait valable naturellement.

Voir en outre les développements relatifs à la problématique résultant de la dualité droit civil/droit naturel par rapport aux obligations à la section « L'*obligatio naturalis* - généralités », p. 172 ss.

Voir de manière générale sur la question : CUQ, p. 368 ss ; GIRARD, I, p. 493 s. ; ARANGIO-RUIZ, p. 409 ss ; KASER, I, § 113 II, p. 480 s. ; MAYER-MALY, § 89, p. 216 s.

³⁸³ Voir sur cette question la section « L'*obligatio naturalis* – généralités », p. 172 ss.

Section 4 L'incapacité d'ester en justice

Cette incapacité est le corollaire de l'incapacité civile d'être titulaire de droits et obligations.

*D. 50, 17, 107 Gaius : Cum servo nulla actio est.*³⁸⁴

Traduit littéralement, ce texte signifie qu'il n'y a pas d'action avec l'esclave³⁸⁵. Le *cum* (avec) à la place du plus commun *in* ou *contra* (contre) doit sans doute servir ici à souligner l'incapacité aussi bien active que passive de l'esclave, savoir d'actionner ou d'être actionné.

*D. 15, 1, 41 Ulpianus : [...] itaque quod servo debetur, ab extraneis dominus recte petet, quod servus ipse debet, eo nomine in peculium et si quid inde in rem domini versum est in dominum actio datur.*³⁸⁶

Ce texte illustre très nettement que l'esclave n'a pas le pouvoir d'actionner ou d'être actionné civilement, respectivement pour une créance ou une dette (naturelle) qu'il aurait vis-à-vis d'un tiers. En effet, une des caractéristiques des obligations naturelles est de ne pas bénéficier d'un droit d'action³⁸⁷. Seul le maître a la capacité civile d'actionner ou d'être actionné.

*Gai. 2, 96 : In summa sciendum est his, qui in potestate manu mancipiove sunt, nihil in iure cedi posse : cum enim istarum personarum nihil suum esse possit, conveniens est scilicet, ut nihil suum esse / posse / in iure vindicare possint.*³⁸⁸

³⁸⁴ Traduction : On ne peut intenter aucune action contre un esclave.

³⁸⁵ En ce sens, voir également : Gai. 3, 179, qui indique *quia cum servo agi non posset*.

³⁸⁶ Traduction : [...] Ainsi, ce qui est dû à un esclave par les tiers, le maître a l'action pour le demander. Ce qui au contraire est dû par l'esclave, le maître en est tenu, ou par l'action sur le pécule, ou par l'action *de in rem verso*.

³⁸⁷ Cf. la section « Les caractéristiques de l'obligation naturelle », p. 179 ss.

³⁸⁸ Traduction : Enfin, il faut savoir que l'on ne peut rien céder devant magistrat à ceux qui sont « en puissance », en main ou en mainprise. Comme en effet ces individus ne peuvent rien avoir en propre, il est logique qu'ils ne puissent par eux-mêmes rien revendiquer en justice comme leur appartenant.

L'*in iure cessio*, cette sorte de procès fictif permettant le transfert de la propriété, n'est pas accessible à l'esclave, de même celui-ci ne peut rien revendiquer en justice³⁸⁹ ; ce sont là des conséquences directes de son incapacité patrimoniale³⁹⁰.

³⁸⁹ Voir au sujet de l'*in iure cessio* : SCHMIDLIN, I, p. 186 s.

³⁹⁰ Cf. la section « L'incapacité patrimoniale », p. 128 ss.

Section 5 Le cas des acquisitions gratuites - sans contrepartie - par les personnes « en puissance »

Lorsque l'acte de l'esclave consiste en une acquisition gratuite - sans contrepartie -, par exemple une acquisition originaire par occupation, une acquisition par tradition, une stipulation, une libéralité entre vifs ou à cause de mort faite à l'esclave (par exemple une donation ou un legs), celle-ci est toujours automatiquement perçue civilement par son maître³⁹¹. En effet, même si l'esclave possède un pécule et qu'il agit en son propre nom, l'acquisition sera certes inscrite au pécule³⁹², mais juridiquement, c'est-à-dire du point de vue de la propriété, elle fera nécessairement partie du patrimoine du maître³⁹³. C'est la raison pour laquelle certains auteurs parlent de l'esclave comme d'un instrument - *instrumentum* - d'acquisition pour son maître.

Ce système, qu'on appellera aussi « *ius adquirendi* », implique une sorte de « représentation automatique et nécessaire » du maître ; il trouve sa source dans l'incapacité postulée de l'esclave d'être titulaire de droits et obligations civils et dans le fait que tous les droits appartenant à une famille se concentrent sur la tête du chef de famille, seul capable d'être

³⁹¹ Voir p. ex. : les *Fragm. Ulp.* 19, 18 et les *Iust. Inst.* 2, 9, 3-4, qui donnent une liste d'exemples d'actes favorables et gratuits.

Voir pour le surplus : le *D.* 39, 6, 23 *Africanus*, qui sous-entend qu'une libéralité faite à l'esclave est acquise à son maître ; le *D.* 17, 1, 12, 2 *Ulpianus* ; le *D.* 19, 1, 13, 18 *Ulpianus* ; le *D.* 39, 5, 19, 4 *Ulpianus* ; le *D.* 39, 6, 44 *Paulus*. A noter que dans tous ces cas, le principe est que l'acquisition (ici une donation) est acquise directement au maître de l'esclave ou à la personne qui bénéficie d'une situation avantageuse sur l'esclave. Il y a toutefois une exception au principe du *ius adquirendi* concernant les libéralités faites à l'esclave en vue du rachat de sa liberté : en effet, le *D.* 40, 1, 4, 1 *Ulpianus*, conçoit que tout ce qui serait donné à l'esclave lui-même dans le but de son affranchissement, serait considéré comme son propre argent, qu'il possède ou non un pécule.

En ce sens, voir : HUNTER, p. 610 ss.

³⁹² Cf. la section « L'aspect technique et matériel », p. 317 ss.

³⁹³ Voir à ce sujet la section « Le « titulaire » du pécule », p. 271 ss, et la section « Les actes conclus *servi nomine* ou *peculiari nomine* », p. 311 ss.

propriétaire³⁹⁴. Toutefois, on ne peut pas dire qu'il s'agit à proprement parler d'une représentation directe, puisque le maître n'a pas forcément la volonté, ni même la connaissance de l'acte fait par son subordonné ; de plus, il ne lui accorde pas toujours au préalable de pouvoir de représentation. Dans le cadre des acquisitions gratuites - sans contrepartie -, l'esclave semble ainsi être tout à fait autonome.

A. Les règles générales

Les règles relatives au système étudié (*ius adquirendi*) sont tirées des anciens principes du droit civil romain, devenues probablement au fil du temps du droit commun (*ius gentium*) :

*Gai. 2, 87 : Igitur liberi nostri, quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur vel ex alia qualibet causa adquirunt, id nobis acquiritur : ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest. [...]*³⁹⁵

Ce texte nous présente le régime général lorsque l'acte accompli par un esclave est « gratuit ». Peu importe que cet acte gratuit soit effectué par l'esclave en son nom ou au nom de son maître³⁹⁶, c'est toujours le détenteur de la puissance³⁹⁷ ou la personne qui a une situation

³⁹⁴ En ce sens : Gai. 2, 90, qui indique que l'effet de l'acquisition automatique par les personnes « en puissance » est de rendre le maître directement propriétaire à n'importe quel titre – *ex omnibus causis*.

Voir aussi : HUNTER, p. 610 ss ; SCIALOJA, p. 220 ; BUTI, p. 93.

³⁹⁵ Traduction : Ainsi, soit ce que nos descendants libres « en puissance » ou nos esclaves reçoivent par mancipation ou se font livrer par tradition, soit ce qu'ils stipulent ou acquièrent à tout autre titre, nous est acquis, car celui qui est « en puissance » ne peut rien avoir en propre.

Le D. 41, 1, 10, 1 *Gaius* correspond en substance à Gai. 2, 87.

³⁹⁶ Cf. : le D. 45, 3, 1, pr. *Iulianus* et le D. 45, 3, 15 *Florentinus*, qui précisent qu'en cas de stipulation de l'esclave, peu importe qu'il le fasse en son nom ou au nom de son maître ou sans désignation particulière ; le D. 45, 3, 4 *Pomponius*, qui précise qu'un esclave en commun qui stipule pour lui-même et pour l'un de ses maîtres, revient à considérer qu'il stipule respectivement pour tous ses maîtres et l'un d'eux en particulier. Il paraît donc évident que même si l'esclave commun stipule en son nom, on considère par fiction que ce sont ses maîtres qui ont stipulé et que partant la stipulation leur est acquise.

³⁹⁷ Voir en ce sens : le D. 45, 3, 40 *Pomponius*, qui indique que tout ce qu'a contracté un esclave sera acquis à celui qui a la puissance sur lui au moment de l'acte contractuel ; le D. 29, 2, 79 *Ulpianus*, qui précise que ce qui est acquis par la personne « en puissance » est acquis directement

avantageuse sur l'esclave, qui en bénéficie juridiquement³⁹⁸. Cependant un lien de droit naturel existera entre le tiers et l'esclave, parallèle au lien civil qui lie le tiers et le maître, si l'esclave agit en son nom³⁹⁹.

Voyons d'abord les principaux textes traitant du *ius adquirendi*, avant d'analyser le cas particulier de la stipulation :

à celle qui a la puissance (littéralement : « sans rester un seul instant sur la personne par laquelle on acquiert ») ; Gai. 2, 95 *a contrario* et les P. Sent. 5, 2, 2 *a contrario*, qui précisent qu'on ne peut rien acquérir par les personnes qui ne sont pas soumises à puissance.

³⁹⁸ Voir en ce sens : Gai. 2, 86, qui indique clairement qu'on acquiert par l'intermédiaire d'esclaves dont on a l'usufruit, ou par les hommes libres et les esclaves d'autrui qu'on possède de bonne foi ; le D. 7, 8, 16, 2 *Pomponius*, qui précise que celui qui reçoit l'usage de l'esclave pourra lui faire une donation ou l'engager dans un commerce ayant pour objet son propre patrimoine – *ex pecunia nostra* ; le D. 7, 8, 20 *Marcellus*, qui indique que celui qui bénéficie de l'usage d'un esclave pourra acquérir tout ce qui est fait par le travail de celui-ci en magasin (*institor*), ou par un *iussum*. Dans le cas de la « préposition » ou du *iussum*, l'esclave avec ou sans pécule agit au nom et pour le compte du bénéficiaire : voir les développements à la section « Les cas hors pécule : le *iussum* et la *praepositio* comme semblants d'autonomie », p. 197 ss.

Voir en outre en ce sens : Gai. 2, 88/95 ; le D. 41, 2, 1, 8 *Paulus*. Ainsi l'usufruitier ou le possesseur de bonne foi de l'esclave d'autrui ou de l'homme libre *bona fide serviens* acquièrent en principe directement par son ministère.

Voir, au sujet des personnes bénéficiant d'une situation avantageuse sur l'esclave : ALBANESE, p. 138 ss.

³⁹⁹ Dans le cas particulier de la stipulation (cf. le D. 45, 3, 15 *Florentinus*), peu importe de savoir si l'esclave agit en son nom ou au nom de son maître, elle est en principe acquise civilement directement au maître par le *ius adquirendi*. Toutefois, au D. 45, 3, 18, 2 *Papinianus*, dans le cas où le maître est prisonnier (donc sans *status libertatis*) au moment où l'esclave stipule, si ce dernier stipule en son propre nom, la stipulation sera valable en « droit » naturel entre le tiers et l'esclave et passera civilement à l'héritier du maître, l'héritier reprenant l'esclave en propriété et récupérant civilement les droits de créance qui auraient pu naître naturellement en la personne de l'esclave par l'effet du *ius adquirendi*. Mais si l'esclave stipule au nom du maître, la stipulation est en suspens jusqu'au moment où le maître rentre ou meurt. S'il rentre, le droit de *postliminium* valide la stipulation sur le plan civil entre le tiers et le maître, tandis que s'il meurt, la stipulation est totalement nulle tant sur le plan civil entre le tiers et le défunt, que sur le plan naturel entre le tiers et l'esclave, car ce dernier n'avait pas conclu la stipulation en son nom. Or, seule une stipulation passée par l'esclave en son propre nom aurait été valable naturellement entre le tiers et lui, et aurait permis à l'héritier de la récupérer civilement en son nom au moment où l'esclave serait entré dans ses biens et où il aurait bénéficié du *ius adquirendi*. Voir, dans le même ordre d'idées : le D. 45, 3, 14 *Iulianus*, qui précise que la stipulation d'un esclave faite au nom de son voleur est nulle, car il n'est pas l'esclave du voleur. Le vrai maître n'en bénéficie pas non plus, car l'esclave ne le servait pas au moment de la stipulation et parce qu'il n'était pas désigné. Toutefois, si l'esclave avait agi sans faire mention de la personne du voleur, l'action de la stipulation serait acquise au vrai maître. Voir encore : le D. 45, 3, 36 *Iavolenus*, qui prévoit que la stipulation d'un esclave au nom d'un maître qui l'a abandonné est nulle ; le D. 45, 3, 16 *Paulus*, qui indique que la stipulation accomplie au nom d'un héritier futur est nulle, car l'héritier n'est pas son maître.

*Gai. 1, 52 : [...] et quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur.*⁴⁰⁰

Le texte de Gaius pose l'hypothèse et le principe de fonctionnement généraux : tout acte d'acquisition accompli par l'esclave produit directement des effets dans la sphère juridique de son maître⁴⁰¹. Nous pouvons déduire de ce texte que l'esclave a bel et bien une capacité d'agir propre, puisque la forme du *per servum acquiritur* souligne le caractère dynamique de son action et interaction personnelle dans l'acte accompli. On constate de plus que la personne humaine de l'esclave est bien distinguée de celle de son maître.

*Gai. 2, 88 : Dum tamen sciamus, si alterius in bonis sit servus, alterius ex iure Quiritium, ex omnibus causis ei soli per eum acquiri, cuius in bonis est.*⁴⁰²

Le texte de Gai. 2, 88 ajoute la précision suivante : les acquisitions d'un esclave se trouvant simultanément en propriété quiritaire d'une personne et en propriété prétorienne (*in bonis*) d'une autre, ne viseront que ce dernier. Dans le cas ordinaire, la puissance - *potestas* - du maître sur son esclave est le critère qui détermine en principe le bénéficiaire direct des acquisitions de l'esclave⁴⁰³. Or la puissance n'appartient pas forcément à celui qui est propriétaire de droit quiritaire de l'esclave. Cette puissance est donnée à celui qui a l'esclave dans ses biens, c'est-à-dire en propriété prétorienne - *in bonis* -, ou en propriété complète, c'est-à-dire de droit quiritaire et prétorienne simultanément⁴⁰⁴. Pour les cas particuliers de l'esclave en copropriété, en usufruit ou encore l'esclave d'autrui et l'homme libre *bona fide serviens* possédés de bonne foi, la situation se

⁴⁰⁰ Traduction : Tout ce qui s'acquiert par le truchement de l'esclave revient au maître.

Le D. 1, 6, 1, 1 *Gaius* correspond en substance à Gai. 1, 52.

⁴⁰¹ Voir en ce sens aussi : Gai. 2, 92 *in fine* ; le D. 41, 1, 32 *Gaius* ; le D. 41, 1, 10, pr. *Gaius* ; le D. 29, 2, 79 *Ulpianus* ; les Fragm. Ulp. 19, 18/21.

⁴⁰² Traduction : Mais attention ! Si un esclave se trouve dans les biens d'un individu et appartient à un autre en vertu du droit quiritaire, il n'y a acquisition, à quelque titre que ce soit, que pour le premier.

⁴⁰³ Cf. : le D. 45, 3, 40 *Pomponius* ; le D. 29, 2, 79 *Ulpianus* ; Gai. 2, 95 *a contrario* et les P. Sent. 5, 2, 2 *a contrario*. Cf. les développements au sujet de ces textes à la note 397.

⁴⁰⁴ Cf. Gai. 1, 54.

compliqué, car il peut y avoir un conflit entre le véritable maître et les personnes bénéficiant de la situation avantageuse sur l'esclave. Divers critères seront mis en relief pour savoir qui peut alors bénéficier du *ius adquirendi*⁴⁰⁵.

*D. 41, 1, 32 Gaius : Etiam invitis nobis per servos
adquiritur paene ex omnibus causis.*⁴⁰⁶

Le D. 41, 1, 32 *Gaius* indique que le principe de l'acquisition automatique a lieu même dans le cas où le maître l'ignorait, voire y serait opposé⁴⁰⁷. Cela souligne le caractère impératif de la règle issue des anciens principes du droit civil. De plus, le principe du *ius adquirendi* trouve application dans presque tous les cas – *ex omnibus causis*.

*Gai. 2, 89 : Non solum autem proprietates per eos, quos
in potestate habemus, adquiruntur nobis, sed etiam possessio :
cuius enim rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere
videmur ; unde etiam per eos usucapio procedit.*⁴⁰⁸

L'esclave peut, à la lumière de ce texte, être le véhicule non seulement du droit de propriété, mais encore de la possession⁴⁰⁹, bien

⁴⁰⁵ Cf. la section « L'esclave en copropriété et les personnes ayant une situation avantageuse sur celui-ci », p. 139 ss.

⁴⁰⁶ Traduction : Nous acquérons par nos esclaves, même contre notre volonté, presque à quelque titre que ce soit.

⁴⁰⁷ En ce sens, cf. : le D. 41, 1, 32 *Gaius* ; les Iust. Inst. 2, 9, 3. Voir aussi, pour le cas des stipulations : le D. 23, 3, 46, pr. *Iulianus* au début ; le D. 45, 1, 62 *Iulianus*.

⁴⁰⁸ Traduction : Nous n'acquérons pas seulement la propriété par l'entremise de ceux que nous avons « en puissance », mais aussi la possession : s'ils ont acquis la possession d'une chose, c'est nous qui sommes censés la posséder ; il s'ensuit que nous pouvons même usucaper par leur entremise.

⁴⁰⁹ L'esclave peut lui-même être possesseur, mais pas civilement. Ainsi les textes parlent plutôt de *corporaliter tenere, naturaliter tenere* ou *tenere rem*, cf. : le D. 41, 2, 24 *Iavolenus* ; le D. 41, 2, 49, 1 *Papinianus*, qui admet que la possession n'est pas qu'une notion de fait ; le D. 41, 1, 53 *Modestinus*. Voir en outre, au sujet de la possession par l'intermédiaire de l'esclave : le D. 41, 2, 3, 12 *Paulus* ; le D. 39, 5, 10 *Paulus* ; les P. Sent. 5, 2, 1 et les P. Sent. 5, 2, 2.

Voir de plus au sujet de la possession par l'esclave les développements de la note 951.

Voir, pour un ouvrage complet sur la possession par l'intermédiaire des personnes « en puissance » : BENÖHR Hans-Peter, *Der Besitzerwerb durch Gewaltabhängige im klassischen römischen Recht*, Berlin 1972. Voir en outre : SCIALOJA, p. 221 ss ; AFFOLTER, p. 79 ss, spéc. p. 81 ss.

que le seul titulaire civil des droits en question ne puisse être que le maître⁴¹⁰.

B. Le cas des stipulations⁴¹¹

Le principe du *ius adquirendi* vaut également pour l'acquisition gratuite - c'est-à-dire sans contrepartie - de droits de créance par l'intermédiaire de l'esclave⁴¹² ; il s'agira tout particulièrement du cas des stipulations⁴¹³ (promesses de donner de tiers) demandées par l'esclave⁴¹⁴ :

*D. 45, 1, 45, pr. Ulpianus : Quodcumque stipulatur is, qui in alterius potestate est, pro eo habetur, ac si ipse esset stipulatus.*⁴¹⁵

⁴¹⁰ Voir aussi : Gai. 3, 114 ; Gai. 4, 134 et 135, où Gaius nous présente les effets de la représentation dans le cadre de la procédure ; le D. 41, 1, 10, 1 *Gaius* ; le D. 41, 1, 32 *Gaius* ; les Inst. Inst. 2, 9, 3.

⁴¹¹ Voir en outre la section « La stipulation », p. 155 ss.

⁴¹² P. ex. : Gai. 3, 163 ss ; l'ensemble du D. 45, 3 « *De stipulatione servorum* » ; le D. 46, 4, 8, 1 *Ulpianus* ; les P. Sent. 1, 7, 6 ; les P. Sent. 5, 7, 3.

Voir, pour le cas des personnes ayant une situation avantageuse sur l'esclave, la section « L'esclave en copropriété et les personnes ayant une situation avantageuse sur celui-ci », p. 139 ss.

Au sujet de l'acquisition de droits de créance, voir : CUQ, p. 81 ; MONIER, I, p. 211 ; ARANGIO-RUIZ, p. 49, 95 ; KASER, I, § 62 III 1, p. 262 et § 67 III 1, p. 286 ; ALBANESE, p. 144.

⁴¹³ A noter que le D. 39, 5, 19, 5 *Ulpianus*, considère que les stipulations qui ont une cause - *quae ob causam fiunt* - ne sont pas des donations. En effet, on observe parfois à Rome qu'un rapport d'échange peut se concrétiser par deux stipulations réciproques simultanées ou successives. Ainsi, en réponse à ce que le premier stipulateur promettrait au second, le second promettrait à son tour au premier. On peut dire que, dans ce cas, une stipulation est causale, puisqu'elle consiste en la promesse d'une contreprestation à la première. C'est la raison pour laquelle, dans certains textes, on s'intéresse à quel patrimoine (*ex re*) une stipulation doit être faite, c'est-à-dire très vraisemblablement à savoir de quel patrimoine est ou était issue une première promesse à laquelle on souhaite répondre. Voir p. ex. : le D. 45, 3, 18, 3 *Papinianus* ou encore le D. 45, 3, 27 *Paulus*, où il apparaît très vraisemblable que la stipulation faite à l'esclave est une réponse à un acte que l'esclave ou son maître a dû faire en faveur du prometteur, ce qui constituerait la cause de la stipulation.

Voir en outre à ce sujet la section « La cause contractuelle », p. 153 ss.

⁴¹⁴ Voir de manière générale à ce sujet : le Titre III du Livre XLV du Digeste traitant de la stipulation des esclaves.

⁴¹⁵ Traduction : Tout ce que stipule celui qui est au pouvoir d'un autre est comme si celui-ci avait stipulé lui-même.

Le D. 45, 1, 45, pr. *Ulpianus*, nous indique que l'acte fait par l'esclave (ici une stipulation) serait par fiction considéré comme effectué par son maître. Dans le cas ordinaire, le critère de la puissance reste applicable pour déterminer celui qui acquiert automatiquement, c'est-à-dire le maître détenteur de la puissance. Il importe peu que la stipulation soit passée par l'esclave en son nom ou au nom de son maître, voire sans aucune désignation de personne⁴¹⁶.

Elle a de plus une véritable portée civile⁴¹⁷ et permettra au maître au nom de qui elle est passée d'actionner *ex stipulatu*⁴¹⁸.

*D. 45, 3, 36 Iavolenus : Quod servus stipulatus est, quem dominus pro derelicto habebat, nullius est momenti, quia qui pro derelicto rem habet, omnimodo a se reiecit nec potest eius operibus uti, quem eo iure ad se pertinere noluit. [...] alter voluntate domini derelictus non potest videri ad usum eius pertinere, a quo relictus est.*⁴¹⁹

Le D. 45, 3, 36 *Iavolenus* souligne l'interaction nécessaire qui semble exister entre la *potestas*, l'acte accompli et les effets de celui-ci⁴²⁰. En effet, l'acte d'un esclave abandonné est tout simplement nul et n'échoit donc pas en la personne de son ancien maître⁴²¹. De plus, si l'acte est accompli au nom du maître qui a fait dérélition de l'esclave, il ne vaut même pas naturellement entre le tiers et ce dernier⁴²²; ainsi, si la prestation venait à

⁴¹⁶ Cf. : le D. 45, 3, 1, pr. *Iulianus* et le D. 45, 3, 15 *Florentinus*.

⁴¹⁷ Cf. : le D. 41, 1, 53 *Modestinus*, qui indique que l'esclave acquiert *civilter* au nom de son maître. Voir en outre : le D. 23, 3, 46, pr. *Iulianus*, le D. 45, 3, 2 *Ulpianus in fine* et le D. 45, 1, 126, 2 *Paulus a contrario*, qui indiquent que l'esclave acquiert au maître une obligation. Il s'agit de l'obligation civile qui engage le tiers à exécuter la promesse faite par stipulation en faveur du maître.

⁴¹⁸ Cf. p. ex. : le D. 45, 3, 1, 2 *Iulianus*; le D. 45, 3, 1, 6 *Iulianus*.

⁴¹⁹ Traduction : Ce qu'a stipulé un esclave que le maître considérait comme abandonné est nul, parce que celui qui tient une chose pour abandonnée la rejette tout à fait de soi et ne peut tirer parti en sa personne des services de celui qu'il a abandonné. [...] l'autre délaissé par la volonté de son maître ne peut paraître resté au service de celui qui l'a abandonné.

⁴²⁰ Voir aussi la note 397.

⁴²¹ En ce sens : CUQ, p. 82, qui indique que l'esclave sans maître ne peut contracter, car il n'a personne de qui emprunter la capacité nécessaire; GIRARD, I, p. 105; MONIER, I, p. 214, qui parle de totale incapacité de participer à la vie juridique.

⁴²² Voir la note 399.

être exécutée, le tiers pourrait tout simplement la revendiquer par une pétition réelle⁴²³.

C. L'esclave en copropriété et les personnes ayant une situation avantageuse sur celui-ci

*Gai. 2, 86 : Adquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos, quos in potestate manu mancipiove habemus ; item per eos servos, in quibus usumfructum habemus ; item per homines liberos et servos alienos, quos bona fide possidemus. [...]*⁴²⁴

Nous avons étudié le cas ordinaire où l'esclave est sous la puissance de son seul maître, voyons maintenant comment s'articule le *ius acquirendi* lorsque l'esclave est en copropriété ou lorsqu'un *sui iuris*, qui n'est pas le maître de l'esclave, a une situation dite avantageuse sur celui-ci. Il s'agit ici de définir les critères qui permettent de connaître le bénéficiaire des acquisitions gratuites - sans contrepartie -, dans les hypothèses conflictuelles où l'esclave est en copropriété, dans celles où il est en usufruit, ou celles encore où l'on se servirait, en tant que possesseur de bonne foi, de ses services ou des services d'un homme libre *bona fide serviens*⁴²⁵.

On constate qu'il y a deux ordres de critères qui définissent le destinataire du *ius acquirendi*.

Le critère de premier ordre consiste à savoir si l'esclave agit nominativement - *nominatim* - ou sur *iussum*⁴²⁶ : s'il agit au nom d'un de ses copropriétaires ou au nom de la personne qui emploie ses services,

⁴²³ Un esclave ne pouvant lui-même jamais devenir propriétaire.

⁴²⁴ Traduction : Nous acquérons non seulement par nous-même, mais aussi par l'entremise de ceux que nous tenons « en puissance », en main ou en mainprise ; de même, par les esclaves dont nous avons l'usufruit, les hommes libres et les esclaves d'autrui que nous possédons de bonne foi.

Le D. 41, 1, 10, pr. *Gains* correspond en substance à Gai. 2, 86.

⁴²⁵ Voir à ce sujet : SÖLLNER, p. 1 ss.

⁴²⁶ Voir au sujet de l'analogie et des nuances entre l'acte conclu nominativement et le *iussum* à la section « La conclusion d'un acte par l'esclave sur la base d'un *iussum* de son maître est-elle distinguée de celle effectuée au nom de ce dernier ? », p. 205 ss.

les choses⁴²⁷ ou stipulations gratuites leur sont acquises⁴²⁸ ; s'il agit en son propre nom (ou sans désigner personne), le *ius adquirendi* jouerait plutôt en faveur de son seul et véritable propriétaire⁴²⁹ ou, pour le cas d'un esclave partagé, tous ses copropriétaires proportionnellement à leur part de copropriété⁴³⁰.

S'il n'agit pas nominativement ou sur *iussum*, alors interviennent les critères de deuxième ordre. Le premier consiste en ce que tout ce qui provient du travail de l'esclave - *ex operis suis* - est acquis à la personne bénéficiant d'une situation avantageuse sur lui⁴³¹. Le second critère

⁴²⁷ Excepté le cas des fruits de la femme esclave : cf. la note 325.

⁴²⁸ Voir p. ex. en ce sens : le D. 45, 3, 28, 3 *Gaius*, le D. 45, 3, 6 *Pomponius*, le D. 45, 3, 37 *Pomponius*, le D. 45, 3, 5 *Ulpianus* à la fin et le D. 45, 3, 7 *Ulpianus*, qui indiquent que ce qu'un esclave acquiert ou stipule au nom ou sur autorisation de l'un de ses copropriétaires est acquis au seul nommé ou à celui qui a donné son *iussum* ; le D. 45, 3, 39 *Pomponius (Gaius)* et le D. 7, 1, 25, 3 *Ulpianus*, qui précisent que, lorsqu'un esclave en usufruit ou possédé de bonne foi stipule au nom de son maître alors même que la stipulation viserait le patrimoine de l'usufruitier ou du possesseur, elle serait acquise au véritable maître. L'usufruitier ou le possesseur pourraient toutefois dans ce cas tenter une *condictio* pour récupérer l'indu. Voir aussi : le D. 7, 1, 25, 6 *Ulpianus (Scaevola)*, qui indique que lorsque l'acte de l'esclave est passé au nom de deux possesseurs de bonne foi ou d'un usufruitier, le *ius adquirendi* joue en leur faveur, mais que sinon on vérifiera au regard de quel patrimoine l'acte est passé et cela déterminera l'acquisition. Si ce dernier critère n'est d'ailleurs pas applicable, l'acquisition passera au vrai propriétaire de l'esclave. Voir encore : le D. 7, 1, 24 *Paulus*, qui précise que la stipulation faite par l'esclave en usufruit au nom de l'usufruitier est acquise dans la règle à ce dernier ; le D. 45, 3, 30 *Paulus*, qui indique que ce qu'un esclave d'autrui aurait stipulé pour un autre que son maître ne sera pas acquis à son maître. Voir en outre : le D. 45, 3, 31 *Paulus* à la fin.

L'usage du critère de la dénomination du maître dans la stipulation faite en faveur de l'esclave l'emporte de manière générale sur les autres critères.

⁴²⁹ Cf. : Gai. 2, 91, Gai. 2, 92, les *Fragm. Ulp.* 19, 21 et les *Iust. Inst.* 2, 9, 4, qui précisent que tout ce qui est acquis par un esclave en usufruit ou encore un esclave d'autrui ou un homme libre possédés de bonne foi, est en principe acquis au maître (nu-)propriétaire, excepté le cas de l'acquisition par leur travail ou de celle résultant d'un patrimoine considéré. Nous pouvons déduire la même chose de Gai. 3, 164 s., qui indique que le *ius adquirendi* en faveur des personnes, dont l'usufruitier, qui se servent des services de l'esclave d'autrui ou de l'homme libre n'est possible en leur faveur que dans deux cas, soit dans celui où l'acquisition résulterait du travail de l'esclave, soit dans celui où l'acquisition (ou la stipulation) serait faite au regard du patrimoine de ces personnes. Le texte de Gai. 3, 166, rapporte toutefois que certains estiment que, même si l'esclave, possédé de bonne foi par autrui, agit au nom de son maître propriétaire de droit quiritaire, il ne lui acquerrait pas. Le maître aurait ainsi moins de droits que l'usufruitier ou le possesseur de bonne foi. Voir en outre : le D. 45, 3, 31 *Paulus*.

⁴³⁰ Cf. : le D. 45, 3, 37 *Pomponius* ; le D. 45, 3, 5 *Ulpianus* au milieu ; le D. 45, 3, 11 *Ulpianus*.

⁴³¹ Les textes faisant référence à ce critère sont les mêmes que ceux cités en note 434.

déterminant consiste à savoir au regard de quel patrimoine - *ex re* - l'esclave agit. Ce critère vaudra par exemple chaque fois qu'une stipulation sera conclue par un tiers en faveur de l'esclave en réponse à un acte que lui-même⁴³², son maître ou la personne tirant avantage de ses services, aurait accompli en diminution de son patrimoine⁴³³ et donc en faveur de ce tiers. Ici, le principe du *ius acquirendi* joue en faveur de la personne dont le patrimoine est visé ; celle-ci peut être soit le maître, soit la personne ayant une situation avantageuse sur l'esclave⁴³⁴.

Dans tous les autres cas, l'acquisition passe automatiquement sur la tête de de son (ses) véritable(s) maître(s) si celui qui acquiert est esclave⁴³⁵, ou sur sa propre tête s'il est libre⁴³⁶. Il subsiste toutefois une exception lorsque l'esclave reçoit une pure libéralité (legs, institution d'héritier ou donation) et qu'il apparaît que l'intention du donateur est de la transmettre à l'usufruitier ou à la personne qui a une situation avantageuse sur l'esclave ; dans ces cas, ce sont bien ces derniers qui acquièrent et non pas le vrai propriétaire⁴³⁷. De même, une libéralité reçue par l'esclave en vue de son affranchissement lui est en principe personnellement, mais fictivement acquise à cette fin⁴³⁸.

⁴³² P. ex. par l'intermédiaire d'un pécule.

⁴³³ A noter qu'on peut tout à fait imaginer que la prestation sorte d'un pécule ; il conviendra de savoir alors à qui appartient ce pécule : cf. le D. 41, 1, 43, 2 *Gaius*.

⁴³⁴ Voir en ce sens p. ex. : Gai. 2, 91 ; Gai. 2, 92 ; les D. 41, 1, 10, 3-4 *Gaius* ; le D. 41, 1, 43, 2 *Gaius* ; le D. 45, 3, 19 *Scaevola* ; le D. 45, 3, 18, 3 *Papinianus* à la fin ; les *Fragm. Ulp.* 19, 21 et les *Iust. Inst.* 2, 9, 4 ; le D. 7, 1, 21 *Ulpianus* ; le D. 45, 3, 20, pr.-1 *Paulus*. Voir toutefois : le D. 7, 8, 14, pr. *Ulpianus*, qui indique que les acquisitions provenant du travail d'un esclave dont on n'aurait reçu que l'usage (*usuarium*) passent au vrai maître.

⁴³⁵ Cf. : Gai. 2, 92 ; les D. 41, 1, 10, 3-4 *Gaius* ; le D. 45, 3, 18, 3 *Papinianus* à la fin ; le D. 7, 1, 25, 3 *Ulpianus* ; les *Fragm. Ulp.* 19, 21 ; le D. 45, 3, 31 *Paulus* ; D. 45, 3, 33 *Paulus* ; les *Iust. Inst.* 2, 9, 4.

Voir de plus les textes et les développements en note 429 et 430.

⁴³⁶ Cf. : le D. 45, 3, 34 *Iavolenus* ; le D. 41, 1, 10, 4 *Gaius* ; le D. 41, 1, 19 *Pomponius* ; le D. 45, 3, 33 *Paulus*.

⁴³⁷ Voir en ce sens : les D. 7, 1, 21-22 *Ulpianus* et le D. 7, 1, 25, pr. *Ulpianus*, qui indiquent que si le donateur a l'intention de donner à l'usufruitier par l'intermédiaire de l'esclave, c'est bien à l'usufruitier que la libéralité sera acquise.

⁴³⁸ Cf. les développements à la note 843.

Paragraphe 3 Conclusion intermédiaire

De l'étude des textes, il ressort que l'esclave ne peut rien avoir en propre⁴³⁹. Il ne peut devenir propriétaire de droit civil ou titulaire de quelques droits ou obligations civils⁴⁴⁰. Cette incapacité générale de détenir un patrimoine ne l'empêche pourtant pas d'agir et de nouer des rapports avec d'autres esclaves ou des *sui iuris* de manière autonome⁴⁴¹. La personnalité de l'esclave nous paraît donc être une réalité de fait (ou de « droit » naturel) reconnue⁴⁴² ; de plus, sa conscience personnelle et sa

⁴³⁹ Cette perspective sera dans les faits atténuée lorsque l'esclave possède un pécule ; nous le verrons dans l'étude de l'institution du pécule à la section « L'institution du pécule », p. 239 ss.

⁴⁴⁰ Cf. : CUQ, p. 125, qui précise que l'acte d'un incapable ne peut produire d'effets juridiques ; GIRARD, I, p. 493 s. ; MONIER, I, p. 211 ss ; ALBANESE, p. 138.

⁴⁴¹ Voir en ce sens : CUQ, p. 81, qui affirme que la jurisprudence finira par reconnaître aux esclaves une personnalité juridique ; AFFOLTER, p. 81, qui qualifie la capacité de fait de l'esclave (« Handlungsfähigkeit ») de « personale Fähigkeit, die für die Rechtsordnung von Bedeutung ist, also eine rechtlich relevante Fähigkeit oder Rechtsfähigkeit im weiteren Sinne des Wortes » ; GIRARD, I, p. 105 s. ; MONIER, I, p. 211, qui parle d'une certaine capacité juridique au profit du maître, mais bien exercée par l'esclave en propre. Il abandonne également la notion purement factuelle de cette capacité d'action. Voir encore : ARANGIO-RUIZ, p. 46 ; MORABITO, p. 103, qui nous apprend que les juristes, sans remettre en question l'institution de l'esclavage, vont s'efforcer de reconnaître aux esclaves une certaine capacité dans les affaires. Voir également l'intéressant tableau comparant « indépendance de fait » et « autonomie économique relative juridiquement consacrée » à la p. 107 ; de même, à la p. 111, MORABITO parle de la reconnaissance d'une capacité patrimoniale pour permettre à l'esclave d'agir de façon autonome dans son propre intérêt.

⁴⁴² Voir à ce sujet : AFFOLTER, p. 82, qui pense que les indicateurs de la personnalité de l'esclave résident dans ses capacités personnelles à nouer des rapports de droit (« Rechtsverhältnisse ») ; GIRARD, I, p. 105, qui parle de « reconnaissance la plus saillante de la personnalité de l'esclave » ; BUTI, p. 5, qui indique que le droit honoraire permet spécialement à l'esclave de vivre une condition juridique assimilée à celle d'un sujet de droit, bien que celle-ci soit limitée ; ALBANESE, p. 139, qui traite de cas exceptionnels dans lesquels émerge une autonome subjectivité. A la p. 144, il parle de reconnaissance de la personne de l'esclave dans le domaine patrimonial par l'acquisition de certains droits ou obligations à son maître. Voir encore : MORABITO, p. 115, qui conclut sa première partie ainsi : « Au terme de cette évolution, irréversible dès la seconde moitié du 2^e siècle, les contradictions entre esclaves et propriétaires d'esclaves tendront à céder le pas aux contradictions entre pauvres et riches. Surtout, les contradictions entre états, entre esclaves et libres, s'effaceront devant les contradictions économiques. » Nous pensons que cette conclusion ponctue notre travail en ce sens qu'elle démontre bien que le système romain relatif à l'esclavage est contradictoire en bien des points ; ainsi nous la retenons comme un intéressant miroir du malaise juridique consistant à nier toute personnalité à l'esclave ; BOULVERT/MORABITO, p. 127,

volonté propre seront souvent prises en compte lors de la conclusion d'actes⁴⁴³.

Les effets juridiques civils des actes purement gratuits, c'est-à-dire des actes qui ne constituent que des acquisitions ou des droits de créance, et non pas des pertes ou des passifs, sont automatiquement répercutés sur la tête du maître⁴⁴⁴. Ainsi, le principe du *ius acquirendi*, issu de l'ancien droit civil romain, peut se résumer en une phrase :

*D. 50, 17, 133 Gaius : Melior condicio nostra per
servos fieri potest, deterior fieri non potest.*⁴⁴⁵

Le D. 50, 17, 133 *Gaius*, postule en outre que la situation juridique du maître ne peut pas se détériorer, mais seulement s'améliorer par l'intermédiaire de l'esclave⁴⁴⁶. Concrètement, cela signifie que l'esclave ne peut pas endetter son maître ou disposer de son patrimoine sans son consentement. Cette deuxième facette du *ius acquirendi* prend d'une

qui voient en l'esclavage une « contradiction entre le défaut d'accès aux divers actes de la vie juridique et la nécessité de pouvoir valablement et par [...]/la seule activité [de l'esclave] modifier l'équilibre économique existant et stabilisé par le droit. » Un peu plus loin, la question qu'ils se posent est fondamentale : « Est-il possible de laisser dans sa condition juridique « animale » un individu dont un citoyen peut être l'obligé ? »

⁴⁴³ Cf. : le D. 50, 17, 34 *Ulpianus* et le D. 50, 17, 96 *Maecianus*, qui précisent que dans les contrats, on doit toujours suivre l'intention des parties à l'acte. Or, celui qui est naturellement partie à l'acte est bien l'esclave. Voir en ce sens : le D. 21, 1, 51, pr. *Africanus* ; le D. 44, 6, 2 *Ulpianus* ; le D. 18, 1, 12 *Pomponius* ; le D. 41, 4, 2, 10/14 *Paulus*.

Voir à ce sujet : AFFOLTER, p. 83 ; MONIER, I, p. 211, qui avance que les Romains ont dû reconnaître que l'esclave était doué d'intelligence propre ; BENÖHR, Z. S. S. 87 (1970), p. 153 s. ; CLAUS, p. 215 s. ; BUTI, p. 94 ; ALBANESE, p. 144, qui précise que le maître n'a pas besoin d'être conscient ou de donner un ordre préventif pour acquérir de l'esclave, et qui indique de plus qu'on ne tient compte parfois que de la conscience et volonté de l'esclave au moment de l'acte, notamment pour savoir si on peut faire valoir une peine (cf. le D. 44, 6, 2 *Ulpianus*), ou pour savoir si l'acte est vicieux (cf. le D. 41, 4, 2, 10-12 *Paulus*) ; ALBANESE, p. 141 et 145.

Voir de plus la section « L'élément subjectif (conscience et volonté) dans les contrats », p. 156 ss.

⁴⁴⁴ En ce sens, voir : ARANGIO-RUIZ, p. 95 ; ALBANESE, p. 141.

⁴⁴⁵ Traduction : Notre condition peut être améliorée par nos esclaves, mais ne peut pas être détériorée.

⁴⁴⁶ Voir aussi, dans le même sens : le D. 16, 3, 33 *Labeo* ; le D. 3, 5, 38 *Gaius* ; le D. 16, 1, 27, 1 *Papinianus* ; le C. 2, 3, 3 *Severus et Antoninus*. Voir de même : le D. 47, 2, 52, 26 *Gaius*, qui prévoit que l'esclave, seul, ne peut effectuer une donation, même si elle est issue de son pécule.

En ce sens : SCHLEPPINGHOFF, p. 2.

certain manière le contre-pied de l'autonomie grandissante de l'esclave et doit avoir eu originairement pour but de protéger le maître contre des actes que son esclave aurait conclu sans sa connaissance, voire nonobstant son opposition⁴⁴⁷.

Au vu des nécessités du développement économique, le système du *ius adquirendi* s'est avéré insuffisant⁴⁴⁸. Comme les acquisitions par des tiers libres étaient impossibles⁴⁴⁹, pour pouvoir commercer à distance, alors que l'économie se décentre de plus en plus de Rome, les Romains comptent sur leurs esclaves⁴⁵⁰. Mais comme la plupart des transactions commerciales sont construites sur un modèle bilatéral, c'est-à-dire qu'à un enrichissement du patrimoine correspond le plus souvent un appauvrissement, il est devenu absolument nécessaire de dépasser le seul principe civil applicable du *ius adquirendi*⁴⁵¹.

En nous penchant sur le Digeste, nous observons en effet que nombreux sont les contrats auxquels l'esclave participe⁴⁵² :

Ainsi, l'esclave peut être stipulateur⁴⁵³ (*stipulatio*), prêteur⁴⁵⁴ ou emprunteur⁴⁵⁵ à consommation (*mutuum*), prêteur⁴⁵⁶ ou emprunteur⁴⁵⁷ à

⁴⁴⁷ Cf. la note 407.

⁴⁴⁸ En ce sens : BUCKLAND, p. 154 ; GIRARD, I, p. 106 s. ; GIRARD, II, p. 713 s. ; ALBANESE, p. 145, pour qui la possibilité de s'endetter par son esclave se développa principalement grâce au *ius honorarium*.

⁴⁴⁹ Cf. : Gai. 2, 95.

⁴⁵⁰ En ce sens : ALBANESE, p. 140.

⁴⁵¹ Cf. la section « Les actes contractuels bilatéraux accomplis par l'esclave – le système de la « représentation » », p. 189 ss.

⁴⁵² Le droit romain de l'époque classique connaît des contrats dits de droit strict et des contrats de bonne foi (cf. le D. 44, 7, 57 *Pomponius*) : parmi les premiers, nous connaissons les contrats verbaux, dont la *stipulatio*, parfois le *mutuum* (cf. : le D. 44, 7, 1, 7 *Gaius* ; le D. 44, 7, 52, 2 *Modestinus*) et « littéraux », dont la reconnaissance de dette écrite (cf. : Gai. 3, 128 ; Gai. 3, 134) ; parmi les seconds, nous trouvons les contrats dits réels, dont le *mutuum*, *commodatum*, *depositum*, *pignus* et *fiducia* (cf. : le D. 44, 7, 1, 2 *Gaius* ; le D. 44, 7, 52, 1 *Modestinus*) et consensuels, dont l'*emptio-venditio*, *locatio-conductio*, *societas* et *mandatum* (cf. : le D. 44, 7, 2, pr. *Gaius* ; le D. 44, 7, 52, 4 *Modestinus*). Voir en outre : Gai. 3, 89 et le D. 44, 7, 1, 1 *Gaius*, qui annoncent l'existence des contrats *re, verbis, litteris* ou *consensu*.

⁴⁵³ Cf. : le Titre III du Livre XLV du Digeste lui est entièrement consacré.

⁴⁵⁴ P. ex. : le D. 12, 1, 11, 2 *Ulpianus* ; le D. 12, 1, 13, 2 *Ulpianus* ; le D. 12, 1, 2, 4 *Paulus*.

⁴⁵⁵ P. ex. : le D. 12, 1, 12 *Pomponius*.

usage (*commodatum*), déposant⁴⁵⁸ ou dépositaire⁴⁵⁹ (*depositum*), constituant⁴⁶⁰ ou bénéficiaire⁴⁶¹ de gage (*pignus*), vendeur⁴⁶² ou acheteur⁴⁶³ (*emptio-venditio*), locataire⁴⁶⁴ (*locatio-conductio*), sociétaire⁴⁶⁵ (*societas*), mandant⁴⁶⁶ ou mandataire⁴⁶⁷ (*mandatum*), donataire⁴⁶⁸ (*donatio*), constituant⁴⁶⁹ ou bénéficiaire⁴⁷⁰ de précaire (*precarium*) et enfin, dans certains cas particuliers, maître⁴⁷¹ ou gérant⁴⁷² d'affaires (*negotiorum gestio*).

Pour pallier un blocage systématique des conventions bilatérales conclues entre un esclave et un tiers⁴⁷³, le préteur, soutenu par les

⁴⁵⁶ P. ex. : le D. 13, 6, 14 *Ulpianus*.

⁴⁵⁷ P. ex. : le D. 13, 6, 3, 4 *Ulpianus*.

⁴⁵⁸ P. ex. : le D. 16, 3, 1, 17 *Ulpianus* ; le D. 16, 3, 1, 31 *Ulpianus* ; le D. 16, 3, 1, 32 *Ulpianus* ; le D. 16, 3, 1, 33 *Ulpianus* ; le D. 16, 3, 11 *Ulpianus*.

⁴⁵⁹ P. ex. : le D. 16, 3, 33 *Labeo* ; le D. 16, 3, 1, 18 *Ulpianus* ; le D. 16, 3, 1, 42 *Ulpianus* ; le D. 16, 3, 21, 1 *Paulus*.

⁴⁶⁰ P. ex. : le D. 13, 7, 18, 4 *Paulus*.

⁴⁶¹ P. ex. : le D. 13, 7, 28, 1 *Iulianus*.

⁴⁶² P. ex. : le D. 19, 1, 24, 2 *Iulianus* ; le D. 18, 1, 63, pr. *Iavolenus* ; le D. 18, 1, 18, 1 *Pomponius* ; le D. 18, 5, 8 *Scaevola*.

⁴⁶³ P. ex. : le D. 19, 1, 24, pr. *Iulianus* ; le D. 17, 1, 22, 9 *Paulus* ; le D. 18, 2, 14, 3 *Paulus*.

⁴⁶⁴ P. ex. : le D. 19, 2, 13, pr. *Ulpianus* ; le D. 14, 5, 8 *Paulus*.

⁴⁶⁵ P. ex. : le D. 17, 2, 18 *Pomponius* ; le D. 17, 2, 58, 3 *Ulpianus*.

⁴⁶⁶ P. ex. : le D. 17, 1, 54, pr. *Papinianus* ; le D. 17, 1, 54, 1 *Papinianus* ; le D. 17, 1, 8, 5 *Ulpianus* ; le D. 17, 1, 19 *Ulpianus* ; le D. 3, 5, 41 *Paulus*.

⁴⁶⁷ P. ex. : le D. 43, 26, 13 *Pomponius* ; le D. 44, 6, 2 *Ulpianus* ; le D. 17, 1, 5, 4 *Paulus* ; le D. 17, 1, 22, 8 *Paulus* et en outre le C. 6, 2, 1 *Severus et Antoninus*.

Il semble que, lorsque l'esclave est mandaté par son propre maître, ce mandat correspond en substance à un *iussum* de ce dernier : cf. les notes 532, 536 et 665. Dans l'hypothèse de l'institution du pécule, voir la section « S'agit-il d'un phénomène de représentation indirecte ? », p. 321 ss.

⁴⁶⁸ Pour ne donner qu'un exemple, voir : le D. 39, 6, 23 *Africanus*, qui sous-entend qu'une libéralité faite à l'esclave est acquise à son maître. Voir pour le surplus la note 391.

⁴⁶⁹ P. ex. : le D. 43, 26, 4, 2 *Ulpianus*.

⁴⁷⁰ P. ex. : le D. 43, 26, 13 *Pomponius*.

⁴⁷¹ P. ex. : le D. 3, 5, 5, 8 *Ulpianus* ; le D. 3, 5, 14 *Paulus*.

⁴⁷² P. ex. : les D. 3, 5, 16-19 *Ulpianus et Paulus (Scaevola, Proculus, Sabinus, Pegasus, Neratius)*.

⁴⁷³ P. ex. en faisant constater la nullité de l'acte conclu par l'esclave ou en l'annulant, ce qui de plus permettrait au maître de revendiquer la prestation déjà effectuée.

jurisconsultes, a développé différents moyens efficaces sur le plan civil, permettant une intervention de l'esclave comme une sorte de « représentant » de son maître, non plus seulement comme un simple instrument d'acquisition de celui-ci⁴⁷⁴.

Le concept d'*instrumentum*⁴⁷⁵ observable dans le *ius acquirendi* a donc trouvé ici ses limites, puisqu'il ne peut jouer que pour les actes purement gratuits. Pourtant, il comporte déjà en soi un paradoxe résidant dans le fait que, si d'un côté l'ordre juridique romain cherche à dénier toute personnalité juridique⁴⁷⁶ à l'esclave, d'un autre il l'introduirait fictivement par l'emprunt nécessaire que fait celui-ci de la personnalité de son maître, seul titulaire du pouvoir juridique, pour que ses actes produisent des effets de droit⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ En ce sens, cf. : MONIER, I, p. 212 ; ARANGIO-RUIZ, p. 95 ; KASER, I, § 67 III 3, p. 287 et § 141, p. 605 ss ; MORABITO, p. 101 ; MAYER-MALY, § 49 III 2, p. 114 et § 136, p. 378 ss.

Voir la section « Les actes contractuels bilatéraux accomplis par l'esclave – le système de la « représentation » », p. 189 ss.

Nous verrons quelle sera l'influence du préteur, notamment grâce à l'introduction des actions *adiecticiae qualitatis*, dans la section « Les institutions relatives aux actions *adiecticiae qualitatis* », p. 195 ss.

⁴⁷⁵ Cf. : GIRARD, I, p. 106, qui renonce à qualifier l'esclave uniquement d'objet de droit, il prétend que celui-ci est aussi un « instrument d'action juridique » ; BUTI, p. 6, qui dit que le *seruus* est une *longa manus* de son maître ; ALBANESE, p. 138 et 140 ; BOULVERT/MORABITO, p. 141, qui soulignent l'évolution en précisant que l'« *instrumentum vocale* qu'était devenu l'esclave à la fin de la république semble fort loin de l'esclave juridique type tel qu'il ressort des textes juridiques du 3^e siècle. ». Enfin, disent-ils, l'écran (le maître) qui s'intercale entre l'esclave et la société tend à s'effacer et ils vont même jusqu'à affirmer, en utilisant une terminologie moderne, que l'esclave est devenu sujet de droit.

⁴⁷⁶ Au sens civil *lato sensu* du terme.

⁴⁷⁷ En ce sens, cf. : CUQ, p. 81 s. ; GIRARD, I, p. 105 ; MONIER, I, p. 211 ; ALBANESE, p. 141, qui avance une théorie intéressante qu'il appelle la représentation par des organes.

Chapitre II Les actes contractuels et l'autonomie de l'esclave

Les Romains ont bien compris que pour favoriser les relations commerciales, l'esclave doit être à même d'intervenir sur la scène du droit des obligations, aussi bien pour des actes gratuits qu'onéreux⁴⁷⁸.

Nous allons donc aborder la question de sa capacité d'agir par rapport aux actes contractuels bilatéraux. Nous nous pencherons spécialement sur le contrat bilatéral, source d'un rapport d'obligations bilatérales, ainsi que sur les actions qui permettront en procédure de les faire valoir⁴⁷⁹. Nous verrons que l'esclave possède divers types de capacité, plus ou moins autonomes, qui dépendront des solutions envisagées par les différentes institutions relatives aux actions *adiecticiae qualitatis*⁴⁸⁰. Nous scinderons nos développements en trois parties, en commençant par examiner l'hypothèse où l'acte de l'esclave se fait en dehors du pécule, ensuite celle où il se fait en rapport avec celui-ci, et celle, particulière, où il génère un *versum*. Nos analyses nous permettront d'observer comment s'organisent et s'interpénètrent les rapports de « droit » naturel et ceux de droit civil entre les différents acteurs que sont l'esclave, son maître et le tiers.

⁴⁷⁸ Cf. : CUQ, p. 141 ; GIRARD, I, p. 105 ss ; MONIER, I, p. 211 ; BUTI, p. 6 ; MORABITO, p. 79 ss ; MELILLO, *Personae*, p. 11.

⁴⁷⁹ Cf. la note 498.

⁴⁸⁰ Cf. la section « Les institutions relatives aux actions *adiecticiae qualitatis* », p. 195 ss.

Paragraphe 1 Généralités

Il nous paraît nécessaire de commencer par donner un aperçu du système romain des obligations à l'époque classique pour en saisir la finesse et les nuances, avant d'examiner les institutions applicables lorsque l'esclave entre en relation contractuelle avec autrui.

Section 1 L'obligation civile romaine

A. Les sources

Gaius nous indique que les obligations civiles *lato sensu*⁴⁸¹ ont trois sources qui sont les contrats, les délits et les autres causes particulières⁴⁸² :

*Gai. 3, 88 : Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur : omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.*⁴⁸³

B. La définition

A l'époque classique, on peut définir l'obligation civile romaine (*obligatio*)⁴⁸⁴ comme un rapport juridique établi entre deux personnes

⁴⁸¹ Dans un sens large, on doit comprendre dans le terme d'obligations civiles, tous les rapports de droit munis d'action, soit les rapports de droit dit « positif » : cf. *Cicero, De Officiis*, 3, 17, 69 ; le D. 50, 16, 10 *Ulpianus* (voir en ce sens : CUQ, p. 368 ; MICOLIER, p. 607 ss). Autrement, on distingue l'obligation naturelle, de droit civil, de droit prétorien et de droit des gens : cf. le D. 13, 5, 1, 8 *Ulpianus* ; le D. 46, 2, 1, 1 *Ulpianus* ; le D. 20, 1, 5, pr. *Marcianus* ; le D. 36, 1, 41, pr. *Paulus*.

⁴⁸² Cf. : CUQ, p. 379 ss ; GIRARD, I, p. 417 ss ; ARANGIO-RUIZ, p. 291 ss.

⁴⁸³ Traduction : Passons maintenant aux obligations. Elles comportent une division fondamentale en deux espèces : toute obligation en effet naît d'un contrat ou d'un délit.

Voir en outre le D. 44, 7, 1, pr. *Gaius* qui complète la liste avec « [...] aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris ».

⁴⁸⁴ En général, les juristes considèrent les termes d'*obligatio* et de *debitum* comme des équivalents. Cf. p. ex. : Gai. 3, 124, qui indique qu'une obligation contractée représente une dette ; Gai. 3, 176, qui précise que la novation d'une obligation éteint la première dette et la remplace ; le D. 50, 16, 108 *Modestinus*, qui définit le débiteur - *debitor* - comme celui dont on peut

permettant au créancier⁴⁸⁵ de demander⁴⁸⁶ par sa volonté l'accomplissement par le débiteur⁴⁸⁷ d'une prestation susceptible d'être évaluée en argent⁴⁸⁸ :

*D. 44, 7, 3, pr. Paulus : Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.*⁴⁸⁹

De manière générale, l'obligation consiste en un devoir de donner, faire ou exécuter une prestation⁴⁹⁰. Dans le cas ordinaire, l'obligation est éteinte au moment où la prestation est exécutée⁴⁹¹.

exiger de l'argent, ce qui implique l'obligation ; le D. 50, 17, 84, pr. *Paulus*, qui souligne que celui qui paie plus que sa dette, aura la possibilité, s'il ne peut récupérer uniquement le surplus payé, de tout répéter comme indû, mais qu'alors l'obligation pour laquelle il était obligé doit demeurer.

En ce sens, voir : MICOLIER, p. 610.

⁴⁸⁵ Cf. : le D. 50, 16, 11 *Gaius* ; le D. 50, 16, 10 *Ulpianus* ; le D. 50, 16, 12 *Ulpianus*.

⁴⁸⁶ Grâce à l'action si le débiteur ne s'exécute pas : cf. le D. 44, 7, 25, pr. *Ulpianus* à la fin.

⁴⁸⁷ Cf. : le D. 50, 16, 178, 3 *Ulpianus* ; le D. 50, 16, 108 *Modestinus*.

⁴⁸⁸ Voir en ce sens : Gai. 2, 14 ; Gai. 4, 2 ; le D. 16, 1, 27, 2 *Papinianus*, où l'on oblige sa foi : *fidem suam obligare* ; le D. 44, 7, 25, pr. *Ulpianus* ; le D. 44, 7, 54 *Ulpianus* ; le D. 50, 16, 19 *Ulpianus* ; les Iust. Inst. 3, 13, pr. ; *Titus-Livius, Historia Romana*, (326), 8, 28, où il est question de l'abolition de l'esclavage pour dette et l'on parle de *vinculum fidei*.

En ce sens, cf. : CUQ, p. 364 ss, spéc. p. 366 ; GIRARD, I, p. 415 s. ; ARANGIO-RUIZ, p. 283 ss, spéc. p. 284 ; KASER, I, § 113 I 1, p. 479 ; MAYER-MALY, § 87, p. 212.

A noter que les Romains emploient le terme d'*obligatio* dans deux sens, tantôt dans le sens large de rapport de droit, tantôt dans le sens plus étroit de charge ou dette de l'une des parties à ce rapport de droit. Lorsqu'il est question d'une stipulation en faveur du maître, les Romains disent parfois que l'esclave acquiert une obligation à son maître (cf. le D. 45, 1, 126, 2 *Paulus* au milieu *a contrario : obligationem...adquirere*) : il s'agit de l'obligation que le stipulateur doit accomplir en faveur du maître, soit à l'inverse, du « droit de créance » du *dominus* issu de la stipulation.

⁴⁸⁹ Traduction : La substance des obligations ne consiste pas en soi à nous faire acquérir la propriété d'un objet ou d'un droit de servitude, mais à obliger quelqu'un à nous donner quelque chose, à faire quelque chose ou à exécuter une prestation.

⁴⁹⁰ Les textes suivants parlent de *dare, facere, praestare debere* : le D. 9, 2, 52, 3 *Alfenus* ; le D. 17, 1, 31 *Iulianus* ; le D. 3, 5, 27 *Iavolenus* ; le D. 19, 1, 31, pr. *Neratius* ; le D. 19, 1, 27 *Paulus* ; le D. 38, 1, 20, pr. *Paulus*.

Lorsque les textes utilisent le verbe *debere*, l'accent semble mis sur l'obligation personnelle d'une personne envers une autre, tandis que lorsque le verbe impersonnel *oportere* est employé (p. ex. à Gai. 4, 2), il s'agirait plutôt du droit ou de l'obligation tels qu'ils seraient déduits en justice (voir de manière générale : le titre IV des *Institutes* de Gaius). Le droit objectif et la justice étant garants

C. La cause contractuelle

*Gai. 3, 89 : Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt : aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.*⁴⁹²

L'acte contractuel (bilatéral) est l'une des causes⁴⁹³ qui génère à charge des parties des droits⁴⁹⁴ ou obligations réciproques⁴⁹⁵ :

Gai. 3, 137 : Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur

d'accorder à chacun son droit (cf. le D. 1, 1, 10, pr.-1 *Ulpianus*), le verbe *oportere* semble consister en la reconnaissance en justice de droits « subjectifs » protégés par le droit objectif (cf. le D. 50, 16, 37 *Paulus*, qui indique que *oportere* doit se rapporter à la vérité judiciaire) ; il est d'ailleurs plus souvent employé après une *litis contestatio*. Avant la fixation de l'objet d'un procès, on parle plutôt de *debere*, soit du devoir découlant de l'obligation. En effet, *Gai. 3, 180*, précise que la *litis contestatio* met fin à l'*obligatio* originaires et la transforme finalement en jugement, soit une obligation judiciaire.

⁴⁹¹ Cf. *Gai. 3, 168*. Voir encore, en cas d'inexécution de la prestation : *Gai. 3, 180-1*, qui montre le remplacement de l'obligation originaires par l'obligation d'indemniser à l'issue du jugement. Voir en outre sur cette dernière question la section « L'étendue de la responsabilité », p. 385 ss.

⁴⁹² Traduction : Et occupons-nous pour commencer de celles qui naissent des contrats. Il y en a quatre genres : l'obligation se contracte ou par la chose, ou verbalement, ou par écrit, ou par consentement.

Voir en outre : le D. 44, 7, 1, 1 *Gaius* ; le D. 44, 7, 4, *Gaius* ; le D. 44, 7, 52, pr.-10 *Modestinus*.

⁴⁹³ Cf. : *Gai. 2, 90*, où l'on précise que la propriété est acquise au maître *ex omnibus causis* par les personnes « en puissance », et donc aussi par l'intermédiaire de contrats. Dans le même sens, cf. : le D. 41, 1, 32 *Gaius* ; le D. 50, 16, 12, pr. *Ulpianus* ; les *Fragm. Ulp.* 19, 20.

⁴⁹⁴ Voir p. ex. : *Gai. 2, 14*, qui parle un peu maladroitement de « droit de l'obligation » - *ius obligationis*. Si on prend le terme *obligatio* dans son sens large de rapport de « droit », ce *ius* dont il est question représente vraisemblablement le droit de créance de ce rapport, dont émane, dans le cas du contrat, un droit et une obligation réciproques. En ce sens également : le C. 4, 2, 2 *Antoninus*, qui parle d'un droit de créance tendant à la récupération d'une somme prêtée, appelé également *ius obligationis*.

Voir en ce sens : PUGLIESE, *Actio*, p. 241 s.

⁴⁹⁵ En ce sens, cf. : le D. 44, 7, 2, 3 *Gaius* ; le D. 2, 14, 7, pr.-2 *Ulpianus* ; le D. 50, 16, 19 *Ulpianus*, où il est précisé que le contrat contient une obligation réciproque dans un rapport d'échange entre deux personnes (du grec : « *synallagma* ») ; le D. 5, 1, 20 *Paulus*.

Voir aussi : CUQ, p. 385 ; GIRARD, I, p. 461 ss ; MONIER, I, p. 211 s ; ARANGIO-RUIZ, p. 296 ; KASER, I, § 56, p. 227 ss.

*alius promittat et in nominibus alius expensum ferendo obliget
alius obligetur.*⁴⁹⁶

Le texte ci-dessus nous présente notamment les modalités propres aux contrats consensuels, avec des formules spécifiques pour les contrats verbaux et « littéraux ».

D. L'action

L'*actio* est quant à elle le moyen judiciaire pour engager le débiteur à exécuter ses obligations⁴⁹⁷ issues du contrat⁴⁹⁸, ou sa responsabilité pour leur inexécution, sous réserve de l'*exceptio non adimpleti contractus*⁴⁹⁹ :

*Gai. 4, 2 : In personam actio est, qua agimus / quotiens
/ cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus
est, id est cum intendimus dare facere praestare oportere.*⁵⁰⁰

*D. 44, 7, 51 Celsus : Nihil aliud est actio quam ius
quod sibi debeat, iudicio persequendi.*⁵⁰¹

⁴⁹⁶ Traduction : Ces contrats (consensuels) ont encore cela de particulier, que l'une des parties est obligée envers l'autre en vertu de la prestation que l'autre doit lui fournir selon l'équité et la bonne foi, alors que dans les obligations verbales, l'un stipule, l'autre promet, et que dans les dettes en écriture, l'un oblige en inscrivant la dépense, l'autre est obligé.

Ce texte correspond au D. 44, 7, 2, 3 *Gaius*.

⁴⁹⁷ Auxquelles correspondent les obligations de l'autre partie.

⁴⁹⁸ Voir en général à propos des actions dites *in personam* : Gai. 4, 1 ss ; le D. 44, 7, 28 *Papinianus* ; le D. 2, 14, 7, 1-2 *Ulpianus* ; le D. 44, 7, 25, pr.-2 *Ulpianus* ; le D. 44, 7, 37, pr. *Ulpianus* ; le D. 50, 16, 10 *Ulpianus* ; le D. 50, 16, 178, 2/3 *Ulpianus* ; le D. 50, 17, 123, pr. *Ulpianus* ; le D. 44, 7, 41, pr. *Paulus* ; le D. 50, 16, 34 *Paulus* ; les *Iust. Inst.* 4, 6, pr. Voir de plus : le D. 19, 1, 52, pr. *Scaevola*, le D. 19, 5, 24 *Africanus*, Gai. 4, 6-9, Gai. 4, 74, le D. 38, 5, 12 *Iavolenus*, le D. 17, 2, 60, 1 *Pomponius*, le D. 21, 1, 31, 8 *Ulpianus (Marcellus)*, le D. 17, 1, 22, 2 *Paulus* et le D. 17, 1, 22, 9 *Paulus*, qui présentent tous l'action comme le moyen de poursuivre (*consequi*) une prétention, et donc, d'une certaine manière, comme la sanction d'un droit subjectif (cf. la section « La controverse doctrinale sur l'existence des droits subjectifs », p. 76 ss).

Voir en outre : CUQ, p. 367 ; KASER, I, § 114 I 1, p. 483 ; MAYER-MALY, § 90 I, p. 218.

Voir aussi la note 183.

⁴⁹⁹ Cf. : Gai. 4, 126a ; le D. 19, 1, 25 *Iulianus* ; le D. 19, 1, 13, 8 *Ulpianus* ; le D. 44, 4, 5, 4 *Paulus*.

⁵⁰⁰ Traduction : Il y a action personnelle quand nous intentons un procès à quelqu'un qui est obligé envers nous par contrat ou par délit, c'est-à-dire quand nous prétendons qu'il faut qu'il donne, fasse ou exécute une prestation.

Le jugement condamnant le débiteur permettra, le cas échéant, d'obtenir l'exécution forcée, soit, en droit classique, la *venditio bonorum* de celui-ci⁵⁰².

E. La stipulation⁵⁰³

Les Romains connaissent principalement des contrats nommés⁵⁰⁴, mais le moyen de la stipulation - *stipulatio* - concède la possibilité d'envisager toutes sortes d'obligations qui ne seraient pas qualifiées dans une institution contractuelle reconnue⁵⁰⁵. La possibilité de concevoir deux stipulations réciproques entre deux sujets permet d'obtenir une situation quasiment similaire à celle d'un contrat bilatéral. L'esclave a par ailleurs toujours la capacité de stipuler en faveur de son maître⁵⁰⁶.

⁵⁰¹ Traduction : L'action n'est autre que le droit de poursuivre en justice ce qui nous est dû. Cette traduction est inspirée de HULOT/BERTHELOT, WATSON et encore D'ORS.

Mais l'on pourrait aussi traduire le texte par : L'action n'est autre que la poursuite en justice du droit qui nous est dû – *ius quod sibi debeat*. Ainsi l'on mettrait l'accent sur le concept de droit subjectif actionné en justice.

⁵⁰² Cf. le D. 15, 1, 51 *Scaevola*. Plus tard, on n'admettra que la saisie des biens nécessaires à la couverture de la créance : cf. les Inst. 3, 13, pr.

⁵⁰³ Voir en outre la section « Le cas des stipulations », p. 137 ss.

⁵⁰⁴ Voir p. ex. la liste des contrats consensuels donnée par Gaius au D. 44, 7, 2, pr. *Gaius*, soit l'achat/vente, le contrat de louage/travail, le contrat de société et le mandat. Voir en outre au sujet des divers contrats nommés, les développements de Gaius à Gai. 3, 88 ss et la note 452.

En ce sens : ROUBIER, p. 40.

⁵⁰⁵ Voir p. ex. : Gai. 2, 38, qui indique que pour transférer un droit de créance d'une personne à une autre, il faut que la première ait autorisé la seconde à demander à son débiteur qu'il lui promette par stipulation qu'il lui paiera à elle. Ainsi, le débiteur est libéré de son ancien créancier et tenu envers le nouveau (*teneri*) ; on dit que s'opère une novation d'obligation (*novatio obligationis*), ce qui signifie que la promesse du débiteur faite par stipulation peut être considérée comme une véritable obligation envers le nouveau créancier. Au sujet de la stipulation comme génératrice d'une obligation pour celui qui promet et d'un droit de créance correspondant pour le stipulateur (celui qui se fait promettre), voir encore : le D. 45, 1, 56, 2-3 *Iulianus* ; Gai. 3, 92-114 ; le D. 45, 1, 141, 3 *Gaius* ; le D. 45, 3, 28, pr. *Gaius (Iulianus)* ; le D. 45, 1, 95 *Marcellus* ; le D. 45, 1, 126, 2 *Paulus*.

⁵⁰⁶ Cf. notamment le titre III du Livre XLV du Digeste - *De stipulatione servorum* et la section « Le cas des stipulations », p. 137 ss. Voir encore : le D. 23, 3, 46, pr. *Iulianus* ; Gai. 2, 87 ; Gai. 3, 103 *contrario* ; Gai. 3, 114 ; le D. 46, 6, 5 *Paulus*, pour le cas du fils de famille par analogie. L'esclave ne peut par contre pas lui-même promettre à autrui par stipulation, c'est-à-dire constituer uniquement une obligation civile grevant son maître passivement : cf. Gai. 3, 176 à la fin, où une telle stipulation apparaît comme nulle ou non avenue. Toutefois à Gai. 3, 179 à la fin, la novation

Section 2 L'élément subjectif (conscience et volonté) dans les contrats

A. Les règles générales

Pour conclure un contrat, il est nécessaire que les parties à cet acte échangent leurs manifestations de volonté de manière réciproque et concordante⁵⁰⁷, de façon à converger vers un but commun. Cette définition moderne⁵⁰⁸ trouve déjà sa source dans la jurisprudence romaine classique :

*D. 2, 14, 1, 3-4 Ulpianus : 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. 4 Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt : veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem.*⁵⁰⁹

d'une obligation civile valable par une promesse d'esclave (*a servo...stipulatus*) non valable semble possible, mais il en résulte qu'il y a disparition de l'obligation civile de prestation, car on ne peut pas actionner un esclave. Probablement que la prestation qui disparaît sur le plan civil, notamment parce que démunie d'action, continue naturellement à grever l'esclave lui-même : cf. les explications dans la section « *L'obligatio naturalis* - généralités », p. 172 ss.

⁵⁰⁷ Cf. le D. 50, 17, 160 *Ulpianus*, qui indique que le consentement à un acte doit être bien distingué de l'acte lui-même.

⁵⁰⁸ Voir, pour ne donner qu'un exemple, l'art. 1 du Code des obligations suisse.

⁵⁰⁹ Traduction : 3 Le terme de convention est général ; il appartient à tout consentement donné par ceux qui ont des intérêts réciproques, soit pour contracter, soit pour transiger, car, de même que ceux qui se rendent de différents lieux au même endroit, sont dits convenir, de même aussi on applique ce terme à ceux qui se réunissent à un même sentiment. Il est si vrai que le terme de convention est général, que Pédus avance avec raison qu'il n'y a aucun contrat, aucune obligation qui ne renferme une convention ; soit qu'il s'agisse d'une obligation qui suppose la tradition de la chose, soit qu'il s'agisse de celle qui est contractée par paroles ; car la stipulation qui se contracte

Ce texte présente la portée générale qu'il convient d'accorder au terme de *conventio*. Ce terme implique un consentement (*consensus*) de la part de chacune des parties engendrant un sentiment commun (*conventio*) qui constitue alors le véritable lien (*vinculum*) pour les parties qui l'approuvent⁵¹⁰ et génère l'obligation⁵¹¹; le consentement est donné par l'expression (manifestation) d'une volonté (*animi motus*), elle-même tributaire de la raison (*animus*)⁵¹². La conséquence d'une volonté viciée peut tendre à l'annulabilité, voire à la nullité de l'acte⁵¹³; cela démontre

par paroles est nulle à défaut de consentement. 4 Mais la plupart des conventions se concluent sous un autre nom, comme la vente, la location, la convention de gage ou la stipulation.

⁵¹⁰ La simple convention (*pactum*) est impuissante à créer un lien de droit, à faire naître une action, spécialement dans l'ancien droit; il faut pour cela qu'elle soit intégrée dans une solennité: cf. le D. 2, 14, 7, 4 *Ulpianus*; les P. Sent. 2, 14, 1. L'admission de l'élément subjectif de la volonté et du consentement dans les contrats a été longuement discuté en doctrine.

Certains auteurs pensent que le consentement est, en sus de la forme, l'un des éléments essentiels du contrat, cf.: CUQ, p. 125, 367, 385 et la note 8, p. 388; GIRARD, I, p. 461 s., 488; GROSSO, Il sistema, p. 75, même s'il admet que la notion n'est qu'en évolution depuis Pédus (cf. p. 78); MAYER-MALY, Bemerkungen, p. 252; MAYER-MALY, § 40 III, p. 90, § 53, p. 119 ss; GROSSO, LABEO 13 (1969), p. 405; BURDESE, IVRA 17 (1966), p. 362; BEHRENS, p. 206 s.; HAMZA, Index 9 (1980), p. 202; MELILLO, IVRA 33 (1982), p. 136 ss; BURDESE, S. D. H. I. 51 (1985), p. 459 s., 469 ou encore BURDESE, Manuale, p. 191.

D'autres auteurs semblent plus réservés quand il s'agit d'admettre l'accord des parties comme un élément principal fondateur d'obligations à l'époque classique, cf.: ARANGIO-RUIZ, p. 77, 296 s.; WUNNER, Contractus, p. 95 ss et les auteurs cités; GROSSO, LABEO 13 (1969), p. 404, ou encore SARGENTI, p. 54, 56, 60, 72.

En ce qui nous concerne, nous nous rattachons à la thèse dualiste qui consiste à reconnaître à l'époque classique déjà la coexistence des éléments subjectifs (volonté) et objectifs (forme).

⁵¹¹ Dans les contrats bilatéraux, chacune des parties est tenue envers l'autre d'une ou plusieurs obligations.

⁵¹² En ce sens, cf.: le D. 18, 5, 5 *Iulianus*, qui indique que les volontés des parties doivent s'accorder également pour se désister d'un contrat; le D. 44, 7, 2, pr. ss *Gaius*; le D. 2, 14, 7, 2 *Ulpianus*, qui précise que la convention est à la base des obligations; le D. 50, 16, 219 *Papinianus*, qui souligne que, dans les conventions qui ont lieu entre particuliers, on doit considérer davantage l'intention (*voluntas*) des parties contractantes que les termes (*verba*) de la convention; le D. 16, 3, 1, 6 *Ulpianus*, qui dit que, pour le dépôt, la convention tient lieu de loi à ceux qui l'ont contractée; le D. 19, 4, 1, 2 *Paulus*, qui indique que la vente se contracte par la *nuda consentientium voluntate*.

En ce sens, voir également: CUQ, p. 141, qui indique que la volonté de l'esclave « n'est plus indifférente aux yeux du droit »; MONIER, I, p. 211, qui reconnaît que l'esclave est « un être humain doué d'intelligence »; ARANGIO-RUIZ, p. 49, qui considère l'esclave comme une créature sensible et intelligente.

⁵¹³ Cf. le D. 12, 6, 54 *Papinianus*.

l'importance de cette volonté comme un élément de fait subjectif, juridiquement qualifié, nécessaire à la production d'effets de droit⁵¹⁴. Cet échange de manifestations de volontés à la base des obligations contractuelles existe aussi bien dans les contrats qui se forment *re, verbis* que dans ceux qui se forment *consensu*⁵¹⁵.

Le consensus des volontés, nécessaire à la validité de l'acte, est cependant d'autant plus marqué dans les contrats dits de bonne foi :

*Gai. 3, 136 : Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationis contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietates desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse.*⁵¹⁶

⁵¹⁴ Voir en ce sens : le D. 44, 7, 55 *Iavolenus*, qui indique que, dans les contrats transférant la propriété, il y a nullité faute de concours des volontés ; le D. 44, 7, 57 *Pomponius*, qui souligne la nullité suite à l'erreur de l'une des parties au contrat ; le D. 18, 1, 9, pr. *Pomponius* ; le D. 44, 7, 3, 1 *Paulus* à la fin.

En ce sens, cf. : MAYER-MALY, § 40 III, p. 90.

⁵¹⁵ Cf. : Gai. 3, 135-136 : lorsque Gaius distingue les obligations consensuelles des obligations formelles, il ne faut pas comprendre, à notre sens, que cela consiste à admettre que ces dernières produisent leurs effets uniquement si la forme est respectée, indépendamment de toute volonté des parties. En effet, au § 136, Gaius dit simplement qu'il suffit (*sufficit*) pour les obligations consensuelles que les parties soient d'accord, et il n'exclut pas dès lors que cet accord existe dans les obligations formelles qui requièrent le respect de certaines formes. Voir encore : le D. 44, 7, 4 *Gaius* à la fin ; le D. 44, 7, 1, 7 *Gaius*, qui indique que, dans les contrats *verbis*, l'obligation se forme *ex interrogazione* et *responso* ; ce qui signifie que, dans ce cas, l'échange des volontés concordantes est clairement manifesté par la question « *spondes ?* » à laquelle il faut impérativement répondre suivant la forme « *spondeo* » (cf. le D. 44, 7, 3, 2 *Paulus*). Voir en outre : le D. 45, 1, 137, 1 *Venuleius*, qui précise que la stipulation étant un contrat verbal, il n'est pourtant parfait que s'il y a eu consentement mutuel ; le D. 50, 16, 219 *Papinianus*, qui, pour peu qu'il s'applique aux contrats *verbis*, va jusqu'à admettre que la volonté est un élément plus important que la forme ; le D. 44, 7, 52, 4 *Modestinus*.

Voir à ce sujet : GIRARD, I, p. 461 ss, 515 s. *Contra* : SARGENTI, p. 54, 56, 60, 72, pour qui la conception consensualiste reste très confuse, et ne serait de loin pas la règle encore à l'époque classique. Pour une application du principe consensuel aux contrats *re*, cf. : RABER, R. H. D. 33 (1965), p. 51 ss.

⁵¹⁶ Traduction : On dit que les obligations de ce genre [*ex consensu*] se contractent par le consentement, parce qu'elles n'exigent ni la solennité des paroles, ni écrits spéciaux, mais il suffit que ceux qui traitent ensemble soient d'accord.

Voir en outre : le D. 44, 7, 2, 1 *Gaius* ; le D. 44, 7, 52, 9 *Modestinus* ; le D. 44, 7, 48 *Paulus*, où même un sourd peut valablement consentir dans un contrat consensuel, car il est à même de comprendre et de déterminer sa volonté en conséquence, complété par le D. 45, 1, 1, pr. *Ulpianus*,

*Gai. 3, 137 : Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet [...].*⁵¹⁷

Gai. 3, 136 présente le mode de formation des obligations consensuelles ; la forme du contrat n'est pas ici essentielle, mais se trouve compensée par le fait que les obligations doivent être honorées selon l'équité et la bonne foi que se doivent mutuellement les parties (cf. Gai. 3, 137)⁵¹⁸. Les éléments d'équité et de bonne foi se rapportent à des concepts issus du droit naturel⁵¹⁹.

*D. 44, 7, 3, 1 Paulus : Non satis autem est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur. itaque si quis pecuniam suam donandi causa dederit mihi, quamquam et donantis fuerit et mea fiat, tamen non obligabor ei, quia non hoc inter nos actum est.*⁵²⁰

Le D. 44, 7, 3, 1 *Paulus* donne un exemple probant en ce sens que, dans une donation, il faut non seulement que l'acte de transfert soit accompli, mais encore que la volonté (*animus dari et accipi*) de chacune des parties concoure, sous peine de nullité⁵²¹.

D. 44, 7, 55 Iavolenus : In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque

qui précise que le sourd ne pouvant s'exprimer clairement peut faire appel à son esclave qui lui servira de porte-voix et lui acquerra une action.

⁵¹⁷ Traduction : Ces contrats ont encore cela de particulier, que les parties contractantes sont obligées l'une envers l'autre à tout ce qu'exigent d'elles l'équité et la bonne foi.

Voir en outre : le D. 44, 7, 2, 3 *Gaius*.

⁵¹⁸ P. ex., pour un cas relatif à l'esclave, cf. : le D. 44, 4, 4, 17 *Ulpianus*.

En ce sens, cf. : GIRARD, I, p. 566 s. ; BENÖHR, Z. S. S. 87 (1970), p. 126 ; MAYER-MALY, § 98 III 4, p. 254.

⁵¹⁹ Cf. la section « Le *ius naturale* », p. 55 ss.

⁵²⁰ Traduction : Dans la donation, pour que naisse l'obligation, il ne suffit pas que les deniers appartiennent à celui qui donne et passent en propriété de celui qui les reçoit, il faut encore que les parties aient l'intention de donner et de recevoir. Ainsi, si quelqu'un m'a transféré de l'argent à titre de donation, bien que cet argent appartienne au donateur et devienne mien, je ne suis néanmoins pas lié contractuellement envers lui, si ce n'est pas là l'intention des parties.

⁵²¹ En ce sens, cf. : GIRARD, I, p. 992.

*parte contrahentium : nam sive ea venditio sive donatio sive conductio sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perducere ad effectum id quod inchoatur non potest.*⁵²²

Propre aux contrats qui peuvent servir de cause au transfert de propriété, ce texte résume en définitive le principe selon lequel l'acte conclu sans volonté ne produit pas d'effets⁵²³.

Une fois le contrat conclu, chaque fois qu'il y aura besoin de l'interpréter pour connaître la véritable volonté d'un des contractants, on considérera la volonté de la personne partie à l'acte :

*D. 44, 7, 31 Maecianus : Non solum stipulationes impossibili conditioni adplicatae nullius momenti sunt, sed etiam ceteri quoque contractus, veluti emptiones locationes, impossibili conditione interposita aequae nullius momenti sunt, quia in ea re, quae ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectetur, quorum procul dubio in huiusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment adposita ea conditione, quam sciant esse impossibilem.*⁵²⁴

Ce texte de portée générale nous présente le principe de l'examen de la *voluntas* de chacun des contractants⁵²⁵.

⁵²² Traduction : Dans toutes les affaires où il s'agit de transférer la propriété, il faut le concours de l'intention et des volontés des deux parties contractantes, car, dans les ventes, les donations, les baux et les autres conventions, si les parties ne sont pas d'accord, ce qui a été commencé ne peut avoir aucun effet.

⁵²³ En ce qui concerne la nullité suite à l'erreur de l'une des parties au contrat, cf. : le D. 44, 7, 57 *Pomponius* ; le D. 18, 1, 9, pr. *Pomponius*.

⁵²⁴ Traduction : On regarde comme nulles non seulement les stipulations faites sous une condition impossible, mais encore tous les autres contrats, comme les ventes, les locations faites sous condition impossible, parce que dans une affaire qui demande le consentement de deux ou de plusieurs personnes, on examine les volontés de chacun des contractants, qui certainement, en apposant une condition qu'ils savent impossible, n'ont point envie de s'obliger réellement.

⁵²⁵ Dans un sens très général au sujet de l'examen de la volonté, cf. : le D. 33, 10, 7, 2 *Celsus*, qui traite de l'analyse de la volonté d'un testateur par rapport aux termes employés pour définir un legs ; le D. 50, 17, 96 *Maecianus*, qui traite de l'examen de la pensée de celui qui prononce des paroles ambiguës ; le D. 50, 16, 219 *Papinianus*, qui concerne l'examen de la volonté des parties cocontractantes ; le D. 34, 5, 3 *Paulus*, qui précise que lorsqu'une clause est ambiguë, on doit se rapporter à la volonté de celui qui l'émet.

Lors d'un contrat conclu par un esclave au nom de son maître, la question est de savoir quelle sera la volonté déterminante lors de la conclusion et de l'interprétation de l'acte. Fera-t-on primer la conscience et la volonté de l'esclave, participant directement et personnellement à l'acte, sur celles de son maître ?

L'on s'attendrait à ce que soit déterminante la volonté du maître, puisqu'il est le seul à être responsable civilement du rapport créé par son esclave avec un tiers, et qu'il est également le seul à pouvoir jouir éventuellement d'une action contre celui-ci⁵²⁶.

Pourtant, il en va tout autrement dans la casuistique romaine où parfois l'état de conscience et la volonté de l'esclave détermineront les conséquences juridiques échéant au maître et par là, seront à la base d'une restriction – et donc d'une diminution – du pouvoir de celui-ci, et pourrait-on presque affirmer d'une limitation de sa propre personnalité juridique.

B. La casuistique relative à la conscience et la volonté de l'esclave

*D. 21, 1, 51 Africanus : Cum mancipium morbosum vel vitiosum servus emat et redhibitoria vel ex empto dominus experiatur, omnimodo scientiam servi, non domini spectandam esse ait, ut nihil intersit, peculiari an domini nomine emerit et certum incertumve mandante eo emerit, quia tunc et illud ex bona fide est servum, cum quo negotium sit gestum, deceptum non esse, et rursus delictum eiusdem, quod in contrabendo admiserit, domino nocere debet. sed si servus mandatu domini hominem emerit, quem dominus vitiosum esse sciret, non tenetur venditor.*⁵²⁷

⁵²⁶ Cf. : le D. 4, 4, 3, 11 *Ulpianus* et le D. 4, 4, 4 *Africanus*.

⁵²⁷ Traduction : Si un esclave achète un autre esclave malsain ou défectueux et que son maître veuille intenter l'action rédhibitoire ou l'action qui découle du contrat de vente, Julien pense qu'il faut examiner, non la connaissance du maître de ces défauts, mais celle de l'esclave, en sorte qu'on ne fera pas attention de savoir si l'esclave a acheté l'autre esclave au nom de son maître ou pour le faire entrer dans son pécule, s'il a été mandaté par son maître d'acheter un esclave en général ou un esclave particulier ; car, la bonne foi demande d'un côté que l'esclave n'ait point été trompé par le vendeur dans l'affaire qu'ils ont conclue ensemble, et de l'autre, que le délit dont

Ce fragment montre la corrélation qui existe entre la détermination d'une volonté et la bonne foi, spécialement dans les contrats consensuels⁵²⁸. L'esclave se doit de respecter cet état de bonne conscience qu'exige la *bona fides* et il déterminera par là le sort juridique de son maître bénéficiaire de l'acte en question⁵²⁹. En effet, le texte précise que si l'esclave n'est pas de bonne foi, cela doit (*debet*) nuire à son maître, que l'esclave agisse *peculiari nomine*⁵³⁰ ou au nom de celui-ci ; la conséquence juridique consistera à permettre au tiers, si l'esclave connaît le vice, d'opposer une exception contre l'action redhibitoire ou issue du contrat de vente que le maître voudrait intentier⁵³¹.

Le maître peut aussi mandater (par *iussum*) son esclave, mais dans ce cas, s'il connaît le vice, il n'aura pas d'action contre le vendeur⁵³². Le texte ne précise pas l'état de conscience de l'esclave, mais on peut imaginer que s'il reçoit mandat de son maître, sa volonté, qu'elle soit

l'esclave s'est rendu coupable en achetant un esclave qu'il savait être défectueux nuire à son maître. Si cependant il a été mandaté par son maître d'acheter un esclave que celui-ci savait être défectueux, le vendeur ne sera soumis à aucune action.

⁵²⁸ Cf. : Gai. 3, 137 (cité plus haut dans le corps du texte) et le D. 44, 7, 2, 3 *Gaius*.

⁵²⁹ Voir à ce sujet : le D. 44, 4, 4, 17 *Ulpianus*, qui indique que la mauvaise foi de la personne sous puissance agissant avec l'argent de son pécule fonde une exception dans tous les cas contre le maître bénéficiaire de l'acte qui intenterait une action ; le D. 13, 6, 3, 5 *Ulpianus (Iulianus)*, qui précise qu'en cas de prêt fait à l'esclave lui-même dans son pécule, on prendra en compte non seulement la mauvaise foi du maître, mais aussi celle du *servus*, pour déterminer l'étendue de l'action du prêt. En dehors du cas du pécule, Ulpien limite l'exception à la mauvaise foi du subordonné au moment de la conclusion de l'acte. On y perçoit l'adage encore usité de nos jours : *mala fides superveniens non nocet*. Cependant, le D. 44, 4, 5, 3 *Paulus*, semble considérer que la mauvaise foi subséquente de l'esclave préposé aux recouvrements pécuniaires nuit également à son maître.

Voir de plus : BENÖHR, Z. S. S. 87 (1970), p. 128 ss et 136 ss.

⁵³⁰ Ou en son propre nom : cf. la section « Les actes conclus *servi nomine* ou *peculiari nomine* », p. 311 ss.

⁵³¹ Le texte ne le précise pas, néanmoins à la lumière des autres textes, il s'agit certainement de l'*exceptio doli* (cf. p. ex. le D. 44, 4, 4, 17 *Ulpianus*).

⁵³² On devrait dire de préférence qu'il s'opposerait à une éventuelle exception avancée par le vendeur. Ici le terme de *mandare* doit être entendu comme d'un *iussum* (cf. le D. 15, 4, 1, 3 *Ulpianus*) ; voir à ce sujet la section « Le *iussum - Actio quod iussu* », p. 197 ss. Voir p. ex. aussi : le D. 18, 1, 13 *Pomponius*, où le vendeur ne sera pas tenu ; le D. 42, 8, 6, 12 *Ulpianus* à la fin, où la responsabilité du maître est engagée lorsqu'il a connaissance du vice, ou encore le D. 40, 12, 17 *Paulus*, où le maître qui, contrairement à son esclave mandaté, sait que la personne achetée est libre, n'aura pas d'action contre le vendeur.

viciée ou non, n'aura pas d'influence sur celle de celui-ci. Le maître ne peut par contre pas profiter de la bonne foi de son esclave s'il est lui-même de mauvaise foi au moment de la conclusion du contrat⁵³³.

Le texte suivant d'Ulpien se pose la même question que le précédent en reprenant une construction déjà connue de Julien :

*D. 44, 6, 2 Ulpianus : Si servus cum emerit scit, ignoravit autem dominus, vel contra, videndum est, cuius potius spectanda sit scientia. et magis est, ut scientia inspicienda sit eius qui comparavit, non eius, cui adquiretur, et ideo poena litigiosi competit, sic tamen, si non mandatu domini emit : nam si mandatu, etiamsi scit servus, dominus autem ignoravit, scientia non nocet : et ita Iulianus in re litigiosa scribit.*⁵³⁴

Lorsque l'objet d'une vente est en litige, par rapport à quelle personne faut-il considérer la conscience (ou connaissance) déterminant la volonté ? La réponse logique tirée du texte consiste à examiner la conscience de celui qui passe l'acte (contrat d'achat) - ici l'esclave - et non celle de celui qui va bénéficier de l'acte - le maître⁵³⁵. Les effets

⁵³³ En ce sens : BENÖHR, Z. S. S. 87 (1970), p. 145 et 150.

⁵³⁴ Traduction : Si un esclave qui a acheté une chose a eu connaissance qu'elle était en litige et que le maître l'a ignoré, ou réciproquement, dans quelle personne faut-il considérer la connaissance ? Il est plus convenable d'examiner si celui qui a acheté la chose a eu cette connaissance, sans se soucier de la personne à qui la chose est acquise. Ainsi, dans le cas où l'esclave savait que la chose était en litige, la peine qui a lieu contre ceux qui achètent ce genre de choses aura lieu, à moins que l'esclave n'ait acheté la chose sur mandat de son maître, car dans ce cas, si l'esclave a su que la chose était en litige et que le maître l'a ignoré, la connaissance de l'esclave ne nuit pas à celui-là. Julien le décide ainsi dans le cas où une chose est en litige.

⁵³⁵ Dans le même sens, voir : le D. 18, 1, 12 *Pomponius*, qui insiste sur la considération à accorder à la personne du contractant et non à la personne à qui est acquise l'action du contrat. La conscience et la volonté de l'esclave primeront celles de son maître lorsqu'il agit en son nom (généralement *peculiari nomine*) et cela même si celui-ci est présent à l'acte. Il est intéressant de remarquer que Pomponius semble tenir en échec ici la possibilité qu'a le maître assistant à la conclusion du contrat d'acquiescer ou rejeter les affirmations de son esclave. Une entrave au pouvoir « absolu » du *dominus* semble donc ici démontrée (voir en ce sens aussi : BENÖHR, Z. S. S. 87 (1970), p. 154).

Nous croyons intéressante la comparaison avec le cas du *filiusfamilias*, qui, lorsqu'il acquiert au nom du pécule, ne nuit pas à son père, si ce dernier ignore le vice, et inversement lui nuit s'il agit sur son mandat (cf. le D. 40, 12, 16, 3 *Ulpianus* ; voir aussi : BENÖHR, Z. S. S. 87 (1970), p. 143 et la note 97).

juridiques de la peine à cause de l'objet litigieux se produiront cependant en la personne du maître, à moins que, comme le précise la fin du fragment, le maître n'ait mandaté son esclave pour passer l'acte ; dans ce dernier cas, qui reprend *a contrario* l'idée de la fin du texte précédent, la connaissance qu'a l'esclave de la chose litigieuse ne nuira pas au maître ignorant qui l'autorise à conclure l'affaire⁵³⁶.

Le texte suivant est étonnamment évocateur, puisque l'acte de l'esclave effectué en dépit de l'interdiction de son maître obligera néanmoins le tiers contractant envers celui-ci :

*D. 45, 1, 62 Iulianus : Servus vetante domino si pecuniam ab alio stipulatus sit, nibilo minus obligat domino promissorem.*⁵³⁷

On constate que le rapport juridique créé sur la tête du maître n'est pas totalement nul, mais valable à tout le moins en sa faveur, de la seule

Toutefois, le D. 18, 1, 13 *Pomponius*, ajoute, sans préciser si l'esclave agit sur le *insum* de son maître ou de manière autonome, que si ce dernier (le maître) connaît le vice contrairement à son préposé, le contrat sera nul et le vendeur ne sera pas tenu. On considère donc ici la volonté viciée du maître et ce dernier ne peut dès lors profiter de l'ignorance de son esclave. Cette hypothèse est généralement celle de l'acte conclu sur le *insum* du maître (cf. le D. 44, 6, 2 *Ulpianus* à la fin et le D. 21, 1, 51 *Africanus* à la fin). De même, au D. 18, 1, 18, 1 *Pomponius*, pour déterminer la surface d'un terrain à vendre (voir aussi : le D. 19, 1, 48 *Scaevola* et le D. 21, 2, 45 *Alfenus*), on prendra en considération la conscience et la volonté du maître et non celles de l'esclave-vendeur qui se tromperait dans l'évaluation (en ce sens : BENÖHR, Z. S. S. 87 (1970), p. 155).

⁵³⁶ Il est aussi question ici de considérer le mandat fait à l'esclave comme un *insum* (cf. le D. 15, 4, 1, 3 *Ulpianus*) ; cf. la section « Le *insum* - *Actio quod insum* », p. 197 ss.

En ce sens, cf. : le D. 43, 24, 21, 1 *Pomponius*, qui prévoit que, lorsque le maître ignore tout soupçon de clandestinité lors de la construction d'un ouvrage, cela ne lui nuise pas, même si son esclave chargé (sur *insum*) de la construction en est informé. Il faut considérer ici la personne du maître (cf. la fin du texte). Toutefois, au D. 42, 8, 6, 12 *Ulpianus*, le maître ignorant l'insolvabilité de la personne dont l'esclave, qui connaît le vice, reçoit quelque chose, sera tout de même tenu à une action *in factum* à raison de ce qui lui est parvenu, ou bien il sera responsable à concurrence du pécule ou à raison du profit tiré de la chose reçue. Au contraire, s'il a connaissance du vice, il sera pleinement tenu. Ici, aussi bien l'ignorance que la connaissance du vice par le *dominus* engagent sa responsabilité, mais dans le premier cas, elle sera limitée (voir sur ce point : BENÖHR, Z. S. S. 87 (1970), p. 176 ss).

⁵³⁷ Traduction : Si un esclave, malgré la défense de son maître, stipule d'un tiers de l'argent, il n'en oblige pas moins le prometteur à l'égard de son maître.

volonté du *servus*. Le principe du *ius adquirendi* trouve en effet application dans le cas des stipulations⁵³⁸.

La restriction du pouvoir du maître sur l'esclave apparaît, dans le texte suivant, tout à fait singulière, puisque, si le débiteur veut se libérer entre les mains du maître alors que la condition du paiement est qu'il soit versé à l'esclave, il faudra que ce dernier y consente :

*D. 46, 3, 95, 7 Papinianus : [...] ceterum qui servo dare iussus est, domino dando non aliter implese condicionem intellegendus est, quam si ex voluntate servi dedit [...].*⁵³⁹

La distinction naturelle des personnes en tant qu'êtres humains peut donc parfois avoir une portée juridique : en effet, le débiteur ne sera valablement libéré civilement que s'il paie entre les mains de l'esclave, à moins que ce dernier ne consente à ce que le versement soit effectué auprès du maître. L'on doit donc admettre que le rapport personnel dont découle la dette ne concerne directement que le tiers débiteur et l'esclave, non le maître ; il faut dès lors y voir une véritable obligation indépendante dont la nature sera examinée plus loin⁵⁴⁰.

Un autre élément marquant une distinction fondamentale entre la conscience et la volonté de l'esclave et celles de son maître réside dans le choix contraignant que celui-là peut faire pour celui-ci :

*D. 45, 1, 141, pr. Gaius : Si servus aut filius familias ita stipulatus sit : " illam rem aut illam, utram ego velim? ", non pater dominusve, sed filius servusve destinare de alterutra debet.*⁵⁴¹

⁵³⁸ Voir à ce sujet la section « Le cas des stipulations », p. 137 ss.

⁵³⁹ Traduction : Au reste, celui qui a reçu ordre de donner à l'esclave, s'il donne au maître, n'est censé avoir rempli la condition que s'il a donné par la volonté de l'esclave.

⁵⁴⁰ Cf. la section « L'*obligatio naturalis* – généralités », p. 172 ss.

⁵⁴¹ Traduction : Si un esclave ou un fils de famille a ainsi stipulé : « laquelle de ces deux choses choisirai-je ? », il n'appartient pas au père ou au maître de faire le choix, mais bien au fils ou à l'esclave d'en décider.

*D. 45, 1, 76, pr. Paulus : Si stipulatus fuerim " illud aut illud, quod ego voluero ", haec electio personalis est, et ideo servo vel filio talis electio cohaeret [...].*⁵⁴²

L'intéressant adjectif *personalis*, utilisé dans le deuxième fragment, nous paraît souligner le caractère éminemment personnel et subjectif du choix de l'esclave faisant miroiter un indice de sa propre personnalité, c'est-à-dire de sa personnalité naturelle⁵⁴³. Mais cette capacité naturelle de choisir a en elle-même des conséquences juridiques qui se produisent sur la tête du maître lié par le choix de son esclave.

Pour posséder⁵⁴⁴, il faut également que l'esclave en ait la volonté, et sa conscience déterminera les effets de droit qui échoiront au maître :

*D. 41, 2, 1, 19 Paulus : Haec, quae de servis diximus, ita se habent, si et ipsi velint nobis adquirere possessionem : nam si iubeas servum tuum possidere et is eo animo intret in possessionem, ut nolit tibi, sed potius Titio adquirere, non est tibi adquisita possessio.*⁵⁴⁵

Paul montre ici que la volonté de l'esclave est complémentaire à celle de son maître pour l'acquisition de la possession⁵⁴⁶, car il insiste sur

⁵⁴² Traduction : Si je stipule « ceci ou cela que je voudrai choisir », ce choix est personnel, et c'est pourquoi un tel choix est attaché à l'esclave ou au fils de famille [...].

⁵⁴³ En ce sens, voir : HUNTER, p. 612, qui précise que le choix est un fait et qu'il doit être fait par l'esclave. La notion de « fait » est de droit naturel : voir la section « Le *ius naturale* », p. 55 ss.

⁵⁴⁴ Nous sortons ici du cadre de l'étude des contrats pour nous intéresser à titre comparatif aux impacts similaires de la conscience et volonté de l'esclave dans d'autres institutions. La possession n'est pas à proprement parler une notion juridique (quoique le D. 41, 2, 49, 1 *Papinianus*, indique que la possession civile est aussi un *ius*), mais par les effets juridiques qu'elle provoque, nous pensons qu'il est intéressant d'en parler.

⁵⁴⁵ Traduction : Ce que nous venons de dire des esclaves a lieu autant que ces esclaves auront eux-mêmes l'intention de nous acquérir la possession ; car, si vous ordonnez à votre esclave de se mettre en possession et que cet esclave entre en possession avec l'intention d'acquérir non pour vous, mais plutôt pour Titus, la possession ne vous est point acquise.

⁵⁴⁶ En ce sens, cf. : le D. 41, 2, 32, 2 *Paulus*, où un enfant en bas âge peut posséder par l'intermédiaire de son esclave qui acquiert *peculiari nomine*. Ainsi, l'esclave a une capacité propre à posséder pour un incapable de droit. Dans le même sens, voir : le D. 41, 3, 28 *Pomponius*, où un *infans* ou un *furiosus* peuvent usucaper par l'intermédiaire de leur esclave ; le D. 41, 2, 34, 2 *Ulpianus*, qui va encore plus loin, puisque la possession peut être acquise même à l'insu du maître. Voir de plus : le D. 41, 2, 44, 1 *Papinianus*, qui indique que, pour posséder par le fait de l'esclave en dehors de tout pécule, le maître doit avoir connaissance de cette possession ; le D. 41, 2, 3, 12

le fait que si l'esclave n'a pas la volonté d'acquérir la possession, le *dominus* ne devient pas possesseur, quand bien même ce dernier l'aurait ordonné⁵⁴⁷.

*D. 41, 4, 2, 12 Paulus : Pomponius quoque in his, quae nomine domini possideantur, domini potius quam servi voluntatem spectandam ait : quod si peculiari, tunc mentem servi quaerendam. et si servus mala fide possideat eaque dominus nactus sit, ut suo nomine possideat, adempto puta peculio, dicendum est, ut eadem causa sit possessionis et ideo usucapio ei non magis procedat.*⁵⁴⁸

Dans l'acquisition de la possession, la bonne foi est également un élément essentiel intrinsèque à la conscience de l'esclave⁵⁴⁹. Elle implique des effets de droit civil pour le maître lorsque l'esclave agit au nom du pécule : en effet, si l'esclave est de bonne foi au début de la prise de

Paulus et les P. Sent. 5, 2, 1, qui indiquent qu'une personne peut posséder par son intention et le corps d'autrui ; le D. 41, 2, 1, 5 *Paulus (Sabinus, Cassius, Iulianus)* et le D. 41, 3, 31, 3 *Paulus*, qui précisent que la possession est acquise au maître par le pécule de son esclave, même s'il l'ignore, car la volonté de posséder est censée incluse dans le pécule concédé.

Voir aussi en ce sens : BUCKLAND, p. 132 ; MICOLIER, p. 571.

⁵⁴⁷ Voir également : le D. 41, 2, 1, 9 *Paulus*, où est mise en relief l'intelligence du *servus*, faculté apparaissant comme nécessaire à l'acquisition de la possession pour autrui ; le D. 41, 2, 1, 10 *Paulus*, où un esclave mentalement dérangé n'acquiert pas la possession à son maître (cf. aussi : le D. 29, 2, 47 *Africanus in fine* : [...] *furiosi autem voluntas nulla est*). Inversement, Modestin déclare au D. 41, 1, 53 *Modestinus*, que, pour les choses qui s'acquièrent naturellement par la possession, le maître doit avoir l'intention de posséder et Paul construit le système sur une volonté présumée du *dominus* qui a concédé un pécule (cf. le D. 41, 2, 1, 5 *Paulus*). Nous croyons néanmoins que ces deux derniers textes n'écartent pas la volonté du subordonné, sans laquelle la possession médiate ne peut exister.

⁵⁴⁸ Traduction : Pomponius dit aussi que, dans les choses qui sont possédées par un esclave au nom de son maître, on considère de préférence la volonté du maître plutôt que celle de l'esclave. Si l'esclave possède une chose au nom du pécule, c'est alors l'esprit de celui-ci qu'on examinera. Ainsi, si l'esclave possède de mauvaise foi et que le maître reprenne cette possession pour la garder en son nom, par exemple en ôtant le pécule à son esclave, on dit que puisque la cause de la possession reste la même, le maître ne pourra pas usucaper.

⁵⁴⁹ Voir en ce sens : le D. 41, 3, 4, 16 *Paulus*, où la mauvaise foi de l'esclave ne permet pas au maître d'usucaper ; le D. 41, 4, 2, 14 *Paulus (Celsus)*, qui précise que la mauvaise foi de l'esclave au moment d'un achat ne permettra pas au maître d'usucaper l'objet acheté.

Cf. : BUCKLAND, p. 132, qui considère la prise de possession comme un acte conscient relevant de la capacité mentale de l'esclave à raisonner.

possession, son maître peut valablement usucaper, bien qu'il ignore que la chose soit à autrui. On tiendra néanmoins compte de la volonté du *dominus*, si la possession est acquise en son nom⁵⁵⁰.

Nous déduisons donc de l'analyse de ces textes que la conscience et la volonté de l'esclave se distinguent de celles de son maître et qu'elles peuvent parfois limiter certains droits de ce dernier, comme par exemple la possibilité d'usucaper⁵⁵¹.

*D. 6, 2, 7, 13 Ulpianus : Sed enim si servus meus emit, dolus eius erit spectandus, non meus, vel contra.*⁵⁵²

Selon ce texte, la bonne foi de l'esclave (l'acheteur) déterminera si la chose pourra être revendiquée par son maître dans l'action publicienne du prêteur. De plus, si l'esclave s'est montré de mauvaise foi au moment de l'achat, sa conscience viciée entraînera la perte pour le maître de la *bonorum possessio*⁵⁵³.

Dans le droit des successions, il existe aussi quelques fragments selon lesquels la conscience et la volonté de l'esclave serviront à déterminer le sort juridique de son maître, même lorsque l'acte est fait à son avantage. Nous ne citerons ici qu'un seul texte précisant qu'une volonté viciée, exprimée par l'esclave pour accepter une succession, ne rend point son maître héritier :

D. 29, 2, 6, 7 Ulpianus : Celsus libro quinto decimo digestorum scripsit eum, qui metu verborum vel aliquo timore

⁵⁵⁰ Quoique le D. 41, 2, 1, 19 *Paulus*, semble indiquer le contraire, à savoir que le maître qui mandate son esclave par *insum* pour acquérir la possession d'un objet, ne l'acquerra pas si l'intention de l'esclave est de l'acquérir pour un autre que lui.

⁵⁵¹ Voir en ce sens : le D. 41, 4, 2, 10 *Paulus*, où le maître doit souffrir de la mauvaise foi de son esclave, même s'il ignorait que la chose achetée par ce dernier appartenait à autrui. Dans le même sens, cf. : les D. 41, 4, 2, 11/13-14 *Paulus*.

⁵⁵² Traduction : Si c'est mon esclave qui a acheté, c'est dans sa personne et non dans la mienne qu'on considère la bonne ou la mauvaise foi.

⁵⁵³ En ce sens, cf. : le D. 6, 2, 3, 1 *Ulpianus* ; le D. 41, 4, 2, 11 *Paulus* à la fin, qui précise que si l'esclave possède vicieusement, son maître aussi.

*coactus fallens adierit hereditatem, sive liber sit, heredem non fieri placet, sive servus sit, dominum heredem non facere.*⁵⁵⁴

Nous aborderons ultérieurement un certain nombre d'institutions dans lesquelles l'autonomie de l'esclave et notamment sa propre volonté révéleront l'importance de sa « personnalité de fait »⁵⁵⁵. Cette personnalité reconnue par le droit naturel, et dont découle la capacité naturelle de conclure un certain nombre d'actes, pourra produire parfois de véritables conséquences juridiques civiles.

C. Synthèse

En résumé, on constate que les éléments de conscience et volonté propres à former le consentement sont généralement ceux de l'esclave et que leur défaut est susceptible d'entraîner la nullité de l'acte⁵⁵⁶. L'état de bonne ou mauvaise foi caractérisant la conscience de l'esclave par rapport à l'acte pour lequel il « s'engage » - ou devrait-on dire engage son maître - civilement joue un rôle fondamental dans la conclusion des contrats et peut « nuire » à celui-ci.

La systématique est cependant loin d'être uniformisée chez tous les juristes⁵⁵⁷ : en effet, pour savoir si l'acte effectué par l'esclave connaissant le vice, contrairement à son maître, est propre à « nuire » à ce dernier, une distinction se dessine entre les actes conclus de manière autonome et ceux accomplis sur le *iussum* (ou mandat)⁵⁵⁸ du maître. Dans la première hypothèse, certains juristes ont opté pour un assujettissement général du maître pour l'acte de son subordonné, traduite notamment par l'exception à laquelle il se heurterait s'il intente une action (issue du

⁵⁵⁴ Traduction : Celse écrit au livre XV du Digeste que celui qui a feint d'accepter une succession sous l'empire de coups ou quelque autre crainte grave n'est point lui-même héritier, s'il s'agit d'un homme libre, et qu'il ne rend point son maître héritier s'il s'agit d'un esclave.

⁵⁵⁵ Cf. la section « Les institutions relatives aux actions *adiecticiae qualitatis* », p. 195 ss.

⁵⁵⁶ Nous rappelons ici les textes principaux : le D. 44, 7, 55 *Iavolenus* ; le D. 44, 7, 57 *Pomponius* ; le D. 18, 1, 9, pr. *Pomponius* ; le D. 44, 7, 31 *Maecianus* ; le D. 2, 14, 1, 3-4 *Ulpianus* ; le D. 44, 7, 3, 1 *Paulus*.

⁵⁵⁷ Voir à ce sujet : BENÖHR, Z. S. S. 87 (1970), p. 166.

⁵⁵⁸ Cf. le D. 15, 4, 1, 3 *Ulpianus*.

contrat ou rédhibitoire)⁵⁵⁹, et dans la seconde, la controverse⁵⁶⁰ reste ouverte entre les juristes qui admettent que la mauvaise foi de l'esclave engage son maître⁵⁶¹ et ceux qui reconnaissent qu'elle ne lui nuit pas⁵⁶². A noter que, toujours dans la deuxième hypothèse, lorsque le maître est lui-même de mauvaise foi, il ne peut profiter de la bonne foi de son esclave et sa personne devra en assumer généralement pleinement les conséquences⁵⁶³.

On retrouve de plus l'importance de la volonté de l'esclave dans les actes où un choix est déterminant⁵⁶⁴, dans la possession où la mauvaise foi du *servus* peut dans certaines circonstances jouer en défaveur du maître, notamment pour l'exercice de l'usucapion ou du droit de revendication⁵⁶⁵, ou encore dans le droit des successions⁵⁶⁶.

Nous pouvons en conclure que, d'une manière générale, les éléments de connaissance, conscience et volonté de l'esclave, étroitement liés à la notion philosophique et naturelle de sa personne, se distinguent très nettement de ceux de son maître. Ces éléments émanant de la capacité naturelle de l'esclave, qui sont en eux-mêmes des faits juridiquement qualifiés, peuvent satisfaire aux conditions subjectives nécessaires d'un acte (contractuel) du droit dit « positif », et sont donc

⁵⁵⁹ En ce sens, cf. : le D. 44, 6, 2 *Ulpianus (Iulianus)* ; le D. 21, 1, 51 *Africanus* ; le D. 44, 4, 4, 17 *Ulpianus* ; le D. 42, 8, 6, 12 *Ulpianus*, en tout cas dans le passage qui traite de la responsabilité à raison du pécule et de *in rem verso*.

⁵⁶⁰ Voir à ce sujet : BENÖHR, Z. S. S. 87 (1970), p. 144 et 165 ss.

⁵⁶¹ Cf. : le D. 42, 8, 6, 12 *Ulpianus*, où le maître encourt une responsabilité limitée par le biais d'une action *in factum* dirigée contre lui à concurrence de *id quod ad se pervenit* que ce soit par l'intermédiaire du pécule ou suite à un *versum*.

En ce sens, voir : BENÖHR, Z. S. S. 87 (1970), p. 176 ss.

⁵⁶² Cf. : le D. 43, 24, 21, 1 *Pomponius* ; le D. 44, 6, 2 *Ulpianus (Iulianus)* à la fin.

⁵⁶³ Ainsi, il se pourra que le maître ne puisse actionner le cocontractant, cf. : le D. 21, 1, 51 *Africanus* à la fin ; le D. 18, 1, 13 *Pomponius* ; le D. 40, 12, 17 *Paulus*. Ou encore, le *dominus* pourra être pleinement tenu pour le côté passif de la convention, cf. : le D. 42, 8, 6, 12 *Ulpianus* à la fin.

Voir à ce sujet : BENÖHR, Z. S. S. 87 (1970), p. 145.

⁵⁶⁴ Cf. : le D. 45, 1, 141, pr. *Gaius* ; le D. 45, 1, 76, pr. *Paulus*.

⁵⁶⁵ Cf. : le D. 6, 2, 7, 13 *Ulpianus* ; le D. 41, 2, 1, 19 *Paulus* ; le D. 41, 4, 2, 12 *Paulus*.

⁵⁶⁶ Cf. : le D. 29, 2, 6, 7 *Ulpianus*.

parfois à la source de conséquences civiles⁵⁶⁷. A tout le moins pourront-ils être considérés comme les éléments de fait constitutifs d'une *obligatio naturalis servi*⁵⁶⁸.

⁵⁶⁷ Comme l'esclave est un incapable de droit civil (cf. la section « Les règles restrictives révélant l'incapacité juridique de l'esclave », p. 127 ss), ces conséquences ne viseront juridiquement que son maître. Nous verrons comment s'organisent les interactions entre le droit naturel et le droit civil *lato sensu*, par l'intermédiaire des obligations naturelles : cf. la section « L'*obligatio naturalis* – généralités », p. 172 ss.

⁵⁶⁸ Cf. la section « L'*obligatio naturalis* – généralités », p. 172 ss.

Section 3 *L'obligatio naturalis* – généralités⁵⁶⁹

Sans entrer dans le détail de l'institution, il est nécessaire pour la bonne compréhension de cette étude, d'esquisser brièvement une présentation de l'obligation naturelle, qui sera un élément-clé dans le développement de l'autonomie contractuelle de l'esclave⁵⁷⁰. Nous ne pouvons pas dégager ici toutes les étapes de son évolution, qui d'ailleurs demeure controversée, mais nous souhaitons néanmoins mettre en relief les traits caractéristiques qui ont constitué son essence à l'époque classique.

A. Les origines

Bien qu'il soit difficile d'établir exactement à quel moment elle est entrée dans la pensée juridique des juriconsultes, elle devait, selon toute vraisemblance, déjà exister à l'époque classique⁵⁷¹.

L'obligatio naturalis puise son origine dans le « droit » naturel⁵⁷², c'est-à-dire le « droit » essentiel de la nature des choses⁵⁷³; l'emploi du

⁵⁶⁹ Nous renvoyons le lecteur à la section « L'institution du pécule », p. 239 ss, pour de plus amples développements concernant l'obligation naturelle et les différents rapports entre le tiers, le maître et l'esclave.

⁵⁷⁰ Sans en donner la liste exhaustive, voici quelques auteurs traitant spécialement de l'obligation naturelle : SCHWANERT ; GRADENWITZ ; SIBER ; MASCHI ; BURDESE ; FROSSARD ; LONGO ; CORNIOLEY.

⁵⁷¹ Le terme d'obligation comprenant en quelque sorte la notion de dette, nous ne faisons pas de distinction particulière entre ce que les Romains appellent des *natura debita* et les obligations naturelles, même si plusieurs auteurs pensent que les dettes naturelles sont apparues avant la notion d'obligation. En fait, la terminologie d'obligation naturelle est probablement le témoignage d'une évolution de la notion originnaire de dette. A l'époque classique, on rencontre les deux notions.

⁵⁷² Voir en ce sens : GRADENWITZ, *Mélanges Schirmer*, p. 171, qui pense que l'obligation naturelle de l'esclave reflète un cas d'application du droit naturel ; KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Studi Bonfante*, p. 472 ss, qui met l'obligation naturelle en rapport avec le *ius naturale*. Voir toutefois : ALBERTARIO, *Studi III*, p. 66 s., qui estime que la réunion complète de l'obligation naturelle au *ius naturale* ne s'est produite que sous Justinien, tandis qu'à l'époque classique, c'est plutôt une conception de fait qui a prévalu. Nous pensons cependant que c'est précisément cette conception relevante du fait qui nous permet de la mettre en rapport avec le « droit naturel ». D'un avis contraire aux précédents auteurs : SCHWANERT, p. 481 s., qui croit que le *ius naturale* se distingue du *ius gentium* et que l'obligation naturelle est en soi un concept juridique détaché du *ius*

terme « droit » (*ius*) pour qualifier l'ensemble des réalités de fait que constitue ledit « droit » naturel nous paraît toutefois inapproprié⁵⁷⁴.

L'obligation naturelle ne peut concerner que la personne qui s'engage personnellement, c'est-à-dire celle qui s'engage en son propre nom ; on ne peut donc pas faire naître une obligation naturelle en sa propre personne si on agit au nom d'autrui, ni la faire naître de quelque manière que ce soit en la personne d'autrui⁵⁷⁵. Dans l'acte contractuel, le rapport d'obligations naturelles ne peut survenir qu'entre les personnes qui agissent en leur propre nom ; le principe de la relativité des obligations civiles vaut donc également pour les obligations naturelles⁵⁷⁶.

naturale, contrairement aux *natura debita*. Pour Schwanert, l'*obligatio naturalis* proviendrait du droit « positif » (*civile aut gentium*), mais serait simplement privée d'action et d'effets juridiques directs. Voir encore : SIBER, p. 78, qui pense que les obligations dites naturelles ne seraient autres que des obligations du droit des gens et qu'elles seraient toutes munies d'un moyen de coercition. Pour lui, il n'y aurait eu que des *natura debita* à l'époque classique.

⁵⁷³ En ce sens : GRADENWITZ, *Mélanges Schirmer*, p. 149 ss, 162 ss, spéc. p. 171 s., qui reconnaît que les choses formaient une sorte d'organisme, que les Romains appelaient *rerum natura*, dont découlait une force supérieure et qui incluait les obligations naturelles ; KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Studi Bonfante*, p. 472, qui met l'obligation naturelle en rapport avec la nature des choses ; ALBERTARIO, *Studi III*, p. 59, qui indique clairement que les juristes classiques ne comprenaient pas dans les obligations naturelles, les obligations actionnables du *ius gentium* ; LOMBARDI, *Ricerche*, p. 265, qui pense que les *obligationes iuris gentium* étaient distinguées de celles qualifiées de *naturalis* ; DEVILLA, p. 382, qui trouve dans la nature la justification de la reconnaissance de la personnalité des esclaves et leur capacité économique ; CORNIOLEY, p. 55 ss, spéc. p. 66 et 304, qui pense en effet que l'obligation naturelle ne s'identifie pas complètement ou toujours au *ius gentium* et reposerait en fait sur un élément naturel (la *naturalis ratio*) ; KASER, I, § 50 II, p. 204, qui fonde les obligations naturelles sur la nature des choses.

⁵⁷⁴ Voir à ce sujet la section « *Le ius naturale* », p. 55 ss.

⁵⁷⁵ Voir p. ex. à titre de rappel le D. 44, 7, 11 *Paulus*. Nous renvoyons de plus le lecteur à la section « Les actes juridiques – le principe de la non-représentation », p. 121 ss, de même qu'à la note 635.

En effet, si l'esclave interagit avec un tiers au nom de son maître, aucune obligation naturelle ne peut naître entre le tiers et l'esclave, car l'acte est conclu au nom d'autrui et les obligations ne peuvent avoir leur origine qu'entre les parties effectives à l'acte qui en est générateur. De même, il ne naît aucune obligation naturelle entre le tiers et le maître, car le maître n'a pas passé l'acte en son propre nom, c'est son esclave qui le fait. Si l'acte conclu par l'esclave au nom de son maître est autorisé par ce dernier (par *insum* ou *praepositio*), il fera naître uniquement un rapport d'obligations civiles adjectice entre le tiers et le maître, mais non pas naturelles. Il en ira de même si l'acte conclu par l'esclave aboutit à un *versum*.

⁵⁷⁶ Voir à ce sujet la section « Généralités », p. 121 ss.

La reconnaissance de l'obligation naturelle permettra aussi aux juristes romains de tenir compte des rapports de fait qui s'établissent entre l'esclave et son maître⁵⁷⁷.

Ce qui crée (ou reconnaît) les obligations naturelles, ce n'est en somme pas le droit, mais la réalité des rapports et des engagements qui s'établissent naturellement entre les hommes et que, moralement, ils se doivent de respecter⁵⁷⁸. La confiance⁵⁷⁹ entre les hommes est un donné qui ne relève pas du droit, mais de la raison⁵⁸⁰. C'est une attente légitime de tout être humain vivant en société. En cela, ce n'est donc pas un concept juridique, mais une notion relevant d'une sorte d'état de fait ou d'une réalité morale⁵⁸¹.

L'esclave est un être humain doué de raison. Cette seule circonstance lui permet de penser et d'exprimer une volonté personnelle⁵⁸² ; il peut ainsi entrer en rapport avec un autre être humain. Toutefois, étant dépourvu de capacité juridique⁵⁸³, il n'est pas protégé par les règles du droit des gens ou du droit civil⁵⁸⁴. On ne peut pas concevoir entre le tiers et lui de rapport fondé sur le droit ; il ne peut donc pas y

⁵⁷⁷ Cf. : le D. 35, 1, 40, 3 *Iavolenus* (*Namusa, Servius*), qui précise qu'il faut entendre une dette du maître envers son esclave comme d'une dette naturelle, et non pas civile. Le texte se rapporte ainsi à la volonté d'un maître testateur (*secundum mentem testatoris*), volonté qui serait l'élément de fait reconnu naturellement, permettant la conception d'une dette de fait ou naturelle envers son propre esclave. A l'inverse, au D. 41, 1, 54, 1 *Modestinus*, un homme libre servant de bonne foi s'obligerait civilement envers son prétendu maître, p. ex. par contrat de vente.

Nous renvoyons le lecteur à la section « *Le ius deductionis* », p. 364 ss, qui développe la possibilité, pour le maître de déduire ce que lui doit son esclave. *Le ius deductionis* remplacerait en quelque sorte l'action inexistante du maître qui permettrait de réclamer à son esclave une créance.

⁵⁷⁸ Voir en ce sens : PICHONNAZ, p. 340.

⁵⁷⁹ Voir à titre de rappel : Gai. 3, 137 : *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet* [...], c.-à-d. que les parties sont liées en vertu des prestations mutuelles qu'elles se doivent selon l'équité.

⁵⁸⁰ Voir la section « *Le ius naturale* », p. 55 ss.

⁵⁸¹ Voir en outre les développements dans la section « Les sources du droit », p. 52 ss.

⁵⁸² Cf. la section « L'élément subjectif (conscience et volonté) dans les contrats », p. 156 ss.

⁵⁸³ C'est-à-dire de capacité de droit civil *lato sensu*.

⁵⁸⁴ Cf. la partie « Le statut de l'esclave », p. 87 ss, la section « La controverse doctrinale sur l'existence des droits subjectifs », p. 76 ss, et la section « Les règles restrictives révélant l'incapacité juridique de l'esclave », p. 127 ss.

avoir de *vinculum iuris*, mais bien un *vinculum aequitatis* basé sur la *fides*⁵⁸⁵. Ce lien naturel n'a partant pas d'existence juridique (sur le plan du droit des gens et du *ius civile*), mais une existence de fait, basée sur l'équité et la légitime confiance que l'on peut attendre dans des rapports entre êtres humains doués de raison⁵⁸⁶. En d'autres termes, l'*obligatio naturalis* repose sur l'existence de conditions de fait accessibles et réalisables par tous les êtres humains, y compris les esclaves⁵⁸⁷ ; c'est pourquoi l'on parle d'ailleurs parfois d'obligations de fait⁵⁸⁸.

⁵⁸⁵ Cf. la note 590 et la section « L'élément subjectif (conscience et volonté) dans les contrats », p. 156 ss.

⁵⁸⁶ Cf. Gai. 3, 137.

⁵⁸⁷ P. ex. la condition de la volonté, nécessaire à la conclusion d'un contrat, est un élément de fait émanant de la personne-même de l'esclave : cf. la section « L'élément subjectif (conscience et volonté) dans les contrats », p. 156 ss.

En ce sens, voir : PICHONNAZ, p. 117.

Voir de plus la section « Le *ius naturale* », p. 55 ss.

⁵⁸⁸ Le D. 15, 1, 41 *Ulpianus*, fait d'ailleurs directement référence à cet état de fait constitutif de l'obligation naturelle (ou obligation de fait) – [...] *factum magis demonstramus, quam ad ius civile referimus obligationem*. [...]. Voir encore : Gai. 4, 134, qui précise que dans l'*intentio* de la formule, on doit indiquer la prétention valable en droit et donc indiquer à qui, juridiquement, celle-ci est due, c'est-à-dire le maître. Mais dans la *praescriptio* (que l'on peut traduire par « préambule »), on recherche de fait ce qui doit être vrai selon la définition naturelle des choses (cf. aussi Gai. 4, 60 au milieu et Gai. 4, 46, qui précisent qu'avant d'introduire la prétention en droit (ou en fait - *in factum*), la formule est précédée d'une présentation des faits de la cause – Gai. 4, 60 : *initio res de qua agitur demonstratorio modo designetur, deinde inferatur iuris contentio*, et Gai. 4, 46 : *nominato eo quod factum est*). En d'autres termes, nous pourrions imaginer que la *praescriptio* présente ici le rapport de droit naturel, exposé comme une réalité de fait ou un état des faits, sur lequel se fondera la prétention juridique du maître : p. ex. dans le texte, une obligation naturelle que le tiers devrait à l'esclave à la suite d'une stipulation que celui-ci aurait conclue en son nom avec celui-là, mais en soi juridiquement non efficace vis-à-vis du *servus*.

En ce sens, cf. : SCHWANERT, p. 481 ; GRADENWITZ, *Mélanges Schirmer*, p. 171, qui rapporte l'*obligatio naturalis* à une sorte d'obligation matérielle dictée par la nature des choses ; PEROZZI, *Istituzioni*, II, p. 35 s. et ALBERTARIO, *Studi* III, p. 61 s, qui indiquent que si l'obligation naturelle n'a aucune existence juridique, elle a toutefois une existence de fait, exprimée par l'adjectif *naturalis* ; BURDESE, *La nozione*, p. 147 s., qui pense que l'obligation naturelle a pour base tous les éléments de fait (ou naturels) d'un rapport reconnu civilement ; DEVILLA, p. 368 et 376 ; KASER, I, § 113 II, p. 480 s., qui semble admettre que l'obligation naturelle puisse être considérée comme relevante dans une sorte de droit des réalités de fait, qu'on appelle parfois *ius naturalis*. Contre cette idée d'une obligation conçue en fait, voir : CORNIOLEY, p. 73 ss, qui pense que le terme d'*obligatio* ne peut qu'avoir une origine juridique, et que partant, l'obligation naturelle ne peut être qu'une obligation de droit ; FRENZEL, p. 1 ss et 32, qui pense que l'obligation naturelle fait partie du système juridique et qu'elle n'est pas seulement une obligation de fait.

Certains auteurs ont voulu rapprocher la notion d'obligation naturelle de celle des obligations dites « non formalistes », c'est-à-dire principalement aux obligations consensuelles⁵⁸⁹. En effet, la plupart des contrats dont ces obligations consensuelles émanent, sont des contrats du droit des gens, et ils ne nécessitent pas d'autres conditions qu'un *vinculum* fondé sur la confiance entre les personnes qui échangent leurs volontés (*fides*) de manière réciproque et concordante ; c'est pourquoi, on les qualifie aussi de contrats de bonne foi⁵⁹⁰ :

*D. 16, 3, 31, pr. Tryphoninus : Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat [...]*⁵⁹¹

L'esclave, doué de raison, a en effet la capacité naturelle d'émettre une volonté propre lui permettant d'instaurer une relation de confiance et de conclure un tel contrat, même si celui-ci correspond à une institution du droit civil au sens large à laquelle il n'a en principe pas la possibilité d'accéder⁵⁹². Il peut donc remplir toutes les conditions de fait nécessaires à la conclusion d'un tel contrat⁵⁹³. Mais bien que le *servus* puisse utiliser les moyens contractuels offerts par le droit des gens, il

⁵⁸⁹ Voir p. ex. : Abr. Gai. 2, 9, 13, qui rappelle que dans les obligations qui se fondent sur le consentement, on considérera plus celui-ci que les formes ou les solemnités.

En ce sens : LEVY, S. D. H. I. 15 (1949), p. 12 ; CORNIOLEY, p. 300 ss ; KASER, I, § 50 II, p. 204.

⁵⁹⁰ Voir p. ex. : le D. 46, 3, 95, 4 *Papinianus*, qui parle de *vinculum aequitatis* pour l'obligation naturelle ; le D. 50, 17, 90 *Paulus*, qui indique que dans toutes les affaires, spécialement juridiques, on doit suivre les règles prescrites par l'*aequitas*. On retrouve cette notion dans les contrats consensuels : cf. Gai. 3, 137, qui reprend les termes *ex aequo et bono*.

Au sujet de la *fides* comme condition de base des obligations naturelles, cf. : VAZNI, p. 180, qui pense que les obligations morales et sociales ne seraient apparues que sous Justinien ; DEVILLA, p. 382, qui reconnaît l'existence du *vinculum aequitatis*, mais pense qu'il est une invention des compilateurs ; CORNIOLEY, p. 66, 90 ss, spéc. p. 112, qui estime que les obligations naturelles découlent d'un « rapport fondé sur la *fides* et indépendant des formalités qui ont présidé à sa création » ; DELAHAYE, p. 146, qui indique que les formalités sont requises par le droit positif, non par le droit naturel où seul le consentement suffit à engager ; LONGO G., LABEO 12 (1966), p. 384, qui estime que, contrairement à Cornioley, l'*obligatio naturalis servi* ne découlerait pas de concepts étrangers tels que la *fides* ou la « loyauté » ; FRENZEL, p. 13 s. et 30, qui pense que le *ius naturale* permet de souligner que tous les hommes sont doués de libre arbitre. L'*obligatio naturalis* serait ainsi caractérisée par le sentiment moral de l'être humain (cf. FRENZEL, p. 31 ss).

⁵⁹¹ Traduction : La bonne foi, qui doit être l'âme du contrat, exige la plus grande équité [...].

⁵⁹² Cf. la section « L'élément subjectif (conscience et volonté) dans les contrats », p. 156 ss.

⁵⁹³ Cf. la section « L'élément subjectif (conscience et volonté) dans les contrats », p. 156 ss.

devra par contre en respecter les modalités formelles, comme tout *sui iuris*⁵⁹⁴.

Il n'en reste pas moins que le rapport d'obligations conclu par le *servus* en son nom n'a en soi aucune valeur juridique, il n'existe d'une certaine manière que dans les faits, naturellement, entre le tiers (ou le maître) et lui.

Cette possibilité d'accéder aux conditions de fait d'une institution du droit des gens est à l'origine de la confusion de certains auteurs qui ont tenté de rattacher l'*obligatio naturalis* au *ius gentium*⁵⁹⁵, mais nous devons rejeter cette hypothèse. En effet, l'obligation naturelle ne demeure en connexité qu'avec le « droit » naturel fondamental, car elle se réfère à des éléments de fait accessibles à tous les êtres humains, et ce n'est que dans certains cas que les conditions du rapport d'obligations naturelles correspondent parfois à celles d'un contrat réglementé en droit

⁵⁹⁴ P. ex. au D. 19, 2, 1 *Paulus*, il est indiqué que le contrat de bail à loyer, de travail ou d'entreprise, de même que le contrat de vente (cf. le D. 18, 1, 1, 2 *Paulus*), n'ont pas besoin des solennités verbales pour être conclus. En effet, comme ils sont conformes au droit naturel et sont usités chez tous les peuples, le seul consentement suffit à les conclure. De même, à Gai. 3, 154, le contrat de société se contracte par le simple consentement, et bien qu'il ressortisse du droit des gens, l'esclave peut le contracter seul (cf. aussi : le D. 17, 2, 18 *Pomponius* ou le D. 17, 2, 58, 3 *Ulpianus*), par la raison naturelle (dans le texte *naturali ratione*) qu'il existe entre tous les hommes. Mais au D. 45, 1, 1, 2 *Ulpianus*, un signe de la main ne suffit pas à engager par contrat verbal une personne tant sur le plan civil que naturel. On peut conclure de ce texte que le consentement requis pour créer le *vinculum* en droit naturel doit tout de même respecter les formes prévues par l'institution telle que conçue en droit civil *lato sensu*, c.-à-d. les paroles du contrat *verbis* en question, même si celles-ci peuvent être prononcées en grec p. ex. (cf. le D. 46, 4, 8, 4 *Ulpianus*, pour le cas de l'acceptilation), car sinon, on sort de la catégorie des contrats pour entrer dans celle des pactes (cf. le titre 14 du livre II). On ne peut donc pas dissocier complètement le rapport de droit naturel du contrat civil ; il y a une certaine interaction entre les deux, nous le verrons plus en détail dans l'étude de l'institution du pécule (cf. la section « L'institution du pécule », p. 239 ss).

Voir en ce sens : SCHWANERT, p. 482, qui conçoit que les obligations naturelles ont un sens juridique découlant des actes reconnus par le droit positif dont elles émanent ; BURDESE, La nozione, p. 147 s., qui pense que l'obligation naturelle se constituerait sur la base de tous les éléments de fait subjectifs et objectifs d'un rapport reconnu par le droit civil ; KELSEN, p. 5 et 64, qui indique que la « norme de justice » prescrit la création de normes positives de contenu déterminé exigeant un certain formalisme ; DELAHAYE, p. 163, qui précise que l'acte ne sera pas valable en droit naturel s'il se base sur une institution du droit civil dont il ne respecte pas les formes requises (les formes du contrat civil dont émaneraient les obligations naturelles doivent donc être respectées).

⁵⁹⁵ P. ex. comme SIBER, p. 1 ss.

dit « positif ». L'*obligatio naturalis* ne peut jamais être considérée en elle-même comme un lien de droit des gens.

Le rapport contractuel « non juridique », qui n'existe que dans le fait de l'échange de volontés des parties, est en quelque sorte effectivement réalisé et confirmé une fois qu'il est exécuté matériellement. Dès cet instant, les jurisconsultes ont considéré que la raison naturelle (*naturalis ratio*) devait imposer qu'il entre d'une certaine manière dans l'ordre juridique et soit protégé. C'est ainsi qu'ils ont reconnu des effets civils intrinsèques à l'obligation naturelle une fois celle-ci exécutée.

Probablement les Romains avaient-ils compris la nécessité de concevoir en droit naturel la personne de l'esclave et ses rapports avec des tiers, pour permettre le développement économique⁵⁹⁶. Aussi cette conception a-t-elle permis d'atténuer le statut des esclaves et de limiter d'éventuels conflits ou conspirations contre leurs maîtres⁵⁹⁷. Quoi qu'il en soit, on ne peut nier que les jurisconsultes et le prêteur ont dû parfois jongler entre le souci de légitimer d'un côté l'esclavage pour en faire usage dans l'économie, et de l'autre, donner au *servus*, sinon une illusion de liberté⁵⁹⁸, un statut lui permettant de vivre de manière autonome dans la société, d'interagir avec les hommes et d'avoir une certaine dignité, de sorte notamment à ménager sa propension possible à la révolte⁵⁹⁹.

⁵⁹⁶ En ce sens, cf. : LOMBARDI, S. D. H. I. 16 (1950), p. 268 et BARTOSEK, p. 512, qui relèvent que la conception utilitariste du droit réduit la légitimité d'un ordre juridique ; DEVILLA, p. 374 s. ; LONGO G., Recherche, p. 47 ss ; CORNIOLEY, p. 150, 162 et 177.

⁵⁹⁷ Voir : BARTOSEK, p. 514, qui estime que la conception naturaliste permettait à la classe gouvernante de réaliser toutes ses exigences en les présentant comme naturelles pour la société humaine.

⁵⁹⁸ Cette illusion de liberté nous apparaît comme évidente dans la procédure formulaire. En effet, le prêteur insère dans l'*intentio*, une véritable fiction de liberté (*fictio libertatis*) censée nous faire oublier probablement que l'esclave est un incapable de droit.

Voir à ce sujet la note 813.

⁵⁹⁹ Voir p. ex. : le D. 1, 6, 2 *Ulpianus*, qui nous donne un bon exemple de cette ambivalence. En effet, un rescrit de l'Empereur Antonin vise à protéger les esclaves contre la sévérité de leurs maîtres, tout en garantissant les droits de ces derniers, notamment la puissance. Le rescrit précise aussi qu'il a été promulgué dans l'intérêt des maîtres, ce qui souligne, pensons-nous, la prise de conscience par les Romains des risques possibles en cas d'excès de pouvoir sur les esclaves.

B. Les caractéristiques de l'obligation naturelle

L'obligation naturelle de l'époque classique a notamment pour caractéristiques essentielles qu'elle est démunie d'action (contrairement aux autres obligations dites civiles)⁶⁰⁰, mais elle produit néanmoins intrinsèquement certains effets de droit civil, lorsqu'elle est exécutée. En effet, il n'est pas possible de répéter civilement, c'est-à-dire par les moyens du droit civil, une prestation due et exécutée⁶⁰¹. L'exécution de cette prestation, due naturellement, consiste d'une certaine manière en sa propre confirmation dans l'ordre juridique civil. C'est la raison pour laquelle elle entraîne aussi la libération civile de son débiteur, c'est-à-dire la libération du lien de droit civil né parallèlement entre les parties qui

Spartacus fut l'une des figures les plus emblématiques d'une révolte d'esclaves : cf. WELWEL, p. 475 ss ; WALLON, p. 519 ss.

⁶⁰⁰ En ce sens, cf. : VAZNI, *Studi Bonfante*, p. 131 et 133 ; ALBERTARIO, *Studi III*, p. 60 ; BURDESE, *La nozione*, p. 149 ; FRENZEL, p. 6 ; KASER, I, § 113 II, p. 480. Voir toutefois : CORNIOLEY, p. 73 et 300 ss, qui estime que les obligations naturelles se définissent négativement, c.-à-d. qu'il s'agirait de toutes les obligations non proprement civiles au sens étroit, sanctionnées d'une action ou pas. *D'un autre avis* : LONGO G., *Ricerche*, p. 45 et 292, qui estime qu'il y a deux concepts d'obligations naturelles, celui où l'obligation naturelle serait munie d'un moyen de coercition et celui où elle en serait dépourvue. Pour Longo, seul le premier concept serait classique.

⁶⁰¹ Cf. : le D. 12, 6, 64 *Tryphonius*, qui précise que, si l'ancien maître paie à son affranchi ce qu'il lui devait naturellement quand il était esclave, il ne pourra pas le répéter, car il a reconnu par là qu'il lui était obligé naturellement ; le D. 46, 1, 7 *Iulianus*, qui indique qu'on doit pouvoir accepter un fidéjusseur dans le cas où on aurait exécuté une obligation naturelle, car celle-ci entraîne l'impossibilité de répéter ; le D. 12, 6, 14 *Pomponius* et le D. 50, 17, 206 *Pomponius*, qui précisent que l'on ne peut pas, selon le droit naturel, s'enrichir au dépens d'autrui. Probablement que le rapport, dans ces textes, de l'interdiction de s'enrichir à l'équité naturelle implique la reconnaissance, dans les obligations naturelles, de l'impossibilité de répéter ce qui est dû. Voir encore : le D. 12, 6, 19, pr. *Pomponius*, les D. 14, 6, 9, 4-5 *Ulpianus* et le D. 14, 6, 10 *Paulus* par analogie, qui précisent que ceux qui ont répondu pour l'obligation d'un fils de famille et qui auraient payé, ne pourront pas exciper de l'exception du sénatus-consulte Macédonien pour répéter. Car cette loi a pour but d'exonérer les débiteurs de l'action du créancier civil, mais pas de les exonérer de l'obligation naturelle garantie qui, elle, subsiste en la personne du fils ; le D. 2, 2, 3, 7 *Ulpianus*, qui indique qu'un paiement effectué sur la base d'une cause naturelle empêche de pouvoir répéter la somme comme non due.

En ce sens, cf. : GRADENWITZ, *Mélanges Schirmer*, p. 177 ; BURDESE, *La nozione*, p. 149 ; DEVILLA, p. 371 ; FRENZEL, p. 8.

seraient capables de droit ; le débiteur ne pourra donc plus être actionné⁶⁰² :

*D. 46, 1, 16, 4 Iulianus : Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest : nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse.*⁶⁰³

Alors, si l'une des caractéristiques de l'obligation naturelle est d'être dépourvue d'action, pourquoi le texte cité ci-dessus la met-il en rapport avec une *aliqua actio* ?

Bien que cette énonciation paraisse trompeuse, il ne s'agit pas d'un paradoxe dans la théorie ordinaire de l'*obligatio naturalis*⁶⁰⁴. En effet, lorsque l'obligation de l'esclave est subsumée dans une institution prétorienne, elle donne le plus souvent au tiers la possibilité d'actionner

⁶⁰² Cf. : le D. 44, 7, 14 *Ulpianus*, qui précise que le remboursement d'un prêt à l'esclave après son affranchissement entraîne la libération du débiteur. Après l'affranchissement, le tiers débiteur reste lié à l'esclave naturellement, ce qui lui permet de se libérer naturellement auprès de lui et civilement auprès de son ancien maître. Toutefois, comme le rapport adjectice entre le tiers et le maître ne passe pas d'office à l'esclave, le tiers devra arguer de sa bonne foi pour bénéficier de la libération civile auprès de l'ancien maître de l'esclave, c.-à-d. p. ex. être dans l'ignorance de l'affranchissement : cf. le D. 46, 3, 32 *Iulianus* et les explications en note 1237.

⁶⁰³ Traduction : Nous ne considérons pas seulement comme obligations naturelles, celles qui prévoient qu'une certaine action (adjectice) pourra être interjetée en leur nom, mais encore celles qui empêcheront de pouvoir répéter ce qui a été payé. Car, quoique les débiteurs naturels soient moins proprement appelés débiteurs, en détournant un peu l'acceptation, on peut les considérer comme tels, et ceux qui reçoivent d'eux de l'argent seront censé avoir reçu leur dû.

Voir en outre le D. 44, 7, 10 *Ulpianus*, reprenant quasiment mot pour mot le texte de Julien (*Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam eo, si soluta pecunia repeti non possit*).

⁶⁰⁴ Le terme de *aliqua* ne doit pas s'entendre par rapport à la théorie générale de l'obligation naturelle, mais se rapporte au lien de droit adjectice pour lequel le maître peut être actionné en quelque sorte par une « certaine action » ou « action particulière », comme l'indique le texte. Il semble en effet qu'au fragment D. 46, 1, 16, 3 *Iulianus*, précédent le D. 46, 1, 16, 4 *Iulianus* cité dans le corps du texte, ainsi qu'au D. 46, 1, 6, 2 *Ulpianus*, le *aliqua* soit employé en rapport avec *obligatio civilis* au sens large ; cela serait un indice indiquant que la *aliqua actio* dont parle le fragment est bien celle sanctionnant le lien civil adjectice entre le tiers et le maître et non l'obligation naturelle entre le tiers et l'esclave. Voir en outre les développements de la note 1219.

le maître⁶⁰⁵. Il ne faut donc pas y voir une évolution ou une nouvelle distinction propre à l'obligation naturelle ; celle-ci reste toujours entre le tiers et l'esclave privée d'action, mais c'est le lien adjectice civil⁶⁰⁶ entre le tiers et le maître qui permet en quelque sorte de lui ajouter le moyen de coercition particulier (cf. la *aliqua actio*) qui lui fait par définition défaut⁶⁰⁷.

De manière générale, lorsqu'un capable de droit civil au sens large (*sui iuris* ou *filiusfamilias*) conclut un contrat de droit civil *lato sensu* en son propre nom, on observe qu'au lien naturel primaire entre le tiers et le capable de droit se superpose un lien spécial de droit civil⁶⁰⁸. En effet,

⁶⁰⁵ Voir p. ex. : les Iust. Inst. 4, 6, 10, qui précisent que le maître n'est pas obligé de plein droit par les contrats conclus par ses subordonnés en leur nom, mais que l'équité exige qu'on accorde au tiers une action à concurrence du pécule. En effet, le lien civil adjectice est ajouté artificiellement par application des règles prétoriennes.

Cf. en outre la section « Les institutions relatives aux actions *adiecticiae qualitatis* », p. 195 ss.

⁶⁰⁶ Voir plus loin dans le corps du texte au sujet de cette notion.

⁶⁰⁷ Cf. : le D. 15, 1, 41 *Ulpianus*, qui précise qu'en utilisant les termes de manière abusive, on peut dire que l'esclave est créancier ou débiteur, et que ce que l'esclave doit personnellement pourra être demandé par une action *in peculium* ou, si quelque chose enrichit le maître, *in dominum*. Dans les deux hypothèses, l'action est en quelque sorte mise en rapport avec l'obligation adjectice sur laquelle elle se fonde ; quand l'institution civile du pécule vient à s'appliquer, elle a lieu sur le pécule, et quand on se trouve en présence des conditions de l'institution du *versum*, elle est donnée contre le maître, car elle vise son patrimoine propre.

Voir en outre au sujet de ce texte, les développements à la section « Le rapport « civil » *lato sensu* adjectice entre tiers et maître », p. 340 ss, et la section « La définition », p. 377 ss.

En ce sens : CORNIOLEY, p. 149, qui estime qu'à l'origine, l'obligation naturelle est toujours une action non sanctionnée et que les actions adjectices ne seraient qu'un artifice du prêteur pour venir en aide au créancier. Voir toutefois : DEVILLA, p. 369 s., qui pense que l'obligation naturelle de l'esclave est bel et bien sanctionnée par l'action *de peculio*, action dont il voit l'expression dans le *eorum nomine* du D. 46, 1, 16, 4 *Iulianus* (voir sur ce texte les développements de la note 1219).

⁶⁰⁸ Voir p. ex. : le D. 12, 6, 19, pr. *Pomponius* et le D. 2, 2, 3, 7 *Ulpianus*, qui précisent que celui qui serait libéré de son obligation civile à cause d'une peine de nullité prévue par la loi, reste obligé naturellement ; le D. 14, 6, 18 *Venuleius (Iulianus)*, qui semble bien indiquer que pour le cas spécial du fils de famille, capable de droit civil, celui-ci est doublement obligé, tant civilement que naturellement ; le D. 46, 8, 8, 1 *Venuleius*, où la dette naturelle subsistante (*naturale debitum*) permet au créancier qui perdrait le procès civil, d'opposer une exception à son débiteur qui tenterait une action pour récupérer l'argent déjà délivré à son représentant ; le D. 46, 1, 5 *Ulpianus (Iulianus)* au milieu, qui, bien qu'il ne traite pas expressément des obligations naturelles, indique curieusement qu'il n'est pas nouveau que deux obligations concourent en la même personne ; le D. 46, 1, 8, 3 *Ulpianus (Iulianus)*, qui semble en effet bien indiquer qu'après la *litis contestatio*, deux obligations subsistent, puisqu'on peut garantir soit l'une, soit l'autre ; le D. 36, 1, 61, pr. *Paulus*, qui semble souligner cette dissociation d'obligations, naturelle et civile, en la même personne. Le texte traite en effet d'une substitution fidéicommissaire. L'héritier institué était créancier du défunt et avait

dès qu'une institution existante du droit « positif » peut s'appliquer, elle a en quelque sorte un caractère spécial⁶⁰⁹.

Mais le lien de droit civil (résultant par exemple d'un contrat consensuel du droit des gens – *id est* civil au sens large) ne se substitue pas, nous le rappelons, au rapport naturel essentiel qui, latent, subsiste toujours entre les personnes parties à l'acte, comme on peut clairement l'observer par exemple dans le cas d'une *capitis deminutio* :

*D. 4, 5, 8 Gaius : Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelleguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest. itaque de dote actio, quia in bonum et aequum concepta est, nihilo minus durat etiam post capitis deminutionem, ut quandoque emancipata agat (cf. le D. 4, 5, 9 Paulus).*⁶¹⁰

*D. 50, 17, 84, 1 Paulus : Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus.*⁶¹¹

Ces textes sont suffisamment évocateurs. En effet, le changement d'état d'une personne peut ainsi l'écarter des prérogatives découlant du droit civil compris dans son sens large, mais n'a aucune influence sur

reçu un gage. Or, on observe que si la créance civile est confondue en la personne de l'héritier et disparaît au moment de l'acceptation de la succession, l'obligation naturelle sous-jacente et rattachée abstraitement au gage, elle, a subsisté. Ainsi, lorsque le fidéicommissaire reçoit la succession, il reste obligé naturellement et ne peut pas répéter ce qu'il aurait payé à l'héritier, qui lui, conserve le gage pour l'obligation (dette) naturelle qui a passé au fidéicommissaire. Voir encore : le D. 45, 1, 126, 2 *Paulus*, qui indique que le comptage effectif de l'argent qu'on reçoit à titre de prêt crée une obligation naturelle, qui ne sera pas remplacée par une obligation civile issue d'une stipulation subséquente pour se faire prêter le même argent. Cela signifie qu'on observe qu'il y a en fait deux obligations visant la même personne, une naturelle et une civile.

En ce sens, voir : GRADENWITZ, *Mélanges Schirmer*, p. 171 s., qui retient que l'obligation naturelle d'un père de famille représente l'obligation telle que conçue dans une réalité de fait.

⁶⁰⁹ Cf. la note 122 et la section « Réminiscence du droit naturel », p. 72 ss.

⁶¹⁰ Traduction : Il est clair que le changement d'état ne détruit point les obligations qui ont pour objet des prestations naturelles ; parce que le droit civil ne peut pas détruire les droits naturels. Ainsi, on pourra intenter, même après le changement d'état, l'action pour se faire rendre une dot, parce que cette action est fondée sur l'équité naturelle, de sorte qu'une fille pourra parfois agir elle-même après son émancipation.

⁶¹¹ Traduction : Celui qui doit donner selon le droit des gens et dont nous suivons la confiance (volonté), est obligé aussi naturellement.

celles, fondamentales, du « droit » naturel⁶¹². Parfois, on peut observer, entre capables de droit, que l'obligation ne naît que naturellement, sans être secondée par un rapport civil : c'est le cas des obligations morales⁶¹³.

⁶¹² Voir aussi : Gai. 1, 158, qui a le même contenu que le D. 4, 5, 8 Gaius, en soulignant ainsi son authenticité ; le D. 4, 5, 2, 2 *Ulpianus*, qui indique que ceux qui changent d'état restent obligés naturellement pour les causes (p. ex. un contrat) qui ont précédé la *capitis deminutio media* ou *maxima*. Ce texte souligne que, même si l'on perd le rapport civil, on conserve celui de droit naturel né au moment où la personne était pleinement capable, tant en droit civil que naturel. Mais la perte du rapport d'obligations civiles entraîne également celui de l'action. En effet, le D. 4, 5, 2, pr. *Ulpianus*, indique que ceux qui deviennent esclaves ne peuvent plus être actionnés, mais que l'action sera donnée contre ceux à qui leurs biens sont parvenus, c.-à-d. leurs maîtres. Les D. 4, 5, 7, 2-3 *Paulus (Iulianus)*, précisent que cette action prend la forme d'une action utile contre le maître pour le tout et que si celui-ci refuse de défendre *in solidum*, on permettra aux tiers créanciers de saisir les biens que le déchu avait en sa possession avant la perte de sa liberté. A titre comparatif, voir les réflexions développées dans la section « Les actes *ex ante gesto* », p. 333 ss. A noter toutefois, au D. 4, 5, 2, 1 *Ulpianus* et D. 4, 5, 2, 2 *Ulpianus* à la fin, que si la personne ne perd que le *status familiae*, p. ex. à la suite d'une adrogation, elle reste elle-même actionnable, comme il en irait d'un fils de famille, car le rapport d'obligations civiles subsiste.

A titre comparatif et de manière générale, le D. 12, 6, 64 *Tryphoninus*, indique que la liberté est maintenue en droit naturel, alors qu'elle disparaît en droit « positif », droit « positif » qui introduit d'ailleurs l'esclavage. Ce texte souligne à notre avis la distinction de niveau des couches de normes « juridiques », qui permet à la liberté de continuer à exister dans le droit naturel, alors qu'elle disparaît dans le droit civil, tout comme il en va de l'obligation naturelle, qui n'existe plus civilement dès la diminution de capacité civile (*capitis deminutio*), mais perdure pourtant naturellement. Le texte conçoit d'ailleurs la situation inverse à la diminution de capacité : en effet, une obligation naturelle d'un maître envers son esclave ne peut pas naître à une existence civile une fois l'esclave affranchi devenu civilement capable ! La dette du maître n'a jamais eu de caractère civil et ne peut partant pas l'acquiescer au moment d'un changement de capacité favorable. Cela s'explique du fait qu'au moment de l'acte générateur de l'obligation, celle-ci est toujours valable naturellement, voire civilement, si le droit civil trouve à s'appliquer, c.-à-d. p. ex. si elle respecte les formes et les capacités requises par le droit civil *lato sensu*. Mais on ne peut appliquer rétroactivement ou pseudo-rétroactivement le droit civil auquel on ne serait pas soumis au moment de la naissance de l'obligation naturelle, pour faire « valider » celle-ci *a posteriori* sur le plan civil, et ce, spécialement si, au moment de sa naissance, les formes que le droit civil aurait prescrites pour la faire naître civilement n'avaient de toute façon pas été respectées. Voir, à titre comparatif, les observations faites à la section « L'affranchissement », p. 292 ss, dans le cadre de l'institution du pécule.

Voir, dans le sens de la persistance de l'obligation naturelle après l'extinction de l'obligation civile : DESSERTAUX, *Mélanges Cornil*, p. 183 ; CORNIOLEY, p. 305 s. ; KASER, I, § 113 II, p. 481. Voir encore : GIRARD, I, p. 209, qui pense toutefois que le *capite minutus* renaîtrait en droit naturel. Voir toutefois : VAZNI, p. 170 ss, qui laisse la question indécise à cause du manque de sources.

⁶¹³ A Rome, c'est le cas notamment pour un affranchi qui travaillerait ou exécuterait une obligation qu'il croyait avoir envers son ancien maître (le *patronus*) ; en effet, ce qu'il paierait ne pourrait pas être répété, car cela constituerait un dû naturel découlant d'une obligation morale

Lorsque le contrat est conclu par un incapable de droit civil (le *servus* par exemple) en son nom, sans que sa capacité naturelle et son acte soient englobés dans une institution civile prétorienne (*adiecticiae qualitatis*), on voit toujours se dessiner un lien d'obligations réciproques naturelles entre le tiers et lui :

*D. 44, 7, 14 Ulpianus : [...] ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. [...].*⁶¹⁴

L'esclave qui agit personnellement en son nom a donc une pleine capacité naturelle à nouer des rapports naturels de confiance avec des tiers⁶¹⁵. Mais ces rapports n'ont rien de contraignant, car ils n'ont pas d'efficacité juridique avant leur exécution ; en effet, ils ne sont pas munis

envers son ancien maître : cf. p. ex. le D. 12, 6, 26, 12 *Ulpianus* (*Iulianus, Celsus, Marcellus*). De même, une femme qui doterait sa fille, alors qu'elle n'en est pas obligée, ne pourra pas répéter : cf. p. ex. le D. 12, 6, 32, 2 *Iulianus*, car, abstraction faite de l'opinion erronée, la constitution de dot repose sur un sentiment (*pietas*) qui fait reconnaître et accomplir tous les devoirs « moraux » envers la famille. Dans le même sens, voir : le D. 38, 5, 1, 10 *Ulpianus*, où l'affranchi qui constitue une dot à sa fille ne commet pas de fraude vis-à-vis de son ancien maître, car il est guidé par son affection paternelle (*pietas*). Voir encore : le D. 5, 3, 25, 11 *Ulpianus*, qui indique que ne constitue pas un enrichissement du donateur, l'obligation naturelle que le donataire assumerait de donner quelque chose en retour à la donation qu'on lui aurait faite.

En ce sens : CORNIOLEY, p. 305, qui pense que l'*obligatio naturalis*, fondée à l'origine sur la *fides*, s'imposerait comme une sorte de devoir moral ou social.

Voir en outre les développements à la section « Le *ius naturale* », p. 55 ss.

⁶¹⁴ Traduction : [...] [les esclaves] ne peuvent pas s'obliger civilement en conséquence de leurs contrats, mais ils obligent et s'obligent naturellement [...].

⁶¹⁵ Du moment que l'esclave n'a pas à faire à un contrat formaliste (p. ex. littéral) et que seule la *fides* suffit à le conclure, il a la capacité naturelle de créer des rapports d'obligations naturelles. Si l'esclave entend conclure un contrat reconnu comme *verbis* en droit positif, il doit cependant en respecter les formes, mais le contrat ne vaudra évidemment que naturellement. Cf. les développements dans la section précédente « Les origines », p. 172 ss, et en particulier la note 594.

En ce sens, voir : CORNIOLEY, p. 156 ; PICHONNAZ, p. 117. Voir toutefois : LONGO G., Ricerche, p. 50 ss, qui pense que l'*obligatio naturalis servi* ne peut se concevoir que dans l'institution du pécule et ne peut en être dissociée. Il se justifie en arguant que sans patrimoine séparé, l'esclave ne pourrait pas s'engager. Il nous semble que cette conception soit un peu étroite, car pour exister, l'obligation naturelle n'a pas nécessairement besoin d'être liée à un patrimoine (voir à ce sujet les développements de la présente section et de la section « Les cas hors pécule : le *iussum* et la *praepositio* comme semblant d'autonomie », p. 197 ss).

d'action en exécution ou pour cause d'inexécution⁶¹⁶. Après leur exécution, ils sont néanmoins protégés par le droit, car l'acte réalise en quelque sorte « juridiquement »⁶¹⁷ la réalité de fait antérieure qui ne relève pas du droit civil⁶¹⁸.

Lorsque l'esclave agit en son propre nom dans le cadre d'une institution civile élaborée par le prêteur⁶¹⁹, on observe aussi que se crée un double rapport de droit : le rapport originaire entre le tiers et l'esclave, nul sur le plan civil⁶²⁰, naît et existe cependant naturellement entre eux⁶²¹, mais il s'y ajoute un rapport civil contraignant, appelé adjectice, entre le tiers et le maître. Dans ce cas, il n'y a plus superposition, mais dissociation des rapports naturel et civil selon la distinction de fait de la

⁶¹⁶ Voir à ce sujet : le D. 50, 16, 10 *Ulpianus*, qui précise qu'on appelle créancier de droit civil au sens large, toute personne susceptible de pouvoir actionner pour faire valoir son dû en justice. Celui à qui l'on doit quelque chose de naturel n'est pas à proprement parler créancier, mais on le considère comme tel si sa créance naturelle provient d'un contrat qualifié en droit civil.

Voir p. ex. : DELAHAYE, p. 169, qui précise que l'obligation naturelle est valide, mais pas efficace en cas d'inaccomplissement.

⁶¹⁷ C'est-à-dire sur le plan du droit civil *lato sensu*.

⁶¹⁸ Il existe toutefois un risque pour le tiers qui aurait conclu un contrat bilatéral avec un esclave agissant en son propre nom, mais sans pécule. En effet, l'acte en soi ne lie civilement aucune des parties (ni le tiers, ni l'esclave, ni le maître). Sa nullité civile pourrait être constatée ou du moins pourrait-on demander son annulation. Après avoir exécuté l'acte, la prestation du tiers, effectuée en main de l'esclave (éventuellement en mains du maître), serait « validée civilement » à cause de l'effet de l'exécution de l'obligation naturelle (non répétable), et serait de toute façon dès cet instant en quelque sorte aspirée comme acquisition matérielle par le principe du *ius acquirendi* dans le patrimoine du *dominus* qui en deviendrait propriétaire. Si la contreprestation n'était pas effectuée (par l'esclave, éventuellement par le maître), le tiers ne pourrait qu'espérer prouver un *versum* au patrimoine du maître et tenter l'action *de in rem verso*. En fait, il ne pourrait intenter aucune autre action prétorienne, les conditions n'étant pas remplies, et il ne pourrait pas non plus revendiquer sa prestation en prétextant d'une nullité de l'acte, car il se verrait opposer non seulement l'effet de l'impossibilité de répéter résultant de l'obligation naturelle valablement conclue avec l'esclave et exécutée, mais encore l'effet du *ius acquirendi* ayant rendu le maître propriétaire.

⁶¹⁹ C'est-à-dire dans l'hypothèse où l'esclave a un pécule.

⁶²⁰ Cf. la section « Les règles restrictives révélant l'incapacité juridique de l'esclave », p. 127 ss.

⁶²¹ C'est ce lien naturel qui empêche notamment l'esclave affranchi de répéter ce qu'il aurait payé au tiers créancier après son affranchissement : cf. le D. 12, 6, 13, pr. *Paulus*. En effet, l'esclave qui avait l'administration de son pécule au moment de la conclusion du contrat pouvait valablement s'engager naturellement envers un tiers.

En ce sens : DEVILLA, p. 368 s.

personne de l'esclave agissant p. ex. en son nom ou au regard de son pécule de celle de son maître⁶²². Dans cette hypothèse, la fidéjussion (cautionnement) de l'une et/ou l'autre obligation est d'ailleurs possible, ce qui souligne d'autant plus la distinction des personnes⁶²³.

Nous verrons plus en détail, pour chacune des institutions prétorienne étudiées dans le présent ouvrage⁶²⁴, quels sont les cas dans lesquels se forment et s'aménagent ces obligations naturelles et comment s'organisent leurs rapports avec les obligations civiles.

C. Synthèse

On a rapproché l'*obligatio naturalis* tantôt du droit naturel⁶²⁵, tantôt du droit des gens⁶²⁶, tantôt de l'obligation de fait, tantôt de l'obligation de droit non formaliste. Finalement, force est de constater qu'elle semble empreinte de tous ces attributs suivant l'angle de vue considéré pour l'analyser.

L'obligation naturelle nous paraît plutôt être un concept abstrait, en quelque sorte hybride, qui possède deux facettes : l'une de fait, l'autre de droit. La relation entre ces deux caractéristiques (fait et droit) doit être

⁶²² Cf. : DEVILLA, p. 384, qui souligne l'existence possible d'une double obligation, sans toutefois développer cette idée.

⁶²³ Dans le sens de la fidéjussion pour une obligation naturelle, cf. : le D. 46, 1, 16, 3 *Iulianus* ; Gai. 3, 119a ; le D. 46, 1, 6, 2 *Ulpianus* ; le D. 46, 1, 8, 2-3 *Ulpianus (Iulianus)*, développé en note 1400 ; le D. 46, 1, 8, 6 *Ulpianus* ; les D. 14, 6, 9, 4-5 *Ulpianus* et le D. 14, 6, 10 *Paulus*, développés en note 601. *A contrario* et par analogie, au D. 14, 6, 18 *Venuleius (Iulianus)*, on ne peut pas garantir l'obligation d'un fils de famille qui serait mort. En effet, le texte précise que tant l'obligation civile (le fils de famille, contrairement au *servus*, ayant la capacité civile) que l'obligation naturelle ne subsiste. La personne du fils reconnue naturellement (ou dans les faits) a « matériellement » disparu ; dès lors, toute obligation naturelle visant la personne du fils disparaît. Cependant, l'obligation civile adjectice qui s'ajoute en la personne du maître, permettant l'action *de peculio*, peut être quant à elle garantie. Celle-ci n'est en effet pas éteinte, puisque la personne du maître vit encore. Elle s'éteindra cependant un an après la mort du fils : cf. la section « *L'actio annalis* », p. 394 ss.

Voir, en faveur de la possibilité de garantir une obligation naturelle : GRADENWITZ, *Mélanges Schirmer*, p. 177 ; VAZNI, p. 134 s. et 154 ss ; BURDESE, *La nozione*, p. 149 ; DEVILLA, p. 379 s. ; CORNIOLEY, p. 46.

⁶²⁴ Cf. la section « Les institutions relatives aux actions *adiecticiae qualitatis* », p. 195 ss.

⁶²⁵ Voir la section « *Le ius naturale* », p. 55 ss.

⁶²⁶ Voir la section « *Le ius gentium* », p. 65 ss.

recherchée dans la philosophie⁶²⁷. L'*obligatio naturalis* résulte de la nature des choses en cela qu'elle se fonde sur des circonstances de pur fait accessibles à tous les êtres humains doués de raison et qu'elle se constitue dans le rapport de confiance né entre les parties à l'acte contractuel. Ces parties doivent ainsi assumer un devoir moral réciproque tendant à l'exécution des prestations convenues.

L'obligation naturelle n'a en soi aucune existence juridique civile au sens large, dans le sens où elle n'est ni conçue dans le *ius civile* de la Cité romaine, dans lequel on comprend le *ius honorarium*⁶²⁸, ni dans le *ius gentium*. C'est à tort qu'on l'a parfois identifiée à une obligation du droit des gens. Elle n'est pas formaliste, dans le sens où elle résulte de la *fides*, soit d'un rapport de confiance induit par la conscience et la volonté de chacun de s'engager et de respecter la vie en société⁶²⁹ ; elle ne constitue donc pas à proprement parler un *vinculum iuris*⁶³⁰, mais un *vinculum aequitatis*⁶³¹. En effet, seule l'introduction de la notion de morale ou d'équité, dans le raisonnement des juriconsultes, permet de comprendre comment l'obligation naturelle peut se créer dans les faits et déployer des effets juridiques au moment où elle est exécutée⁶³². Par les effets civils qu'elle implique, on peut en déduire que, bien que dépourvue d'action,

⁶²⁷ Nous pensons que les juriconsultes romains de l'époque classique n'étaient pas complètement hermétiques à la philosophie grecque. Voir en ce sens : KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Studi Bonfante*, p. 477 et 495 ; PEROZZI, *Istituzioni*, I, note 1, p. 94.

⁶²⁸ C'est-à-dire le droit prétorien.

⁶²⁹ En ce sens, cf. : CORNIOLEY, p. 303, qui voit précisément émaner de la *fides* que se doivent mutuellement les parties, un sentiment de loyauté et de respect des engagements.

⁶³⁰ Les Romains de l'époque classique avaient conscience de l'existence de réalités de fait immuables et universellement établies entre tous les êtres humains, voire entre tous les animaux. Ils les qualifièrent de droit naturel, probablement sous l'influence des philosophies grecques.

⁶³¹ Cf. le D. 16, 3, 31, pr. *Tryphoninus* : *Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat [...]*.

Voir en ce sens : VAZNI, p. 133 ; DEVILLA, p. 382. Voir encore : ALBERTARIO, *Studi III*, p. 67 et 69 et BURDESE, *La nozione*, p. 151, qui pensent toutefois que cette conception relative au *vinculum aequitatis* se serait plutôt développée à l'époque de Justinien. Voir de plus : SIBER, p. 78 s., qui croit que le *vinculum aequitatis* n'est apparu qu'à l'époque byzantine.

⁶³² Cf. : FRENZEL, p. 17 ss.

Voir de plus les développements à la section « Le *ius naturale* », p. 55 ss.

elle devait apparaître comme trop importante aux yeux des jurisconsultes pour être totalement écartée de la protection du droit.

Son domaine d'application de prédilection ne pouvait donc être que celui où apparaît l'esclave, participant actif de la vie économique et commerciale⁶³³, mais dépourvu de personnalité au sens du droit⁶³⁴.

⁶³³ Cf. en particulier dans l'étude de l'institution du pécule à la section « L'institution du pécule », p. 239 ss.

⁶³⁴ Au sens du droit civil *lato sensu*.

Cf. la partie « Le statut de l'esclave », p. 87 ss, la section « La controverse doctrinale sur l'existence des droits subjectifs », p. 76 ss, et la section « Les règles restrictives révélant l'incapacité juridique de l'esclave », p. 127 ss.

Paragraphe 2 Les actes contractuels bilatéraux accomplis par l'esclave – le système de la « représentation »

En principe, comme tout acte juridique, le contrat bilatéral doit être conclu par les parties en leur propre nom pour qu'il soit valable et qu'il leur permette d'actionner personnellement⁶³⁵. Cependant, nous avons déjà pu observer que le système romain se réserve une construction particulière lorsque sont impliqués des esclaves⁶³⁶.

Ainsi, les personnes sous puissance peuvent acquérir ou conclure tout acte contractuel purement gratuit, donc pas bilatéral (soit onéreux), de manière autonome ; dans ces cas, c'est en principe leur maître (ou père) qui en bénéficie directement et automatiquement par le principe du *ius adquirendi*⁶³⁷. Dans le cas de la stipulation dite « favorable », les *alieni iuris* acquièrent le droit de créance civile à leur maître et l'action *ex stipulatu* correspondante⁶³⁸. Ils apparaissent alors comme des instruments d'acquisition, sans qu'il soit nécessaire de se

⁶³⁵ Voir pour mémoire : Gai. 2, 95 ; Gai. 3, 163 au début ; le D. 45, 1, 38, 17 *Ulpianus* ; le D. 50, 17, 123, pr. *Ulpianus* ; le D. 44, 7, 11 *Paulus*.

Voir également : CUQ, p. 403 ; GIRARD, I, p. 493 ; ARANGIO-RUIZ, p. 94 ; MAYER-MALY, § 49 I, p. 111.

Voir de plus la section « Les actes juridiques – le principe de la non-représentation », p. 121 ss.

⁶³⁶ Cf. : CUQ, p. 404, qui parle des personnes sous puissance comme de véritables instruments d'acquisition, le bénéfice du contrat passant immédiatement au *paterfamilias* ; mais pour ce qui est des obligations, celles-ci n'engagent le maître que lorsqu'il y a consenti ; ARANGIO-RUIZ, p. 95 ; MAYER-MALY, § 49 II 2, p. 113 s.

⁶³⁷ Cf. la section « Le cas des acquisitions gratuites - sans contreprestation - par les personnes « en puissance » », p. 132 ss.

En ce sens, voir : PICHONNAZ, p. 116 s., qui indique que les esclaves étaient, pour les « contrats unilatéraux », les représentants directs de leur maître, à condition qu'ils se limitent à rendre sa condition meilleure.

⁶³⁸ Cf. la section « Le cas des stipulations », p. 137 ss.

demander au nom de qui ils ont agi ; les effets sont ceux d'une sorte de « représentation directe » nécessaire⁶³⁹.

Dans les actes contractuels bilatéraux, c'est-à-dire dans les actes qui génèrent à la charge de chacune des parties des obligations, l'esclave ne peut en principe pas engager son maître⁶⁴⁰, même si lui-même peut toujours s'engager naturellement en son nom⁶⁴¹ :

*D. 50, 17, 133 Gaius : Melior condicio nostra per
servos fieri potest, deterior fieri non potest.*⁶⁴²

En effet, ce texte indique de manière générale que les esclaves n'ont pas le pouvoir d'appauvrir le maître, or dans la convention bilatérale, il y a un côté passif, soit l'acte d'engagement, consistant en un appauvrissement patrimonial.

Cette protection juridique héritée de l'ancien droit civil, complémentaire au *ius adquirendi*⁶⁴³, aurait été une entrave au développement économique par l'intermédiaire des esclaves, si le prêteur et les jurisconsultes n'avaient pas envisagé un certain nombre de « correctifs » pour la contourner⁶⁴⁴.

⁶³⁹ Cf. : le D. 29, 2, 79 *Ulpianus*, qui indique que tout ce qu'acquiert un esclave passe directement à celui qui a la puissance, sans rester un seul instant sur la tête de la personne qui acquiert. Le D. 39, 2, 42 *Iulianus*, le D. 45, 1, 45 pr. *Ulpianus*, de même que les Iust. Inst. 3, 19, 13, présentent le système d'une représentation fondée sur la fiction selon laquelle la personne du maître - le représenté - serait immergée dans celle de l'esclave - le représentant. Voir aussi : le D. 45, 3, 1, pr. *Iulianus*, où l'esclave peut stipuler indifféremment pour lui ou pour son maître ou sans rien ajouter qui le détermine. Voir dans le même sens : le D. 45, 3, 5 *Ulpianus*.

Nous pouvons y voir également une explication au concept de *instrumentum*, avancée par quelques auteurs, dont notamment : CUQ, p. 141 ; GIRARD, I, p. 105 ; MONIER, I, p. 211.

⁶⁴⁰ Cf. les Iust. Inst. 4, 6, 10, qui précisent que le maître n'est par exemple pas obligé de plein droit par les contrats conclus par ses subordonnés en leur propre nom.

⁶⁴¹ Cf. la section « *L'obligatio naturalis* – généralités », p. 172 ss.

⁶⁴² Traduction : Notre condition peut être améliorée par nos esclaves, mais ne peut pas être détériorée.

Voir aussi au sujet de ce système restrictif la section « Conclusion intermédiaire », p. 143 ss.

⁶⁴³ Cf. la section « Le cas des acquisitions gratuites - sans contreprestation - par les personnes « en puissance » », p. 132 ss.

⁶⁴⁴ Voir p. ex. : le D. 1, 1, 7, 1 *Papinianus*, où la notion de « correction » apparaît lorsqu'on évoque l'*imperium* du prêteur. Nous verrons que ce dernier est le principal protagoniste de l'évolution du droit civil par rapport aux esclaves.

Comment concevoir qu'un objet de droit civil, l'esclave, puisse engager un sujet de droit civil, le maître, par le biais de contrats bilatéraux ?

C'est ce que nous étudierons dans les différentes institutions et les actions relatives, introduites par le préteur dans son Edit et appelées dès le Moyen Âge *actiones adiecticiae qualitatis*⁶⁴⁵.

En fait, c'est par un système apparenté à celui de la représentation, que le maître pourra profiter de l'autonomie naturelle de son esclave⁶⁴⁶. Le terme de « représentation » nous semble être le meilleur pour illustrer le système, bien que, nous le verrons, l'on ne puisse pas exactement qualifier à proprement parler l'esclave de représentant direct ou indirect⁶⁴⁷.

Lorsque le maître souhaite délibérément que son esclave l'engage ou qu'il dispose d'un bien, il doit préalablement consentir à l'acte⁶⁴⁸, sous peine de pouvoir l'annuler ou en faire constater la nullité et répéter, voire revendiquer la prestation exécutée à tort par son esclave⁶⁴⁹.

En ce sens, voir : GIRARD, II, p. 706 ; KASER, I, § 141 I 1, p. 605 ; BUTI, p. 158, qui reconnaît que les stricts principes du droit civil sont adoucis par l'intervention du préteur créateur de *ius praetorium* ou *honorarium* et inspiré en partie du *ius naturale* ; MAYER-MALY, § 136 I, p. 378 ; SCHLEPPINGHOFF, p. 2.

⁶⁴⁵ Ce nom, inspiré de D. 14, 1, 5, 1 *Paulus* à la fin, a été inventé par les interprètes glossateurs, cf. : GIRARD, II, p. 712 ; WUNNER, p. 105 et la note 3, p. 105 ; KASER, § 141 I 1, p. 605 ; MAYER-MALY, § 136 I, p. 378 ; BURDESE, Manuale, p. 509 s. ; CORREA, p. 32.

⁶⁴⁶ En ce sens : SCHLEPPINGHOFF, p. 7.

⁶⁴⁷ Voir pour le *insum*, la section « Le *insum* – *actio quod insum* », p. 197 ss, pour les « prépositions », la section « Conclusion », p. 234 ss, pour le *versum*, la section « Emergence d'une conception de représentation directe ? », p. 443 ss, et enfin pour le pécule, la section « L'esclave agit-il comme un représentant de son maître vis-à-vis du tiers contractant ? », p. 311 ss.

⁶⁴⁸ Pour les actes de disposition : cf. le D. 41, 1, 9, 4 *Gainus* au début. Les actes d'acquisition proprement dits peuvent l'être même à l'insu ou contre le gré du *dominus* : cf. la note 407.

On verra par ailleurs que la responsabilité du maître - à travers l'étude des actions - sera inversement proportionnelle à l'extension du degré d'autonomie du *servus* : plus l'esclave est autonome, plus le maître dont il dépend verra sa responsabilité limitée. Voir notamment à ce propos : KASER, I, § 67 III 2, p. 286.

⁶⁴⁹ Cf. le D. 12, 6, 54 *Papinianus*, c'est-à-dire en conséquence d'un acte conclu sans le consentement exprès du maître, sans que l'esclave ne possède un pécule ou encore sans que les conditions d'un *versum* ne soient réalisées.

Ce consentement prend ici la forme d'une autorisation⁶⁵⁰ : elle peut être spécifique à un acte ou ensemble d'actes donnés (*iussum*) ou générale comme une « préposition » (*praepositio exercitoria* et *institoria*)⁶⁵¹. Ces hypothèses visent les contrats que l'esclave conclut au nom et pour le compte de son maître - *domini nomine* -, c'est-à-dire en dehors du cas particulier du pécule⁶⁵². Elles feront l'objet d'un premier volet⁶⁵³.

Lorsque l'esclave possède un pécule, il peut agir en son propre nom et d'une certaine manière pour son propre compte. Le *servus* apparaît ici dans la relation entre le tiers et son maître comme une sorte de représentant indirect. Nous en aborderons la problématique dans un deuxième volet⁶⁵⁴.

De plus, lorsque l'esclave conclut un acte contractuel (bilatéral) dont la prestation du tiers est exécutée et constitue un enrichissement du patrimoine du maître (*versum*), ce tiers pourra dans certains cas lui

⁶⁵⁰ En ce sens, cf. : CUQ, p. 404 ; MONIER, I, p. 212 ; ARANGIO-RUIZ, p. 95 ; KASER, I, § 62 IV 2, p. 264 et § 67 III 2, p. 286 ; ALBANESE, p. 145 ; MAYER-MALY, § 49 II 2, p. 113 s. et la note 13, p. 114.

⁶⁵¹ Dans les actes juridiques contraignants pour le maître, lorsque les textes ne précisent pas qu'une autorisation a été donnée ou que l'acte a été ratifié, nous présumons que l'opération de l'esclave a été effectuée en rapport avec son pécule. Il faut savoir que l'institution du pécule s'est généralisée sous l'Empire et que par conséquent, les agissements de l'esclave sont en règle générale effectués en relation avec son pécule, raison pour laquelle sans doute certains textes ne prennent pas la peine de le préciser. Aussi les fragments traitant de l'hypothèse où l'esclave est appelé à intervenir en dehors du pécule, indiquent généralement quel type d'autorisation le maître accorde pour un acte ou un ensemble d'actes donnés qui engagent sa responsabilité.

⁶⁵² Lorsque nous parlons de « cas hors pécule », cela ne signifie pas nécessairement que l'esclave qui agit n'a pas de pécule (comme cela est p. ex. spécialement spécifié dans le D. 15, 1, 38, 2 *Africanus : peculium non habenti*) ; cela veut simplement dire que l'acte en question n'est pas effectué au regard du pécule, mais sur l'autorisation spécifique du maître, ayant pour conséquence que sa responsabilité est pleinement engagée. Voir à ce sujet Gai. 4, 74, qui précise que celui qui bénéficie de l'action *quod iussu*, institoire ou exercitoire peut aussi exercer l'action à raison du pécule (*de peculio*) ou d'enrichissement du patrimoine (*de in rem verso*), mais qu'il aura meilleur temps de tirer parti des actions engageant la pleine responsabilité que d'essayer de prouver que l'esclave avec lequel il contracte a un pécule ou que le patrimoine du maître a été enrichi de tel montant.

⁶⁵³ Pour le *iussum*, cf. la section « Le *iussum* – *actio quod iussu* », p. 197 ss, et pour les « prépositions », cf. la section « La « préposition » et le système des actions exercitoria et institoria », p. 215 ss.

⁶⁵⁴ Cf. la section « L'institution du pécule », p. 239 ss.

réclamer la « contreprestation » par l'action *de in rem verso*. L'étude du *versum* fera l'objet d'un troisième volet⁶⁵⁵.

⁶⁵⁵ Cf. la section « Le *versum in rem* et l'*actio de in rem verso* », p. 433 ss.

Paragraphe 3 *Les institutions relatives aux actions adiecticiae qualitatis*

Section 1 Introduction

En guise d'introduction, le texte suivant nous donne le panorama des « correctifs » prétoriens sous l'angle de la responsabilité contractuelle du maître, qui est le corollaire de la reconnaissance de l'autonomie du *servus* dans son rôle de « représentant »⁶⁵⁶ :

*D. 14, 5, 1 Gaius : Omnia proconsul agit, ut qui contraxit cum eo, qui in aliena potestate sit, etiamsi deficient superiores actiones, id est exercitoria institoria tributoriae, nihilo minus tamen in quantum ex bono et aequo res patitur suum consequatur. sive enim iussu eius, cuius in potestate sit, negotium gestum fuerit, in solidum eo nomine iudicium pollicetur : sive non iussu, sed tamen in rem eius versum fuerit, eatenus introducit actionem, quatenus in rem eius versum fuerit : sive neutrum eorum sit, de peculio actionem constituit.*⁶⁵⁷

⁶⁵⁶ Les actions prétoriennes qui découlent des actes de l'esclave s'appellent actions adiectices ; elles sont rappelées notamment par Gaius à Gai. 4, 70 ss. L'action *quod iussu* est intégrée à l'« *Edictum triplex* » repris par Ulpien au D. 15, 1, 1, 1 *Ulpianus*. Cet Edit du préteur contient les règles relatives à l'action *de peculio*, l'action *de in rem verso* et l'action *quod iussu*.

⁶⁵⁷ Traduction : Le proconsul fait de son mieux pour que celui qui a contracté avec une personne sous puissance ne soit déchu de ce que la justice lui réserverait équitablement, même si aucune des actions susmentionnées ne venait à s'appliquer, soit l'action en conséquence d'une « préposition » à un navire ou à un commerce ou encore l'action contributive. Si une affaire était autorisée par le détenteur de la puissance, le cocontractant aurait l'action pour le tout. Dans les cas où l'affaire ne serait pas autorisée par ce dernier et que néanmoins elle tourne à son profit, le proconsul accorde une action à concurrence de ce bénéfice. Dans les autres cas, il a créé une action sur le pécule.

Ce texte figure au début du titre V du livre XIV du Digeste traitant du cas des affaires conclues avec une personne soumise à la puissance d'autrui : *Quod cum eo qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur*. Voir en outre dans le même sens le résumé des moyens au texte du D. 42, 4, 3, 1 *Ulpianus*, qui traite du cas d'un contrat conclu par l'esclave d'un pupille.

Le texte met en évidence qu'en dehors du pécule un premier moyen permettant à l'esclave d'agir réside dans sa faculté de s'engager sur le *iussum* (autorisation) de son maître et de l'obliger ainsi pour le tout. L'action qui résultera d'une telle construction s'appelle *actio quod iussu*.

On devine ensuite la possibilité pour l'esclave d'intervenir comme préposé ou préposant (c'est-à-dire aussi avec le consentement de son maître) à la tête d'un navire ou d'un commerce particulier avec le pouvoir d'engager des transactions commerciales dans les limites de la faculté qui lui est conférée par le maître (*praepositio* – traduit par « préposition »). Ainsi le maître sera tenu, à concurrence de ce qui est permis dans la « préposition », par l'*actio exercitoria* ou *institoria*.

Toujours à la lumière de ce fragment, on discerne l'acte de l'esclave conclu à raison du pécule - *peculiari nomine* -, ce qui est le cas ordinaire le plus répandu dans la Rome de l'époque classique. La responsabilité contractuelle du maître sera sanctionnée par l'*actio de peculio*. Cette action sera de plus complétée par l'*actio de in rem verso* si l'acte de l'esclave tourne au profit du maître au-delà du montant du pécule et par l'*actio tributoria* qui permettra aux créanciers non satisfaits lors du partage du pécule ou sa répartition, de s'attaquer au maître qui avait connaissance de la mauvaise gestion de son esclave.

Section 2 Les cas hors pécule : le *iussum* et la *praepositio* comme semblants d'autonomie

A. Le *iussum* – l'*actio quod iussu*

a. Définition et effets

L'institution du *iussum*⁶⁵⁸ et l'action *quod iussu* remontent vraisemblablement à l'époque de Labéon (~50 av. J. C. – 20 ap. J. C.)⁶⁵⁹.

Le débat sur la qualification juridique du *iussum* a duré longtemps : certains auteurs le considéraient comme un ordre de portée interne entre le maître et son esclave, d'autres plutôt comme une autorisation à effet externe visant le tiers⁶⁶⁰.

⁶⁵⁸ Qu'on appellera aussi « autorisation ».

⁶⁵⁹ L'institution était déjà connue de Labéon : cf. le D. 15, 4, 1, 9 *Ulpianus*.

Pour HAMZA, Index 9 (1980), p. 197 s., il semblerait que l'*actio quod iussu* existait déjà dans le dernier siècle de la République ; SCHLEPPINGHOFF, p. 14 s., de même que COPPOLA BISAZZA, p. 163, ne semblent la concevoir que depuis Labéon.

⁶⁶⁰ Nous verrons dans la section « La conclusion d'un acte par l'esclave sur la base d'un *iussum* de son maître est-elle distinguée de celle effectuée au nom de ce dernier ? », p. 205 ss, que deux types de *iussum* seront distingués quant à leurs effets en fonction de l'acte d'acquisition ou d'engagement accompli au nom et pour le compte du maître.

Voir à ce sujet : WINDSCHEID, II, note 6, p. 1109, qui indique que, dans son sens technique, le *iussum* représente une déclaration, un avertissement, pouvant être adressé directement au tiers cocontractant ; COSTA, Le azioni, p. 25, qui conçoit le *iussum* comme adressé au tiers et à l'esclave tout en admettant que la question a été discutée ; BUCKLAND, p. 166, qui indique que le *iussum* est en règle générale adressé au tiers sous la forme d'une autorisation de contracter ; GIRARD, II, note 3, p. 709, qui conçoit le *iussum* non pas comme un ordre, mais comme une « adhésion, une déclaration par laquelle on assume les conséquences d'un acte » qui « peut être adressée au tiers avant ou après l'acte » ; SAUTEL, p. 258, qui présente le *iussum* comme une invitation au tiers contractant ; c'est un « pouvoir externe et non un ordre interne » ; KASER, I, § 141 II 3, p. 608, qui considère le *iussum* comme une autorisation adressée au tiers ; ALBANESE, p. 146 s., qui retient le *iussum* comme une invitation adressée à un tiers ; HAMZA, Index 9 (1980), p. 198, qui considère que le *iussum* concerne non seulement l'esclave, mais aussi le tiers contractant ; DI PORTO, p. 110 s., qui admet cependant que dans le cas du *iussum* fondant l'action *quod iussu*, l'autorisation est certainement adressée, non seulement à l'esclave, mais encore au tiers, puisqu'en dépend l'intérêt de ce dernier à pouvoir bénéficier de l'action. D'un autre côté, le *iussum* peut être adressé à l'esclave dans les cas où l'acte accompli est purement favorable au maître, puisque l'intérêt du tiers, seul engagé (p. ex. par stipulation), contre lequel le ou les maîtres qui donnent le *iussum*

Nous adopterons une position médiane : en effet, le *iussum* serait une sorte d'autorisation adressée au tiers sous la forme d'une invitation à contracter pour une affaire ou un ensemble d'affaires donnés, mais il conserverait néanmoins une portée interne entre le maître et l'esclave. Le *iussum* du maître invite en effet l'esclave à agir au nom du maître ; ainsi l'acte de l'esclave dépend d'une part du rapport de puissance⁶⁶¹, d'autre part du bon vouloir du *dominus*⁶⁶² :

peuvent ouvrir action, n'est pas ici prédominant. Voir encore : MAYER-MALY, § 136 IV, p. 380, qui parle d'autorisation ; PILAR, p. 14, qui souligne que la notion de *iussum* a évolué d'un concept d'ordre unilatéral à celui d'une autorisation, pour finir par n'être, à l'époque de Justinien, que la simple expression d'une volonté ; SCHLEPPINGHOFF, p. 29, qui considère le *iussum* de l'action *quod iussu* sur le plan technique comme une autorisation ; COPPOLA BISAZZA, p. 41 ss, qui traite de la question et qui souligne, notamment aux p. 48 s., l'évolution qui a transformé l'ordre originel que constituait le *iussum* issu de la pleine *potestas* du maître en une simple autorisation ou invitation à contracter venue s'imposer face à l'autonomie grandissante des esclaves dans les affaires commerciales. Aux p. 148 ss, l'auteur développe la *communis opinio* qui considère le *iussum* comme un « pouvoir externe ».

⁶⁶¹ En effet, un système de représentation directe ne peut se concevoir que si le représentant est un esclave. Cf. la section « Les actes juridiques – le principe de la non-représentation », p. 121 ss, et la section « Les actes contractuels bilatéraux accomplis par l'esclave – le système de la « représentation », p. 189 ss.

⁶⁶² Plusieurs textes appuient le fait que le *iussum* n'est autre qu'un moyen (un « correctif ») pour exprimer un consentement lui-même tributaire de la volonté du maître, cf. : Gai. 4, 70 à la fin, qui parle de *fides domini sequere*, ce qui pourrait clairement se traduire par « suivre la volonté du maître » ; le D. 4, 9, 3, 3 *Ulpianus*, qui précise, spécialement dans le cas d'un esclave *exercitor*, que lorsque le fils ou l'esclave agissent selon la volonté du père ou du maître, ces derniers seront tenus pour le tout ; le D. 4, 9, 7, 6 *Ulpianus*, qui précise, également dans le cas d'un esclave *exercitor*, que le maître sera tenu pour le tout lorsque les actes auront été accomplis par sa volonté ; le D. 15, 3, 5, 2 *Ulpianus*, qui montre clairement le lien de connexité entre la volonté du maître, le *iussum* et l'action *quod iussu* qui en découle ; le D. 15, 4, 1, 2 *Ulpianus*, qui indique que le maître peut toujours retirer son *iussum* avant la conclusion de l'acte, ce qui démontre l'importance de sa propre volonté dans la possibilité de se voir engagé ou non par *iussum*. Voir encore : le D. 46, 1, 10, 2 *Ulpianus*, qui traite du cas analogue d'un fils de famille qui s'engage contractuellement. Dans la mesure où le père a connaissance de l'acte de son fils, il est tenu par l'action *quod iussu*, mais s'il ignore que le fils s'est engagé, il ne pourra être tenu que pour un éventuel *versum*. On peut induire de ce cas que le consentement du père peut être tacite.

Voir en ce sens : SOLAZZI, S. D. H. I. 16 (1950), p. 272 ; SAUTEL, p. 260 et 262, qui exige du *iussum* qu'il exprime une volonté du maître adressée au tiers ; PILAR, p. 15, qui souligne que le *iussum* correspond à la déclaration expresse d'une volonté unilatérale faite au tiers pour l'autoriser à conclure une affaire avec le subordonné ; SCHLEPPINGHOFF, p. 23 ss, qui souligne l'attachement du *iussum* à la volonté du maître ; COPPOLA BISAZZA, p. 23 (et p. 110), qui voit dans le *iussum* un résidu d'une conception plus ancienne où seule la volonté du maître comptait.

D. 15, 4, 1, pr. *Ulpianus* : *Merito ex iussu domini in solidum adversus eum iudicium datur, nam quodammodo cum eo contrahitur qui iubet.*⁶⁶³

Ce texte rappelle d'un côté l'emploi fait de l'esclave dans une activité génératrice d'obligation pour le maître et, de l'autre, souligne l'effet de représentation directe induit par son entremise, alors que le système de représentation directe est en principe inconnu à l'époque classique⁶⁶⁴.

Le mandat fait à l'esclave de contracter doit en outre être considéré comme un *iussum*, car l'esclave ne peut en aucun cas être titulaire de quelque droit ou obligation civils qu'il s'engagerait à céder au maître⁶⁶⁵.

Dès que le tiers a reçu l'autorisation de contracter ou en a connaissance, un rapport d'obligations civiles se constitue directement entre ce tiers et le maître au nom duquel l'esclave a agi⁶⁶⁶ ; l'acte de

⁶⁶³ Traduction : C'est avec raison que le préteur donne action pour le tout contre le maître par l'autorisation duquel l'esclave a contracté, car on considère qu'on a conclu une affaire en quelque sorte avec celui qui a donné l'autorisation.

⁶⁶⁴ En ce sens : SAUTEL, note 1, p. 259 ; PILAR, p. 15 ss.

Voir en outre la section « Les actes juridiques – le principe de la non-représentation », p. 121 ss.

⁶⁶⁵ Lorsque les textes parlent de mandat (*mandatum*) adressé à l'esclave, il s'agit en fait d'un *iussum*. En effet, l'esclave ne peut en aucun cas être considéré comme mandataire au sens juridique du terme, puisqu'il n'a pas de capacité de droit propre. En ce sens, cf. : le D. 15, 4, 1, 3 *Ulpianus* ; le D. 15, 4, 5, 1 *Paulus*, qui compare les personnes qui donnent un *iussum* à des mandants. Voir encore : le D. 21, 1, 51, pr. *Africanus* et le D. 43, 26, 13 *Pomponius*. Voir en outre les notes 467, 532, 536. En fait, lorsque les textes parlent de mandat adressé à l'esclave, c'est sans doute pour préciser que le *iussum* a aussi une portée pratique interne, que l'on pourrait apparenter au mandat, mais certainement pas du point de vue des effets juridiques. En ce sens : VON TUHR, p. 202 ss ; NIEDERLANDER, note 2, p. 38 ; GAY, p. 212 ; PILAR, p. 121 ss, qui met les deux notions (*iussum* et *mandatum*) en étroite connexité sans toutefois les identifier ; SCHLEPPINGHOFF, p. 79, qui indique que le mandat contient en quelque sorte un *iussum* ; COPPOLA BISAZZA, p. 49 ss et 150, qui pense que les deux notions ont évolué et ont fini par se recouvrir.

Mais l'on pourrait imaginer que le tiers, informé du mandat fait à l'esclave, considère qu'il est autorisé à conclure une affaire avec cet esclave, même si le maître ne lui a pas adressé à lui-même expressément l'autorisation de conclure. Nous pourrions comparer cette situation à celle de la ratification éventuelle de l'acte de l'esclave : cf. la note 672.

⁶⁶⁶ En ce sens : PILAR, p. 130 ss.

l'esclave peut alors impliquer le patrimoine du maître aussi bien activement que passivement⁶⁶⁷.

Ainsi, l'*alieni iuris* qui promettrait par stipulation quelque chose au tiers sur la base du *iussum domini* créerait une obligation civile grevant son propre maître :

*D. 45, 1, 91, 5 Paulus : An filius familias, qui iussu patris promisit, occidendo servum producat patris obligationem, videndum est. Pomponius producere putat, scilicet quasi accessionem intellegens eum qui iubeat.*⁶⁶⁸

Le texte ci-dessus fait référence par analogie au cas d'un fils de famille, mais la position de l'esclave peut être considérée comme similaire.

Le *iussum* permet donc au maître d'exploiter son esclave dans une relation commerciale de manière civilement efficace, c'est-à-dire juridiquement contraignante, dont la conséquence pourrait générer une responsabilité contractuelle illimitée du *dominus*⁶⁶⁹.

⁶⁶⁷ Cf. : le D. 45, 3, 6 *Pomponius*, où Pomponius montre, pour le cas d'un contrat de dépôt ou de prêt à usage, le côté actif des effets desdits contrats bilatéraux conclus sur *iussum* ; le côté actif de ces contrats est constitué par l'acquisition, soit l'augmentation, qui en résulte dans le patrimoine du maître ; le D. 15, 3, 13 *Ulpianus (Iulianus)*, qui indique que le tiers pourra actionner le maître pour un engagement de son esclave sur *iussum*. Dans le même sens, mais à propos d'un acte effectué au nom du maître – *nominatim*, cf. : le D. 45, 3, 28, 3 *Gaius*. Voir encore : le D. 7, 8, 20 *Marcellus*, qui indique que l'esclave peut acquérir en faveur de son maître par *translatio* dans les contrats d'achat/vente, sur la base d'un *iussum* de ce dernier.

En ce sens, cf. : PILAR, p. 9 s. et 65 ss.

⁶⁶⁸ Traduction : Un fils de famille qui a promis un esclave sur la base d'une autorisation de son père, s'il tue l'esclave, est-il considéré comme le représentant de l'obligation de son père ? Pomponius pense qu'il en est ainsi, car on considère le père qui autorise en quelque sorte comme le représenté.

⁶⁶⁹ Cf. : le D. 15, 3, 13 *Ulpianus (Iulianus)* à la fin et le D. 12, 1, 29 *Paulus (Iulianus)* à la fin, qui indiquent que le maître pourra être actionné s'il a donné son *iussum* pour l'acte conclu.

En ce sens, cf. : PILAR, p. 15 ss, qui souligne que le *iussum* du maître permet à son esclave de l'engager directement sur son propre patrimoine ; COPPOLA BISAZZA, p. 153, qui parle de ce « moyen » ou « correctif » comme nous l'avons appelé, comme d'une « légitimation » à agir au nom et pour le compte du *paterfamilias*, projetant ainsi des effets directs dans sa sphère juridique.

Voir toutefois le cas du D. 10, 2, 20, 1 *Ulpianus*, qui indique que si le père ordonne à son fils de s'engager envers un tiers, le fils pourra puiser la prestation à effectuer dans le patrimoine de son

On constate, dans l'hypothèse du *iussum*, qu'il n'existe pas de rapport parallèle d'obligations naturelles entre le tiers et l'esclave, comme il en va dans l'hypothèse où l'acte serait conclu au regard d'un pécule ; en effet, l'esclave agissant au nom d'autrui n'engage naturellement ni son maître, ni lui-même⁶⁷⁰.

b. La forme du iussum

Le *iussum* précède généralement⁶⁷¹ l'acte de l'esclave et doit être connu du tiers au moins avant l'ouverture d'action⁶⁷² ; il est ordinairement adressé au tiers sous la forme d'une invitation à contracter

père ; il en irait de même si l'acte entraîne un *versum* au patrimoine central. Mais si le fils possède un pécule, il devra d'abord puiser dans celui-ci.

⁶⁷⁰ Voir la section « Les actes juridiques – le principe de la non-représentation », p. 121 ss, et la section « L'*obligatio naturalis* - généralités », p. 172 ss.

⁶⁷¹ Il se peut qu'au moment de la conclusion du contrat, le tiers ne soit pas encore informé du *iussum* du maître. En effet, il est admis que si l'esclave a conclu l'acte au nom de son maître et que celui-ci le ratifie, que ce dernier pourra être tenu *quod iussu*. Mais si l'esclave conclut l'acte en son propre nom à l'insu de son maître, seule sera possible l'*actio de peculio*, voire l'*actio de in rem verso*. Voir dans le sens de cette argumentation : le D. 43, 26, 13 *Pomponius*.

Voir de plus les développements en note 672.

⁶⁷² En ce sens, cf. : le D. 15, 3, 5, 2 *Ulpianus*, où l'*actio quod iussu* n'est donnée que dans le cas où l'esclave agit de la volonté de son maître, mais pas dans le cas de la ratification qui n'ouvre que la voie de l'*actio in rem verso* ; le D. 29, 2, 25, 4 *Ulpianus*, qui indique que, contrairement à l'*actoritas tutoris* (autorisation du tuteur), le *iussum* doit précéder l'acte pour qu'il soit valable. Voir toutefois : le D. 15, 4, 1, 6 *Ulpianus* et le D. 43, 26, 13 *Pomponius*, qui semblent permettre la ratification. En effet, on peut imaginer que le maître, qui a eu connaissance de l'acte passé en son nom, le ratifie après sa conclusion en informant le tiers (ou que celui-ci vienne à le savoir) avant que ce dernier n'ouvre action. Ainsi, ce tiers conserverait un maximum de possibilités, comme p. ex. l'*actio quod iussu*, l'*actio de in rem verso* (cf. le D. 15, 3, 5, 1 *Ulpianus*), etc... La *ratihabitio* permet ainsi au maître de maintenir de son bon vouloir de bonnes relations commerciales avec un tiers qui, de bonne foi, croit valablement contracter en son nom (du *dominus* ; c'est-à-dire sur la base d'un *iussum*) ; de la sorte, si le maître ratifie l'acte conclu, la ratification offre au tiers les mêmes droits qu'à une personne qui contracterait sur la base d'une autorisation antérieure (voir en ce sens : GAY, note 13 ss, p. 212).

Voir, pour les auteurs qui admettent la possibilité de ratifier un acte conclu par l'esclave au nom du maître : GIRARD, II, note 3, p. 709 ; SOLAZZI, S. D. H. I. 16 (1950), p. 272 ; SAUTEL, note 1, p. 261 ; KASER, I, § 141 II 3, p. 608 ; BUTI, note 5, p. 150 ; MAYER-MALY, § 136 IV, p. 380 ; PILAR, p. 87 et 134 ; SCHLEPPINGHOFF, p. 23 et 89 ss ; COPPOLA BISAZZA, p. 70 et 114 s. Voir toutefois, pour les auteurs qui n'admettent pas la ratification : BUCKLAND, p. 166 s., qui admet que l'acte d'engagement de l'esclave peut être ratifié, mais à la p. 383 à la fin, il suppose que le *iussum* en vue d'acquisitions ne peut pas être donné par ratification ; HAMZA, Index 9 (1980), p. 198.

(ou autorisation)⁶⁷³ qui, elle-même, n'est soumise à aucune exigence de forme particulière⁶⁷⁴ :

*D. 15, 4, 1, 1 Ulpianus : Iussum autem accipiendum est, sive testato quis sive per epistulam sive verbis aut per nuntium sive specialiter in uno contractu iusserit sive generaliter : et ideo et si sic contestatus sit : "quod voles cum Stichus servo meo negotium gere periculo meo", videtur ad omnia iussisse, nisi certa lex aliquid prohibet.*⁶⁷⁵

c. *Le iussum des acquisitions gratuites - sans contrepartie - et le iussum des engagements*

Il faut encore se demander si le *iussum* donné dans le cas d'acquisitions gratuites - sans contrepartie -, c'est-à-dire pour des actes n'engendrant pas de contreprestation, a des liens de connexité avec le *iussum* donné en vue d'engagements.

Du point de vue formel, nous pouvons admettre une similitude entre ces deux types de *iussum*, mais du point de vue des effets, nous pensons plutôt que les deux types de *iussum* doivent être bien distingués.

Tous les actes favorables au maître sont, nous le rappelons, valablement effectués par son esclave et directement rapportés en sa personne, de par le droit civil, qu'il en soit informé ou qu'il l'ignore, qu'il le veuille ou non, de manière parfaitement automatique⁶⁷⁶. Dans cette

⁶⁷³ En ce sens, cf. : PILAR, p. 15 ; COPPOLA BISAZZA, p. 151. Voir toutefois : SCHLEPPINGHOFF, p. 44 ss, qui précise que le tiers doit au moins avoir connaissance du *iussum* avant l'ouverture d'action, mais qu'il n'est pas nécessaire de l'adresser directement au tiers.

⁶⁷⁴ En ce sens : PILAR, p. 132 s. ; SCHLEPPINGHOFF, p. 23, qui précise que le *iussum* peut p. ex. être adressé oralement, par écrit, devant témoins ou par messenger.

⁶⁷⁵ Traduction : L'autorisation du maître peut être donnée, soit devant témoin, soit par une lettre, soit de vive voix, soit par messenger et peut porter sur une affaire bien définie ou être générale à un ensemble d'affaires. Pour cette raison, si le maître s'est exprimé ainsi devant témoin : vous pouvez conclure à mes risques l'affaire que vous voulez avec mon esclave Stichus, cette autorisation est censée donnée pour toutes sortes d'affaires, excepté celles qui sont défendues par quelque loi particulière.

Voir sur ce texte, les développements de : SAUTEL, p. 260 ; HAMZA, Index 9 (1980), p. 198 ; PILAR, *El iussum*, p. 132 s.

⁶⁷⁶ Voir la note 407 et la note 648.

hypothèse, le *iussum* n'a à proprement parler pas le caractère juridique d'une autorisation nécessaire devant parvenir au tiers, mais il provoque seulement la conséquence pratique de canaliser les effets de l'acte conclu au moment où il se réalise (p. ex. l'esclave qui reçoit l'objet ou le paiement), spécialement dans les cas problématiques, comme ceux concernant un esclave en copropriété ou au service d'une personne bénéficiant d'une situation avantageuse sur lui⁶⁷⁷. Dans ces cas, il faudra en effet se demander qui a donné son *iussum* (c'est-à-dire au nom de qui l'esclave a agi)⁶⁷⁸, le *iussum* ou la *nominatio* (désignation) étant les critères principaux pour connaître le destinataire de l'acte d'acquisition⁶⁷⁹.

Quant au *iussum* des actes d'engagement, il doit par contre nécessairement consister en une autorisation du maître parvenue à la connaissance du tiers. Cette autorisation doit permettre à ces actes d'être valables et de produire des effets civils contraignants pour le maître, comme engager la pleine responsabilité contractuelle de ce dernier le cas échéant⁶⁸⁰.

On ne doit donc pas admettre l'exacte identité des deux types de *iussum*⁶⁸¹.

d. L'action *quod iussu*

L'action civile *quod iussu* intentée par le tiers qui a contracté avec l'esclave est dirigée contre le maître (ou le détenteur d'une situation avantageuse sur l'esclave)⁶⁸² qui a donné son autorisation⁶⁸³. Elle ne peut

⁶⁷⁷ En ce sens : PILAR, p. 137 ss.

⁶⁷⁸ Cf. la section « La conclusion d'un acte par l'esclave sur la base d'un *iussum* de son maître est-elle distinguée de celle effectuée au nom de ce dernier ? », p. 205 ss.

⁶⁷⁹ Cf. la section « L'esclave en copropriété et les personnes ayant une situation avantageuse sur celui-ci », p. 139 ss, qui définit les différents critères.

⁶⁸⁰ Cf. : le D. 15, 3, 13 *Ulpianus (Julianus)* à la fin et le D. 12, 1, 29 *Paulus (Julianus)* à la fin, qui indiquent que le maître pourra être actionné s'il a donné son *iussum* pour l'acte conclu.

En ce sens, cf. : PILAR, p. 65 ss.

⁶⁸¹ Voir toutefois : DI PORTO, p. 112, qui voit un lien de connexité entre le *iussum* canalisateur pour les actes favorables au maître et le *iussum* engageant sa pleine responsabilité.

⁶⁸² Nous nous limiterons principalement dans la suite de notre étude au cas ordinaire de l'esclave qui agit au nom et pour le compte de son maître.

⁶⁸³ En ce sens : PILAR, p. 87 ss et 109 s.

exister qu'en conséquence d'actes engageant le patrimoine du maître passivement, à savoir dans les cas où le tiers est fondé à réclamer un dû de la relation commerciale qui s'est établie entre le maître et lui.

La particularité de l'*actio quod iussu* consiste à engager pleinement la responsabilité du *dominus* en cas d'inexécution contractuelle, c'est-à-dire que celui-ci devra répondre pour l'entier de la prestation convenue et sera tenu sur tous ses biens ; c'est pourquoi l'action est donnée *in solidum*⁶⁸⁴ :

*Gai. 4, 70 : Inprimis itaque si iussu patris dominive negotium gestum erit, in solidum praetor actionem in patrem dominumve comparavit ; et recte, quia qui ita negotium gerit, magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur.*⁶⁸⁵

*D. 15, 4, 1, pr. Ulpianus : Merito ex iussu domini in solidum adversus eum iudicium datur, nam quodammodo cum eo contrahitur qui iubet.*⁶⁸⁶

Cette action confère au tiers une pleine garantie si le maître ou l'esclave n'exécutent pas le contrat conclu sur *iussu* ; en effet, le maître ne doit pas pouvoir se soustraire à son obligation, alors qu'il a expressément consenti à l'acte fait en son nom par son esclave⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴ En ce sens, cf. : SCHLEPPINGHOFF, p. 15 s.

⁶⁸⁵ Traduction : Tout d'abord, si l'affaire a été traitée avec l'autorisation du père ou du maître, le prêteur a institué l'action pour le tout contre le père ou le maître ; et ce à bon droit, car celui qui traite ainsi une affaire se fie plutôt au père ou au maître qu'au fils ou à l'esclave.

⁶⁸⁶ Traduction : C'est avec raison que le prêteur donne action pour le tout contre le maître par l'autorisation duquel l'esclave a contracté, car on considère qu'on a conclu une affaire en quelque sorte avec celui qui a donné l'autorisation.

⁶⁸⁷ Les principaux fragments cités dans le corps du texte sont corroborés aussi par : le D. 14, 5, 1 *Gaius* ; le D. 15, 1, 1, pr. *Ulpianus* ; le D. 15, 3, 5, 2 *Ulpianus* ; le D. 15, 4, 1, 4 *Ulpianus* ; le D. 15, 4, 1, 6 *Ulpianus* ; le D. 15, 4, 1, 8 *Ulpianus*, où l'action *quod iussu* est reconnue également contre les personnes bénéficiant d'une situation avantageuse sur l'esclave ; le D. 15, 4, 4 *Ulpianus*, qui reprend l'avis de Pomponius pour le cas d'un esclave appartenant à un corps de ville ; le D. 16, 1, 25, pr. *Modestinus*, où il est question d'une autorisation venant d'une femme-maître ; le D. 15, 4, 1, 9 *Ulpianus*, où l'on apprend que l'action était déjà connue de Labéon ; le D. 15, 4, 2, 1 *Paulus*, qui traite de l'*actio quod iussu* à l'égard du maître d'une esclave ; le D. 15, 4, 5, 1 *Paulus*, où il est question de la solidarité de l'action contre les deux copropriétaires de l'esclave qui ont autorisé l'acte ; et enfin, les Just. Inst. 4, 7, 1, qui reprennent quasiment mot pour mot la conception de Gaius à *Gai. 4, 70*.

e. *La conclusion d'un acte par l'esclave sur la base d'un iussum de son maître est-elle distinguée de celle effectuée au nom de ce dernier ?*

Peut-on affirmer en effet, lorsque l'esclave agit au nom de son maître, qu'il ne serait pas nécessaire d'obtenir une autorisation préalable ou postérieure à l'acte pour que celui-ci soit valable et produise des effets de droit⁶⁸⁸ ?

Spécialement dans le cas de l'esclave en copropriété, certains textes indiquent que l'acquisition du droit ou la constitution de l'obligation se fait au nom du maître (*nominatim – domini nomine*) et ne précisent pas forcément qu'il y a eu autorisation (*iussum*), d'autres fragments semblent distinguer les deux conceptions (soit l'acte fait au nom du maître et l'acte exécuté avec l'autorisation de ce dernier), et d'autres sources encore ne donnent aucune précision⁶⁸⁹.

Il est nécessaire préalablement de distinguer deux situations : celle où l'acte de l'esclave consiste en des acquisitions à titre purement gratuit ne procurant que des avantages pour le maître, et celle où l'acte génère des engagements grevant le patrimoine de celui-ci.

En ce sens, cf. : KASER, I, § 141 II 3, p. 608 ; DI PORTO, p. 251, qui reconnaît au *iussum* une fonction de garantie ; SAUTEL, p. 257 et 259.

⁶⁸⁸ Nous renvoyons le lecteur aux développements déjà entrepris à ce sujet à la section « Les actes contractuels bilatéraux accomplis par l'esclave – le système de la « représentation » », p. 189 ss.

Voir en outre sur la question : DI PORTO, p. 107 ss, qui tend à admettre l'équivalence entre l'acte conclu avec la *nominatio* du maître et le *iussum* ; COPPOLA BISAZZA, p. 31 ss, spéc. note 72, p. 34.

Voir de plus la note 689.

⁶⁸⁹ Nous constatons finalement que les effets sont exactement les mêmes dans un cas comme dans l'autre, à savoir que la responsabilité du maître est pleinement engagée - *in solidum* -, et que cela ne semble possible, dans le système romain, que si le maître a expressément consenti à l'acte de son esclave. A priori, on peut en déduire que lorsque l'esclave agit au nom de son maître, il le fait implicitement de sa volonté pour l'acte ou l'ensemble d'actes donnés.

En ce sens, cf. : BUCKLAND, p. 133 ou 383, qui estime que, vers la fin de l'époque classique, les transactions effectuées sur le *iussum* ou la *nominatio* étaient quasiment équivalentes, spécialement pour les cas où l'esclave est en usufruit ou possédé de bonne foi. Dans le même sens : DI PORTO, p. 107 ; BRETONE, p. 85 ss ; PILAR, p. 138 s. et note 5, p. 138 s. ; COPPOLA BISAZZA, note 72, p. 34 et p. 181, qui remarque que les Compilateurs admirèrent un rapprochement entre *iussum* et *nominatio* pour les acquisitions, mais ne parvinrent pas à le démontrer pour les obligations.

Dans la première hypothèse, nous l'avons vu, eu égard au principe civil général du *ius adquirendi*⁶⁹⁰, concernant les acquisitions aussi bien de droits réels que de droits personnels (créances) p. ex. par stipulation, le maître de l'esclave⁶⁹¹ devient automatiquement et directement bénéficiaire des actes conclus par son subordonné ; on considère ici l'esclave comme un simple instrument (*instrumentum*) ou représentant de la *vox domini*⁶⁹². Dans cette hypothèse, il importe peu d'ailleurs que l'esclave agisse en son nom, au nom du maître ou au bénéfice d'une quelconque autorisation de ce dernier, le résultat des opérations étant toujours avantageux pour le *dominus*⁶⁹³. De plus, lorsque l'esclave est en copropriété, il acquiert d'ordinaire, nous l'avons vu, à chacun de ses maîtres selon leur part de copropriété sur lui⁶⁹⁴.

⁶⁹⁰ Voir à titre de rappel : Gai. 1, 52 ; Gai. 2, 86 au début ; le D. 41, 1, 10, pr *Gaius* ; le D. 41, 1, 32 *Gaius* ; les Fragm. Ulp. 19, 18 ss ; les Iust. Inst. 3, 17, pr. ss et les Iust. Inst. 3, 28, pr. ss.

Voir en outre la section « Le cas des acquisitions gratuites - sans contreprestation - par les personnes « en puissance » », p. 132 ss.

⁶⁹¹ Ou la personne qui bénéficie d'une situation avantageuse sur lui.

⁶⁹² Voir à ce sujet la section « Le *iussum* des acquisitions gratuites - sans contreprestation - et le *iussum* des engagements », p. 202 ss, et plus généralement la section « Le cas des acquisitions gratuites - sans contreprestation - par les personnes « en puissance » », p. 132 ss.

Voir en outre : COPPOLA BISAZZA, p. 27 s., qui dénote un rapport de connexité entre l'acquisition automatique et le fait que l'esclave ne peut avoir de patrimoine (à propos du texte Gai. 2, 86).

⁶⁹³ Seul le maître a en principe le droit d'employer son esclave en son nom ou d'adresser une autorisation, cf. : le D. 45, 3, 39 *Pomponius* ; le D. 45, 3, 16 *Paulus* ; le D. 45, 3, 31 *Paulus* ; le D. 45, 3, 33, pr. *Paulus* ; le D. 15, 4, 2, 2 *Paulus*, pour le cas d'un engagement. Il pourra y avoir un conflit lorsque nous nous trouverons dans la situation d'un esclave en usufruit ou possédé de bonne foi qui agirait au nom du maître propriétaire mais au regard du patrimoine respectivement de l'un ou l'autre de ceux-là (possesseur de bonne foi ou usufruitier). Voir au sujet de cette problématique la section « L'esclave en copropriété et les personnes ayant une situation avantageuse sur celui-ci », p. 139 ss.

A ce sujet, voir aussi : BUCKLAND, p. 380, qui dit que c'est une règle bien reconnue que la stipulation, faite par un esclave *nominatim* en faveur d'une personne qui n'est pas son maître, est nulle.

⁶⁹⁴ Voir en ce sens : Gai. 3, 167 au début ; le D. 41, 1, 45 *Gaius* ; le D. 16, 3, 1, 31 *Ulpianus* ; le D. 30, 50, pr. *Ulpianus* ; le D. 45, 3, 5 *Ulpianus* au début ; le D. 45, 3, 27 *Paulus*. Ces textes ne sont finalement que des cas d'application du principe général du *ius adquirendi*, mais dans l'hypothèse où l'esclave est en copropriété.

En ce sens : COPPOLA BISAZZA, p. 32 ss.

Ce principe permet de comprendre pourquoi certains textes ne précisent pas si l'acte de l'esclave est effectué *domini nomine* (soit expressément au nom du maître) ou sur son *iussum*⁶⁹⁵ ; il n'y a pas besoin de le savoir, le *servus* pouvant d'ailleurs même agir à l'insu du *dominus*⁶⁹⁶.

Le texte suivant nous indique toutefois qu'à une certaine époque deux courants de pensée se sont opposés :

*Gai. 3, 167a : Illud quaeritur, an quod domini nomen adiectum efficit, idem faciat unius ex dominis iussum intercedens. Nostri praeceptores proinde ei qui iusserit, soli adquiri existimant, atque si nominatim ei soli stipulatus esset servus mancipiove accepisset ; diversae scholae auctores proinde utrisque adquiri putant, ac si nullius iussum intervenisset.*⁶⁹⁷

L'un de ces courants, défendu par les Sabinien, dont fait partie Gaius, préconise que le *iussum* d'un des maîtres correspond à l'acquisition au nom d'un seul de ceux-ci⁶⁹⁸, l'autre, défendu par les Proculien, fait de l'autorisation de l'un d'eux un moyen non équivalent à l'acquisition nominative, en ce sens que l'acte opéré sur le *iussum* d'un des maîtres fait acquérir aux deux. En fonction du courant de pensée suivi, on peut

⁶⁹⁵ Voir p. ex. : le D. 45, 3, 15 *Florentinus*, le D. 45, 3, 1, pr. *Iulianus* ou encore le D. 45, 3, 7, 1 *Ulpianus* (cas d'un esclave en copropriété d'associés), qui ne précisent pas au nom de qui l'esclave agit ; il s'agit en fait d'un cas d'application du principe du *ius adquirendi*, car la promesse unilatérale et indépendante de toute contreprestation que l'esclave demande à un tiers (stipulation) est de toute façon favorable au maître, la question de la promesse du *dominus* au tiers (contre-stipulation) étant un autre problème non couvert par ces textes. Voir aussi p. ex. pour le cas de l'acquisition d'un droit réel de servitude : le D. 45, 3, 17 *Pomponius*.

Dans le sens de l'argumentation qui précède, voir : COPPOLA BISAZZA, p. 79.

⁶⁹⁶ Voir p. ex. en ce sens : le D. 23, 3, 46, pr. *Iulianus* au début ; le D. 41, 1, 32 *Gaius*.

Voir en outre à ce sujet la note 407.

⁶⁹⁷ Traduction : On se demande si l'effet produit par l'adjonction du nom d'un des maîtres correspond à l'intervention de l'autorisation d'un seul de ceux-ci ? Nos maîtres pensent que l'autorisation d'un seul des maîtres lui fait acquérir à lui seul comme s'il avait été seul nommé dans la stipulation ou dans la réception par mancipation effectués par l'esclave. Les auteurs de l'école opposée pensent que dans ce cas, l'acquisition se fait pour les deux maîtres comme si l'autorisation d'aucun n'était intervenue.

⁶⁹⁸ Cf. aussi : le D. 41, 1, 63, 2 *Tryphoninus* à la fin, qui semble indiquer l'équivalence des deux moyens.

En ce sens : BUCKLAND, p. 380, qui affirme que pour les acquisitions, le *iussum* équivaut à la *nominatio* ; PILAR, p. 137 ss.

constater que les effets de droit ne seraient pas les mêmes, mais il semble que l'avis de Gaius ait fini par s'imposer⁶⁹⁹.

Dès lors, lorsque les textes emploient l'une ou l'autre des solutions (autorisation ou *nominatio*)⁷⁰⁰, elles n'ont dans l'hypothèse en question qu'une vocation de canalisation ou d'adressage du bien ou du droit acquis, sans être un véritable moyen juridique nécessaire pour acquérir⁷⁰¹; cela est dû au fait que ces actes n'entraînent pas de responsabilité du ou des maîtres (on connaîtra uniquement le maître destinataire de l'acte). Cependant, leur rôle est important, spécialement dans les cas de copropriété, puisqu'elles augmenteront uniquement le patrimoine de la personne désignée ou qui émet le *iussum*⁷⁰² et

⁶⁹⁹ En ce sens, cf : DI PORTO, p. 107.

⁷⁰⁰ Dans le cas des actes d'acquisition gratuits, même si certains textes semblent différencier l'acte accompli au nom du maître de l'acte effectué sur son *iussum*, il n'y a au fond pas de distinction fonctionnelle entre les deux moyens, les conséquences de l'acte étant exactement les mêmes : voir p. ex. le D. 41, 1, 63, 2 *Tryphoninus* à la fin ; le D. 41, 1, 23, 3 *Ulpianus* à la fin ; le D. 45, 3, 5 *Ulpianus* ; le D. 45, 3, 7, pr.-1 *Ulpianus* ; le D. 7, 1, 25, 6 *Ulpianus* aux deux tiers du texte. Justinien finira d'ailleurs par affirmer l'équivalence entre la *nominatio* et le *iussum* : cf. les Iust. Inst. 3, 17, 3 et les Iust. Inst. 3, 28, 3.

Voir à ce sujet : BUCKLAND, p. 380, qui expose le système de l'agir *nominatim* et ses effets ; DI PORTO, p. 107 ss, qui considère qu'à la *nominatio* se serait rapidement identifié le *iussum*, avec les mêmes effets et fonctions ; PILAR, p. 137 ss ; COPPOLA BISAZZA, p. 32 ss.

⁷⁰¹ Voir p. ex. en ce sens : le D. 45, 3, 37 *Pomponius* à la fin.

Voir aussi : BUCKLAND, note 1, p. 383, qui distingue le *iussum* des actes purement favorables de celui constituant une *actio quod iussu*, le premier désignant seulement la « direction » des droits ou des biens ; DI PORTO, p. 104, 106 ss, qui parle de « canalizzazione » ou « orientamento », soit de « canalisation » ou « destination » des acquisitions faites par l'esclave ; PILAR, p. 137 ss ; COPPOLA BISAZZA, p. 25 ss, qui se pose la question de la pertinence du *iussum* dans les acquisitions effectuées par les *subiecti iuris*, mais émet des réserves quant à admettre son inutilité.

⁷⁰² Par exemple, lorsque l'esclave est en copropriété, l'indication du nom ou le *iussum* permettront uniquement de connaître le destinataire de l'acte, mais ne seront pas à la base d'une éventuelle nullité de l'acte en cas de défaut. Voir en ce sens les textes suivants : le D. 41, 1, 37, 3 *Iulianus* ; Gai. 3, 167 ; Gai. 3, 167a, selon la conception des Sabinien qui est aussi celle de Gaius ; le D. 45, 3, 28, 3 *Gaius* au début ; le D. 15, 3, 13 *Ulpianus* (*Iulianus*) ; le D. 45, 3, 5 *Ulpianus* ; le D. 45, 3, 7, pr. *Ulpianus* ; le D. 45, 3, 7, 1 *Ulpianus*.

Voir à ce sujet : BRETONE, p. 91 ss, qui dit que les juristes étaient en accord sur le fait que l'acquisition nominative déployait tous ses effets uniquement dans le patrimoine du maître nommé ; DI PORTO, p. 105, qui présente la *nominatio* du maître dans l'acte comme un moyen pour répartir le fruit des acquisitions entre les différents propriétaires ; COPPOLA BISAZZA, p. 25, qui considère que le rôle du *iussum* dans les actes d'acquisition face à la *postestas* devrait être analysé

permettront de connaître celui qui pourra actionner le cas échéant *ex stipulatu*⁷⁰³ si le tiers ne s'exécute pas.

Le *iussum* ou la *nominatio* permettent donc d'une certaine manière de moduler le principe du *ius acquirendi*, qui voudrait normalement que l'esclave en copropriété acquière à chacun de ses maîtres selon leur part de propriété sur l'esclave⁷⁰⁴. Nous rappelons aussi que, lorsque l'esclave est en usufruit ou qu'il est possédé de bonne foi, le principe du *ius acquirendi* peut trouver à s'appliquer en faveur de l'usufruitier ou du possesseur de bonne foi, également en fonction du *iussum* ou de la *nominatio* qui sont les critères principaux d'adressage⁷⁰⁵.

Dans l'hypothèse où l'acte de l'esclave vise à créer un passif, l'ordre juridique romain impose que le *servus* ne puisse endetter son maître ou disposer de son patrimoine sans son consentement (cf. le D.

sous un angle historique ; la même, p. 32, qui admet que l'acte passé au nom d'un des maîtres de la copropriété sur l'esclave a pour effet de le rendre seul propriétaire de l'acquisition.

⁷⁰³ Voir en ce sens p. ex. : le D. 45, 3, 1, 2 *Iulianus*, qui précise qu'un esclave, commun à deux maîtres et possédant de l'un d'eux un pécule, acquerra au maître du pécule l'obligation d'un prêt contracté à raison de ce pécule et l'action du contrat. Mais s'il stipule aussi au nom du copropriétaire le même argent prêté, il lui acquerra parallèlement une action *ex stipulatu*. Voir en outre à propos de l'action *ex stipulatu* : le D. 45, 3, 1, 6 *Iulianus*.

⁷⁰⁴ La règle générale étant que l'esclave en commun acquiert *pro parte* à chacun de ses maîtres, cf. : Gai. 3, 59 ; Gai. 3, 167 ; le D. 41, 1, 45 *Gaius* ; le D. 16, 3, 1, 31 *Ulpianus* ; le D. 30, 50, pr. *Ulpianus* ; le D. 45, 3, 5 *Ulpianus* ; le D. 45, 3, 27 *Paulus* ; mais l'utilisation de la *nominatio* ou du *iussum* va faire plier la règle générale d'acquisition paritaire aux copropriétaires et permettre l'acquisition en fonction, non pas de la part de propriété sur l'esclave, mais en fonction de la personne désignée, cf. : le D. 45, 3, 37 *Pomponius*.

En ce sens, cf. : BUCKLAND, p. 379 s. ; BRETONNE, p. 92 s., qui nous apprend que le système de la *nominatio* permettait de dépasser l'antithèse doctrinale au sujet de la conception de la copropriété sur l'esclave ; DI PORTO, p. 106, qui nous dit que le système de la *nominatio* permet de considérer les différents intérêts des maîtres sur l'esclave, spécialement lorsque certains d'entre eux l'emploient à des fins commerciales. Il précise de plus qu'il en va de même pour le *iussum* qui permet une déviation du principe régulateur des acquisitions de l'esclave. Sa portée a cependant été discutée (cf. l'analyse dans le corps du texte) ; PILAR, p. 137 ss.

⁷⁰⁵ Ces situations dites avantageuses, apparentées à celle d'un *sui iuris* au bénéfice de la *potestas* sur l'esclave, permettent de jouir de certains attributs de celle-ci, notamment de profiter des acquisitions à titre gratuit. Cf. la section « L'esclave en copropriété et les personnes ayant une situation avantageuse sur celui-ci », p. 139 ss.

Voir en outre à ce sujet : COPPOLA BISAZZA, p. 32 ; STURM, Symposium Wieling, p. 223 ss.

50, 17, 133 *Gaius*)⁷⁰⁶. Le préteur a donc dû concevoir des « correctifs » juridiques pour permettre les actes d'engagement, et c'est précisément ce qu'il a fait lorsqu'il a introduit la possibilité pour l'esclave d'agir comme une sorte de représentant direct sur la base d'une autorisation (*iussum*) de son maître⁷⁰⁷. Et même si certains textes semblent distinguer les actes accomplis au nom du maître (souvent transcrit dans les textes latins par *nominatim* ou *domini nomine*) de ceux effectués sur son autorisation, nous considérons qu'il doit implicitement toujours y avoir un consentement concrétisé par *iussum* du maître, que les textes l'indiquent clairement ou qu'ils ne le mentionnent pas expressément ; en fait, nous pensons que les expressions *nominatim* ou *domini nomine* employées dans les fragments où l'acte de l'esclave consiste en un engagement et qui permettent l'action *quod iussu*, reflètent nécessairement l'existence d'un *iussum* au sens technique d'autorisation⁷⁰⁸.

⁷⁰⁶ Principe également illustré par le D. 16, 3, 33 *Labeo* ; le D. 2, 14, 55 *Iulianus* ; le D. 17, 1, 19 *Ulpianus*.

Voir en outre la note 446 et la section « Conclusion intermédiaire », p. 143 ss.

⁷⁰⁷ En ce sens, cf. : PILAR, p. 87.

⁷⁰⁸ Voir sur ce point concernant un problème identique d'esclave en copropriété : le D. 45, 3, 28, 3 *Gaius* et le D. 15, 4, 5, 1 *Paulus* au début, qui traitent du cas d'un esclave qui engage contractuellement son maître au nom ou sur autorisation de ce dernier. Les effets de droit sont exactement les mêmes dans un cas comme dans l'autre, à savoir l'engagement de la pleine responsabilité du seul maître pour lequel l'esclave a agi nommément ou pour lequel il a agi sur autorisation. Nous en déduisons donc que lorsque l'esclave agit sur la base d'une autorisation de son maître, il le fait de toute façon au nom de ce dernier, car l'autorisation étant en principe adressée au tiers (cf. les explications dans le corps du texte), techniquement cela consiste pour l'esclave à agir comme un représentant au nom du maître sans aucune autonomie, et vice et versa, lorsqu'il agit au nom de son maître sans préciser qu'il le fait sur son *iussum*, il y a, selon la systématique de l'ordre juridique romain, de toute façon implicitement et nécessairement eu une autorisation du maître dans l'hypothèse où l'esclave agit en dehors de l'institution du pécule et qui permet l'action *quod iussu*, car sinon la règle est que l'esclave ne peut l'endetter. A noter que si l'esclave agit en son nom et qu'il ne possède pas de pécule, l'acte conclu sera en principe nul sur le plan civil, à moins que le maître ne le ratifie à posteriori pour ouvrir la voie à une éventuelle *actio quod iussu* ou que ne se produise un *versum*. Voir en outre la note 618 au sujet des dangers auxquels s'exposerait le tiers qui aurait exécuté sa prestation.

En ce sens, cf. : CUQ, p. 404 et 408 ; COPPOLA BISAZZA, p. 33 s. *Contra* : DI PORTO, p. 106 ss, qui distingue les deux moyens en disant que l'esclave qui agit *nominatim* est le « sujet actif », puisqu'il agit seul sans intervention du maître et que lorsqu'il agit sur l'autorisation du maître, le « sujet actif » de l'acte ne peut être que le maître. Or, nous devons, à cause du principe du *ius adquirendi* et de l'interdiction d'endetter, réfuter une telle conception lorsque les actes accomplis par l'esclave engagent le *dominus*. A la p. 111 à la fin, DI PORTO se montre pourtant réservé quant à admettre

Dans cette hypothèse aussi, le possesseur de bonne foi ou l'usufruitier d'un esclave peuvent s'engager envers un tiers par l'intermédiaire du *servus*, mais ils doivent donner un *iussum* de portée juridique permettant l'engagement de leur responsabilité complète⁷⁰⁹. Sur ces deux derniers points, nous observons que s'opère une sorte de dérogation aux effets de la *potestas* absolue du père de famille, puisque l'autorisation peut être donnée par une personne ne faisant pas nécessairement partie du cercle familial⁷¹⁰.

f. Conclusion

Dans le cas ordinaire des acquisitions gratuites - sans contrepartie - soumises au principe général du *ius adquirendi*, l'esclave qui agit au nom de son maître peut le faire aussi de sa propre initiative⁷¹¹ ; cela implique des conséquences juridiques importantes, notamment dans le fait d'augmenter le patrimoine du maître, maître copropriétaire⁷¹², usufruitier

une identification du *iussum* des acquisitions gratuites - sans contreprestation - avec celui des engagements. A la p. 112, il semble de plus retenir que la *nominatio* est indistinctement utilisée dans les actes favorables comme dans ceux qui engagent une pleine responsabilité du maître, or il nous semble qu'une telle conception doit être écartée, puisque, si dans la forme le fait d'agir *nominatim* correspond dans l'un et l'autre cas, la portée est différente dans le cas d'un contrat bilatéral (p. ex. un contrat d'achat-vente) accompli *domini nomine* qui requiert nécessairement une autorisation du maître, fût-elle implicite, généralement adressée aussi bien au tiers qu'à l'esclave.

⁷⁰⁹ Cf. : le D. 15, 4, 1, 8 *Ulpianus*, qui reprend l'avis de Marcellus.

En ce sens, cf. : PILAR, p. 111 ; SCHLEPPINGHOFF, p. 18, qui toutefois admet que ces éventualités ne devaient pas être les premières visées par l'institution du *iussum*.

⁷¹⁰ Voir à ce propos : le D. 45, 3, 40 *Pomponius*, qui montre bien le lien qui existe entre l'acquisition de droits et obligations issus d'un contrat et la puissance du maître, et le D. 15, 4, 2, 2 *Paulus*, où seul le propriétaire de l'esclave peut en principe donner son autorisation. Pour plus de développements : cf. la note 693.

Voir à ce sujet : PILAR, p. 11 ss, qui présente l'évolution de la notion de *iussum* et notamment l'admission peu à peu, par ce moyen, de la possibilité de la représentation directe par les subordonnés ; COPPOLA BISAZZA, p. 27 s., qui précise que la *potestas* va tendre à perdre de son importance par rapport à l'incapacité patrimoniale qui deviendra le principal critère pour justifier le « correctif » du *iussum*.

⁷¹¹ Voir la section « L'élément subjectif (conscience et volonté) dans les contrats », p. 156 ss.

Voir en outre : HAMZA, Index 9 (1980), p. 202, qui conçoit la volonté contractuelle du représentant comme autonome par rapport au *dominus negotii*.

⁷¹² Cf. : DI PORTO, p. 106, qui nous dit que la *nominatio* est un précieux instrument pour faire plier, au moins dans un large cadre commercial, le principe cardinal qui règle les acquisitions du

ou possesseur de bonne foi désigné⁷¹³, et d'empêcher les autres d'ester dans un éventuel procès en recouvrement de créance (par exemple *ex stipulatu*)⁷¹⁴.

Dans l'hypothèse des actes d'engagement, nous ne pouvons cependant admettre aucune autonomie de l'esclave qui agirait au nom d'autrui. Son acte, pour être valable, dépend en effet du consentement (autorisation) de la personne capable de droit qui détient le pouvoir - *postestas* - (le maître ou maître copropriétaire de l'esclave) ou « quasi-pouvoir » comme l'usufruitier ou le possesseur de bonne foi qui utilisent les services de l'esclave.

D'ailleurs, nous concevons mal que l'on puisse reconnaître à l'esclave la possibilité d'engager son maître sans son consentement en agissant au nom de celui-ci, sauf dans le cas d'un acte dolosif⁷¹⁵. Mais dans ce cas, le maître resterait protégé par le principe général de l'ancien droit civil qui consiste à empêcher que l'esclave ne puisse l'endetter⁷¹⁶. Il pourrait ainsi faire constater la nullité de l'acte ou à tout le moins, le faire annuler, voire revendiquer le cas échéant la prestation que l'esclave aurait déjà effectuée⁷¹⁷, sous réserve pour le tiers qui se serait exécuté de prouver l'existence d'un *versum* et d'exciper p. ex. d'une *exceptio (doli)*.

servus communis aux diverses combinaisons d'intérêts des personnes capables qui exercent une activité commerciale.

⁷¹³ Cf. : Gai. 1, 54, Gai. 2, 86/88/95, Gai. 3, 166 et le D. 41, 2, 1, 8 *Paulus*, qui précisent que l'usufruitier ou le possesseur de bonne foi de l'esclave acquièrent directement par son ministère.

Voir en ce sens : BRETONE, note 117, p. 93, qui indique qu'il faut voir dans le *iussum* des acquisitions plutôt un système d'adressage, plutôt qu'un acte de volonté de l'esclave ; DI PORTO, p. 104, qui se pose la question sans y répondre, mais reconnaît à l'évidence que la *nominatio* dans les acquisitions est un moyen de canalisation et d'orientation de ces dernières. *D'un autre avis* : COPPOLA BISAZZA, p. 34 s., qui précise que dans l'hypothèse des acquisitions, l'esclave peut de sa propre initiative acquérir à son maître, qu'il le fasse nommément ou pas.

⁷¹⁴ Cf. : DI PORTO, p. 106, qui relève cet avantage pour des raisons d'ordre pratique lorsqu'on utilise l'esclave spécialement dans des relations commerciales concernant un ou plusieurs maîtres qui en sont copropriétaires.

⁷¹⁵ Voir la section « L'élément subjectif (conscience et volonté) dans les contrats », p. 156 ss.

⁷¹⁶ Cf. : le D. 50, 17, 133 *Gaius* et la note 448.

⁷¹⁷ Principalement sur la base du principe civil général de l'interdiction de l'endettement, postulé au D. 50, 17, 133 *Gaius* : cf. la section « Conclusion intermédiaire », p. 143 ss, et la section « Les actes contractuels bilatéraux accomplis par l'esclave – le système de la « représentation », p. 189 ss.

g. Le rapport entre les règles générales et spéciales

Nous pouvons relever ici l'intéressante complémentarité entre les règles générales (par exemple le principe civil de l'interdiction d'appauvrissement du maître par ses subordonnés)⁷¹⁸ et les règles spécifiques concernant la capacité d'agir et de « représenter » de l'esclave (par exemple par *iussum*), que nous avons désignées comme les « correctifs ». Les premières ont souvent une portée supplétive et subsidiaire par rapport aux deuxièmes⁷¹⁹, ce que nous pourrions observer tout au long de notre présente étude⁷²⁰.

⁷¹⁸ En elles-mêmes peut-être déjà spéciales, puisque particulières au régime juridique des esclaves.

⁷¹⁹ Cf. : le D. 50, 17, 147 *Gaius*.

Voir en outre la note 122.

⁷²⁰ L'exemple est aisément démontré par l'application supplétive des grands principes généraux du *ius adquirendi* (cf. : Gai. 1, 52 et le D. 50, 17, 133 *Gaius*) lorsque l'acte accompli n'est pas spécifiquement ou suffisamment concerné par les « correctifs ».

B. La « préposition » et le système des actions *exercitoria* et *institoria*

a. Introduction et définitions

Tandis que le *inssum* peut être considéré comme une autorisation spécifique du maître de contracter avec son esclave pour une affaire ou un ensemble d'affaires similaires délimitées, le concept de la « préposition » (*praepositio*) donne à un esclave préposé la compétence générale de conclure plusieurs affaires dans le cadre d'un commerce limité et de faire produire par ses actes des effets de droit directement dans la sphère juridique de son maître préposant, tenu alors pour l'intégralité de la dette, cas échéant par une action (*exercitoria* ou *institoria*)⁷²¹.

Gaius récapitule le système dans le texte suivant :

Gai. 4, 71 : Eadem ratione comparavit duas alias actiones, exercitoriam et institoriam. Tunc autem exercitoria locum habet, cum pater dominusve filium servumve magistrum navi praeposuerit et quid cum eo eius rei gratia cui praepositus fuerit / negotium / gestum erit. Cum enim ea quoque res ex voluntate patris dominive contrahi videatur, aequissimum esse visum est in solidum actionem dari ; quin etiam licet extraneum quisque magistrum navi praeposuerit, sive servum sive liberum, tamen ea praetoria actio in eum redditur. Ideo autem exercitoria actio appellatur, quia exercitor vocatur is, ad quem cottidianus navis quaestus pervenit. Institoria vero formula tum locum habet, cum quis tabernae aut cuilibet negotiationi filium servumve aut quemlibet extraneum, sive servum sive liberum, praeposuerit et quid cum eo eius rei gratia cui praepositus est contractum fuerit. Ideo autem institoria vocatur, quia qui

⁷²¹ Cf. : le D. 7, 8, 20 *Marcellus*, qui précise que ce qu'acquiert un esclave préposé par toute transaction commerciale - p. ex. achat/vente - est acquis à son maître, qui devient donc propriétaire des objets. Ce texte souligne aussi que les contrats conclus par l'esclave sur la base d'une « préposition » visent le patrimoine propre du maître, non l'éventuel pécule.

*tabernae praepositur, institor appellatur. Quae et ipsa formula in solidum est.*⁷²²

Les actions exercitoire et institoire mentionnées dans le texte semblent respectivement déjà connues par Ofilius et Servius Sulpicius (I^{er} siècle av. J. C.)⁷²³.

En effet, au fur et à mesure que se développent des moyens plus performants au service des affaires, notamment l'exploitation fluviale et maritime, les maîtres ne peuvent plus assurer une présence constante lors de transactions commerciales qui se font de plus en plus loin de la *domus domini*⁷²⁴. Conscient de ce fait, le préteur a développé un certain nombre

⁷²² Traduction : Pour la même raison il (le préteur) a établi deux autres actions, l'action exercitoire et l'action institoire. La première s'applique au cas où un père ou un maître a préposé son fils ou son esclave au commerce maritime et qu'une affaire est traitée avec lui relativement à l'objet de ce commerce. Comme, en effet, cette affaire est censée avoir été conclue par la volonté du père ou du maître, il a paru très équitable de donner une action pour le tout. Bien mieux, même au cas où le père ou le maître aurait établi commandant du navire un externe, esclave ou libre, l'action exercitoire serait dirigée contre lui. On appelle cette action exercitoire parce que celui qui bénéficie du produit régulier de la navigation s'appelle exercitor. Quant à l'action institoire, elle s'applique au cas où l'on a préposé son fils ou son esclave ou quelque externe esclave ou libre à un commerce terrestre ou à quelque affaire commerciale et qu'il a été contracté avec lui relativement à ce commerce. On l'appelle institoire parce que le préposé à un commerce terrestre s'appelle institor. Cette formule est également donnée pour le tout.

⁷²³ Cf. : le D. 14, 1, 1, 9 *Ulpianus* et le D. 14, 3, 5, 1 *Ulpianus*, qui semblent indiquer que ces actions étaient déjà connues dans le dernier siècle de la République. L'action exercitoire a, pour la plupart des auteurs, certainement précédé l'action institoire.

Voir en ce sens notamment : COSTA, *Le azioni*, p. 32 ss ; GIRARD, II, note 4 et 5, p. 709 ; PUGLIESE, *LABEO* 3 (1957), p. 308 s. ; SOLAZZI, *Scritti* IV, p. 243 ss (voir en outre la note 1, p. 243), qui argumente longuement en faveur de l'antériorité de l'action exercitoire ; SCHLEPPINGHOFF, p. 10 s. et 13. *D'un autre avis* : SAUTEL, note 1, p. 262, qui semble au contraire retenir l'action institoire comme antérieure.

⁷²⁴ A l'origine, l'action exercitoire est née certainement pour des nécessités économiques propres au commerce maritime ou fluvial : voir en ce sens p. ex. le témoignage d'Ulpien au D. 14, 1, 1, pr. *Ulpianus*. Voici encore deux exemples qui illustrent ce commerce à distance : cf. le D. 5, 1, 19, 3 *Ulpianus*, qui traite du cas d'un maître vivant en province et ayant préposé un esclave à Rome pour la vente de marchandises ; ce maître sera tenu pour l'affaire conclue par son esclave comme s'il l'avait faite lui-même, l'obligeant à se défendre à Rome. Voir encore : le D. 12, 1, 41 *Africanus*, qui parle d'un esclave préposé en province, alors que le maître meurt à Rome.

En ce sens, cf. : COSTA, *Le azioni*, p. 34 ; SOLAZZI, *Scritti* IV, p. 262 ; HAMZA, *Index* 9 (1980), p. 204.

de moyens destinés à pallier ce manque⁷²⁵. C'est ainsi que sont nées ces actions spécifiques, appelées dès le Moyen-Âge *actiones adiecticiae qualitatis*, dont font partie l'*actio exercitoria* et l'*actio institoria*⁷²⁶.

Le système de l'action institoire étant proche du système de l'action exercitoire, nous les traiterons ensemble⁷²⁷.

Il convient toutefois de préciser certaines notions.

Dans le commerce maritime, l'*exercitor navis* est celui qui confie la responsabilité d'un navire (à savoir le « préposant »)⁷²⁸, tandis qu'en matière de commerce terrestre, l'*institor* est celui à qui est confiée la responsabilité d'un commerce (à savoir le « préposé »)⁷²⁹. Cette distinction terminologique ne peut être expliquée uniquement par commodité linguistique⁷³⁰, mais trouve plutôt son origine dans l'antériorité de l'action exercitoire. En effet, selon la logique

⁷²⁵ Cf. : GIRARD, II, p. 706 ; KASER, I, § 141 I 1, p. 605 ; BUTI, p. 158, qui reconnaît que les stricts principes du droit civil sont adoucis par l'intervention du prêteur créateur de *ius praetorium* ou *honorarium* et inspiré en partie du *ius naturale* ; MAYER-MALY, § 136 I, p. 378.

⁷²⁶ Ce nom, inspiré de D. 14, 1, 5, 1 *Paulus* à la fin, a été inventé par les interprètes glossateurs : cf. GIRARD, II, p. 712 ; WUNNER, p. 105 et la note 3, p. 105 ; KASER, § 141 I 1, p. 605 ; MAYER-MALY, § 136 I, p. 378 ; BURDESE, Manuale, p. 509 s. ; CORREA, p. 32.

⁷²⁷ Cf. : le C. 4, 25, 4 *Diocletianus et Maximianus*, [...] *exercitoria actione ad similitudinem institoriae tenetur* ; le D. 12, 1, 29 *Paulus* et les Iust. Inst. 4, 7, 8, qui présentent un rapprochement intéressant des « prépositions » institoire et exercitoire et du *iussum* dont il a été traité à la section « Le *iussum* – l'*actio quod iussu* », p. 197 ss, fondant une *condictio* contre le maître autorisant ou préposant pour le contrat conclu par l'esclave. On observe en effet à l'époque de Justinien une tendance à regrouper toutes les actions *adiecticiae* sous la dénomination de « *condictio* », probablement dans un souci de simplification (en ce sens : BUCKLAND, p. 186).

Voir en outre les développements au milieu de la note 796.

⁷²⁸ Cf. : le D. 14, 1, 1, 15 *Ulpianus*. Le préposé à un navire se nomme *magister navis* : cf. le D. 14, 1, 1, 1 *Ulpianus* ; D. 14, 1, 3 *Ulpianus*.

Voir au sujet des définitions en outre : COSTA, Le azioni, p. 29 ss, qui précise que si les sources ne donnent pas une exacte définition des actions *exercitoria* et *institoria*, elles contiennent suffisamment d'éléments pour en délimiter le concept.

⁷²⁹ Cf. : le D. 14, 3, 3 *Ulpianus* ; le D. 14, 3, 5, pr. *Ulpianus* ; le D. 14, 3, 18 *Ulpianus*. Le préposant à un commerce terrestre reçoit la désignation générale de « *is qui praeposit* » ou dans certains cas *exercitor* : cf. les notes 731 et 732.

Voir en outre au sujet des définitions : COSTA, Le azioni, p. 30 ss, qui indique que la notion de *institor* correspond, dans le commerce terrestre, aux fonctions assumées par le *magister navis* dans le commerce maritime.

⁷³⁰ En ce sens, cf. : COSTA, Le azioni, p. 31 ; SOLAZZI, Scritti IV, p. 250.

terminologique de l'action exercitoire, l'*exercitor navis* étant le préposant maritime, l'action issue d'un commerce terrestre aurait pu s'appeler *praepositoria* ou *tabernam, cauponam, ... exercitoria* en regard à la terminologie employée pour désigner le préposant « *is qui praeponit* »⁷³¹ ou « *is qui tabernam, cauponam, ... exercet* »⁷³², mais le prêteur a préféré nommer l'action contre le responsable d'un tel commerce *actio institoria*, probablement pour ne pas les confondre⁷³³. Cela renforce aussi l'idée que l'action institoire s'inscrit vraisemblablement postérieurement dans l'évolution des institutions dont il est ici question⁷³⁴.

b. La « préposition » - *praepositio*

La « préposition » peut se définir comme une espèce d'autorisation générale - procuration générale - de contracter venant du maître et accordée à son esclave pour un ensemble d'actes limités au contenu de celle-ci⁷³⁵.

Le droit romain est restrictif en ce qui concerne les actes d'engagement de l'esclave au nom et pour le compte du *dominus*⁷³⁶. Pour

⁷³¹ « Celui qui prépose » – telle est la dénomination générale du préposant à un commerce terrestre : cf. p. ex. Gai. 4, 71 à la fin ; le D. 14, 3, 19 *Papinianus* ; le D. 14, 3, 1 *Ulpianus* ; le D. 14, 3, 5, pr. *Ulpianus* ; le D. 14, 3, 14 *Paulus* au début ; le D. 14, 3, 18 *Paulus*.

Cf. : COSTA, *Le azioni*, p. 30, qui souligne que le préposant au commerce terrestre n'a pas reçu de désignation particulière.

⁷³² Autre façon de qualifier le préposant à un commerce terrestre, employée spécialement dans l'hypothèse de l'exploitation d'un magasin ou d'une boutique : cf. le D. 33, 7, 15, pr. *Pomponius* ; le D. 33, 7, 23 *Neratius* ; le D. 31, 88, 3 *Scaevola* ; le D. 14, 3, 13, 2 *Ulpianus* ; le D. 14, 3, 11, 3 *Ulpianus* ; le D. 14, 4, 5, 16 *Ulpianus*. Voir en outre : le D. 4, 9, 1, 5 *Ulpianus* et les D. 4, 9, 3, 1-2 *Ulpianus*, où il est question d'un exploitant d'auberge (*is qui cauponam exercet*) ou d'écuries (*is qui stabulos exercet*).

⁷³³ Cette dénomination est certainement choisie aussi pour ne pas confondre les deux types de « préposition » dont découlent les deux actions discutées, ce d'autant plus que le terme de *exercere* est également employé pour une « préposition » à un commerce terrestre, spécialement une boutique (cf. la note 732 ci-dessus).

⁷³⁴ En ce sens, cf. : COSTA, *Le azioni*, p. 31 ss ; PUGLIESE, *LABEO* 3 (1957), p. 308 ; SOLAZZI, *Scritti* IV, p. 250 s. ; HAMZA, *Index* 9 (1980), p. 203 s.

⁷³⁵ En ce sens, cf. : PUGLIESE, *LABEO* 3 (1957), p. 310, qui indique que la « préposition » est l'une des conditions à l'action ; DE MARTINO, *LABEO* 4 (1958), p. 276, qui précise que la « préposition » fonde la responsabilité du *dominus* ; HAMZA, *Index* 9 (1980), p. 214.

⁷³⁶ Voir à ce sujet la section « Les actes contractuels bilatéraux accomplis par l'esclave – le système de la « représentation » », p. 189 ss et la section « Conclusion intermédiaire », p. 143 ss.

pouvoir obliger son maître, le contrat conclu par l'esclave doit être consenti, or l'acte de « préposition » contient en soi ce consentement dérivant de la volonté du maître préposant⁷³⁷ :

⁷³⁷ Certains textes expriment cette idée - pour la « préposition » exercitoire sans « sous-préposition », cf. : le D. 4, 9, 1, 3 *Ulpianus*, où permission est donnée à l'exercitor pour certaines tâches confiées à des subordonnés du préposé au navire ; le D. 4, 9, 3, 3 *Ulpianus*, qui indique que l'obligation assumée par l'esclave découle de la volonté du maître qui se retrouve engagé pour le tout comme s'il avait agi en son propre nom. Cependant, sans sa volonté, l'acte accompli n'engagerait le maître qu'à raison du pécule ; le D. 14, 1, 1, 2 *Ulpianus*, qui évoque la permission de contracter avec le préposé au navire ; les P. Sent. 2, 6, 1, qui reprennent le cas analogique d'un fils de famille préposé par la volonté de son père.

Pour l'action exercitoire avec « sous-préposition », cf. : le D. 14, 1, 1, 20 *Ulpianus* au début, qui précise que la « sous-préposition » est possible, mais seulement si elle est exercée avec le consentement du premier préposé ; le D. 14, 1, 1, 20 *Ulpianus* à la fin, qui indique que l'action pour le tout (*exercitoria*) n'est possible que si le commerce est effectué selon la volonté du maître, sinon elle reste limitée au pécule ; le D. 14, 1, 1, 22 *Ulpianus*, qui donne la possibilité à l'esclave de préposer à son tour, mais seulement du consentement du maître capable ; le D. 14, 1, 4, 2 *Ulpianus*, qui indique que l'esclave commun qui est préposé au vaisseau de la volonté de tous ses maîtres les engage pour le tout solidairement. Inversement, si un seul des maîtres consent, il sera seul obligé pour le tout. Voir encore : le D. 14, 1, 4, 3 *Ulpianus*, qui traite d'un esclave préposant dans le commerce maritime de la volonté de son maître ; le D. 14, 1, 6, pr. *Paulus*, qui donne l'exemple d'un maître ne voulant pas que son esclave exerce le commerce maritime. Si le maître l'ignore, il ne sera tenu que sur le pécule. Voir toutefois, sur le point discuté de la « sous-préposition », pour le commerce naval : le D. 14, 1, 1, 5 *Ulpianus*, où la « sous-préposition » serait valable même si le préposant l'a ignorée ou expressément interdite, pour des motifs d'utilité. En ce sens, voir : PUGLIESE, LABEO 3 (1957), p. 321 ss, qui pense que la « sous-préposition » serait implicitement contenue dans l'acte de « préposition » ; DE MARTINO, LABEO 4 (1958), p. 278 ss, spéc. p. 281, qui admet la « sous-préposition » nécessaire seulement dans les cas de force majeure ou d'extrême nécessité relative à l'entreprise ; *idem*, p. 289, qui admet que l'acte du sous-préposé effectué sans la volonté du préposant ne l'engage qu'à raison du pécule. Si l'acte est néanmoins accompli de la connaissance du préposant, l'action contre celui-ci sera donnée à titre tributaire ; WUNNER, p. 115 s.

Pour la « préposition » institoire, cf. : le D. 4, 4, 4 *Africanus*, qui indique que l'obligation assumée par l'esclave est censée faite de la volonté du maître ; le D. 14, 3, 5, 9 *Ulpianus* à la fin, qui parle de permission ; les D. 14, 3, 11, 5 et 6 *Ulpianus*, qui énoncent successivement non seulement la notion de volonté, mais encore celles de permission et interdiction, liées indiscutablement de la première ; le C. 4, 25, 1 *Antoninus*, qui parle de permission ; le C. 4, 25, 6 *Diocletianus et Maximianus*, qui indique que celui qui s'est conformé à la volonté du maître, quoiqu'il ait contracté avec son esclave, peut l'actionner pour le tout à l'instar de l'action institoire.

Voir en outre sur la question de la volonté : COSTA, *Le azioni*, p. 23 et 36 ; GIRARD, II, p. 709 ; DE MARTINO, LABEO 4 (1958), p. 277, qui parle de *lex praepositionis* du préposant ; WUNNER, p. 114 ss ; LONGO G., *Actio exercitoria*, p. 583 et la note 9, p. 583, qui souligne l'analogie entre les systèmes *quod iussu* et *exercitoria-institoria* ; *idem*, p. 598 ss ; BUTI, p. 127 ; HAMZA, Index 9 (1980), p. 201 et 207 ; CORREA, p. 32, qui précise que les actes du préposé seraient accomplis de la volonté présumée du préposant.

*Gai. 4, 71 : [...] Cum enim ea quoque res ex voluntate patris dominive contrahi videatur, aequissimum esse visum est in solidum actionem dari [...].*⁷³⁸

*P. Sent. 2, 8, 1 : Sicut commoda sentimus ex actu praepositi institoris, ita et incommoda sentire debemus. Et ideo qui servum sive filium filiamve familias sive ancillam praeposuit negotio vel mercibus exercendis, eorum nomine in solidum convenitur.*⁷³⁹

Bien que placé à la tête d'un commerce donné, l'esclave qui peut paraître agir en son propre nom (soit par son action propre) mais pour le

⁷³⁸ Traduction : Comme en effet, cette affaire est censée avoir été conclue par la volonté du père ou du maître, il a paru très équitable de donner une action pour le tout.

⁷³⁹ Traduction : De même que nous percevons les avantages de l'affaire conclue par un préposé, de même nous devons en assumer les charges. C'est pour cela que toute personne qui a préposé un esclave, un fils, une fille de famille ou une servante à une affaire ou à un commerce de marchandises, est tenu en leur nom pour le tout.

Voir en outre : le D. 14, 3, 1, pr. *Ulpianus* au début.

A noter que le texte de Paul dit que le maître sera tenu en leur nom (« *eorum nomine* »). Ainsi ce texte se distancie de la conception de la représentation exclusive « au nom du maître » exposée dans l'étude du *insum* et nous permet d'imaginer, dans la mesure où il concernerait aussi l'esclave, que plus celui-ci devient autonome et se détache de son maître, plus le système de la représentation « directe » (au nom et pour le compte de son maître) inhérente à son incapacité d'agir seul s'estompe. Voir en ce sens également : le D. 14, 3, 5, 3 *Ulpianus*, où le maître semble tenu au nom de son esclave. Dans ce texte, le *eius nomine* ne doit pas être compris comme un acte conclu par l'esclave en son propre nom, vu qu'il agit sur la base d'une « préposition » ; or celle-ci ne correspond pas à notre conception contemporaine du mandat où le mandataire agit ordinairement en son propre nom, mais serait plutôt, s'agissant des esclaves, une procuration générale de représentation « directe ». A noter que le D. 14, 1, 4, 1 *Ulpianus*, qui indique que les préposants d'un navire sont soumis à l'action pour les actes effectués au nom de l'un d'eux préposé, ainsi que le D. 14, 3, 5, 12 *Ulpianus*, où le préposant paraît tenu par les actes du préposé effectués en son propre nom, traitent probablement plutôt de préposés libres qui ne peuvent valablement agir et conclure d'actes juridiques qu'en leur propre nom. Voir à ce sujet la section « Généralités », p. 121 et la note 350.

Voir de plus : BUTI, p. 147 ss et 189, qui explique le phénomène d'accession de l'esclave à une certaine autonomie lorsqu'il peut agir en son nom et pour son compte, ce qui est d'autant plus marqué lorsqu'il est question d'agir sur la base d'un pécule (voir la section « L'institution du pécule », p. 239 ss).

compte du maître, n'en engage civilement pas moins que son seul maître préposant ; seul ce dernier est actionnable en cas d'inexécution⁷⁴⁰.

Pour les *alieni iuris*, le système exposé est donc analogue à celui de la représentation « directe », mais comporte cependant une atténuation importante de l'incapacité propre de l'esclave à agir : il lui accorde en effet une certaine autonomie dans le sens où le *dominus* n'aura pas besoin d'être informé de chaque acte particulier et de l'autoriser⁷⁴¹ pour se voir engagé passivement à l'égard de tiers intéressés par son commerce maritime ou terrestre⁷⁴².

Le préposé peut se retrouver ainsi à la tête de n'importe quel commerce envisageable⁷⁴³. S'agissant du commerce maritime, les textes parlent d'un certain nombre de « prépositions » générales⁷⁴⁴ qui recouvrent tous les contrats relatifs à la vie commerciale maritime⁷⁴⁵, ou alors des « prépositions » plus limitées et qui ne recouvrent que l'un ou

⁷⁴⁰ S'agissant d'*alieni iuris*, l'institution de la *praepositio* ne correspond pas à notre conception contemporaine du mandat où, dans le rapport contractuel avec le tiers, ordinairement et à défaut de procuration spéciale de représentation directe, seul s'oblige le mandataire. Cela s'explique par le fait que le préposé esclave est incapable de créer un rapport contractuel de droit civil au sens large en son propre nom. Rappelons qu'il ne pourrait constituer de la sorte que tout au plus un rapport de droit naturel ; mais, dans le système des « prépositions », l'esclave n'agit pas en son nom propre, mais dans le cadre de l'autorisation (procuration) générale qui lui est conférée par son maître, donc juridiquement au nom et pour le compte de ce dernier ; le rapport de droit civil adjectice (ou prétorien) ne se fait donc qu'entre le tiers et le maître préposant comme si l'esclave préposé était un représentant « direct ».

Lorsque le préposé est un homme libre, on se rapprocherait alors plutôt d'une sorte de mandat sans représentation directe, mais qui permettrait toutefois, dans l'hypothèse où un pouvoir de représentation exprès aurait été accordé (procuration), une action spéciale et directe contre le préposant.

⁷⁴¹ Comme il en était question précédemment lors de l'étude du *iussum*, cf. la section « Le *iussum* – l'*actio quod iussu* », p. 197 ss.

⁷⁴² En ce sens, cf. : KASER, I, § 141 I 1, p. 605, qui affirme que dès la jeune République, les esclaves tendent à acquérir une autonomie économique ; BUTI, p. 128, qui indique que l'esclave peut accomplir de façon autonome la fonction d'*exercitor* ; MORABITO, p. 101 ss ; MAYER-MALY, § 136 I, p. 378.

⁷⁴³ Cf. : COSTA, *Le azioni*, p. 31.

⁷⁴⁴ Voir p. ex. en ce sens : Gai. 4, 71 ; le D. 4, 9, 7, 6 *Ulpianus* ; le D. 14, 1, 4, pr. *Ulpianus* ; le D. 14, 1, 1, 22 *Ulpianus*, pour un exemple d'institution de (sous-)préposant.

⁷⁴⁵ En ce sens, voir : le D. 14, 1, 1, 2 *Ulpianus* ; le D. 14, 1, 1, 7 *Ulpianus*, pour des matelots réclamant leur salaire ; le D. 14, 1, 1, 13 *Ulpianus* ; le D. 14, 1, 1, 18 *Ulpianus*.

l'autre des actes commerciaux cités ensuite, notamment le transport⁷⁴⁶, la surveillance⁷⁴⁷, la vente ou l'achat de marchandises⁷⁴⁸ ou du nécessaire à la bonne marche du vaisseau⁷⁴⁹, le transport de personnes⁷⁵⁰, la location du navire⁷⁵¹, ou l'emprunt pour réparation du matériel navigant⁷⁵².

En ce qui concerne le commerce terrestre, les types de « préposition » peuvent être beaucoup plus diversifiés ; ainsi l'on retrouve des « prépositions » de portée générale, comme p. ex. l'exploitation d'une étable⁷⁵³, d'une auberge⁷⁵⁴, d'une boutique⁷⁵⁵, la représentation commerciale d'une société⁷⁵⁶, recouvrant tous les contrats générateurs d'obligation qui s'y rapportent⁷⁵⁷. Mais il existe ici aussi un certain nombre de « prépositions » spécifiques à un domaine particulier de commerce, comme la vente ou l'achat de marchandises aussi bien en un lieu donné⁷⁵⁸ que de manière ambulante⁷⁵⁹, la garde d'immeubles⁷⁶⁰,

⁷⁴⁶ Cf. : le D. 14, 1, 1, 3 *Ulpianus* ; le D. 14, 1, 1, 7 *Ulpianus*, qui traite de transport de fardeaux ; le D. 14, 1, 1, 12 *Ulpianus*, qui parle de transport de marchandises particulières, comme des légumes, du chanvre, et *a contrario*, toujours du même texte, du marbre ou autres matières.

⁷⁴⁷ Cf. : le D. 4, 9, 1, 3 *Ulpianus*.

⁷⁴⁸ Cf. : le D. 14, 1, 1, 3 *Ulpianus*.

⁷⁴⁹ Cf. : le D. 14, 1, 1, 3 *Ulpianus* ; le D. 14, 1, 1, 7 *Ulpianus*.

⁷⁵⁰ Cf. : le D. 14, 1, 1, 3 *Ulpianus* ; le D. 14, 1, 1, 12 *Ulpianus*.

⁷⁵¹ Cf. : le D. 14, 1, 1, 3 *Ulpianus* ; le D. 14, 1, 1, 12 *Ulpianus*.

⁷⁵² Cf. : le D. 14, 1, 7, pr. *Africanus* ; le D. 14, 1, 1, 8 *Ulpianus* ; le D. 14, 1, 1, 9 *Ulpianus* ; le D. 14, 1, 1, 11 *Ulpianus*.

⁷⁵³ Cf. : le D. 4, 9, 3, 1 *Ulpianus* ; le D. 4, 9, 3, 2 *Ulpianus* ; le D. 4, 9, 7, 6 *Ulpianus*.

⁷⁵⁴ Cf. : le D. 4, 9, 3, 1 *Ulpianus* ; le D. 4, 9, 3, 2 *Ulpianus* ; le D. 4, 9, 7, 6 *Ulpianus*.

⁷⁵⁵ Cf. : Gai. 4, 71 à la fin ; le D. 14, 3, 8 *Gaius* ; le D. 7, 8, 20 *Marcellus* ; le D. 14, 3, 3 *Ulpianus* ; le D. 14, 3, 13, 2 *Ulpianus* ; le D. 14, 3, 18 *Paulus* ; les P. Sent. 2, 8, 3. Voir en outre pour une définition de *taberna* : les D. 50, 16, 183-5 *Ulpianus*.

⁷⁵⁶ Cf. : le D. 17, 2, 23, 1 *Ulpianus* ; le D. 17, 2, 24 *Ulpianus* ; le D. 17, 2, 49 *Ulpianus*. Par société, on doit bien comprendre le contrat liant plusieurs personnes entre elles et non pas la notion de personne morale contemporaine.

⁷⁵⁷ En ce sens, cf. : Gai. 4, 71 à la fin ; le D. 14, 3, 2 *Gaius* ; le D. 14, 3, 1 *Ulpianus* ; le D. 14, 3, 3 *Ulpianus* ; le D. 14, 3, 5, pr. *Ulpianus*.

⁷⁵⁸ Voir en ce sens : le D. 7, 8, 20 *Marcellus* ; le D. 14, 3, 5, 1 *Ulpianus*, pour l'achat de blé ; le D. 14, 3, 5, 2 *Ulpianus*, pour le rachat de prisonniers ; le D. 14, 3, 5, 12 *Ulpianus* ; le D. 14, 3, 13, pr. *Ulpianus*, pour le commerce d'huile ; le D. 14, 3, 4 *Paulus* ; le D. 14, 3, 14 *Paulus* ; le D. 14, 3, 18 *Paulus* ; le D. 14, 5, 8 *Paulus*, pour le commerce d'orge ; les P. Sent. 2, 8, 2, pour la vente de fruits.

l'exploitation d'une terre⁷⁶¹, l'exercice d'un service financier⁷⁶², une mission de prêter⁷⁶³ ou d'emprunter⁷⁶⁴ de l'argent, un travail de muletier⁷⁶⁵, dégraisseur⁷⁶⁶, garçon d'écurie⁷⁶⁷, embaumeur⁷⁶⁸ ou encore valet d'hôtellerie⁷⁶⁹.

La « préposition » en tant qu'autorisation, n'a pas besoin de revêtir une forme particulière⁷⁷⁰ ; elle doit de manière générale précéder tout acte d'engagement de l'esclave pour que le maître soit valablement tenu pour le tout⁷⁷¹ ; elle fixe des limites de compétence à raison du domaine d'activité commerciale qu'elle concerne, mais non de valeur pour l'affaire traitée⁷⁷². Elle doit par conséquent être évidente et connue du préposé qui agit dans ces limites. Le préposant doit également, dans la mesure du

⁷⁵⁹ En ce sens, voir : le D. 14, 3, 5, 4 *Ulpianus*, pour la vente de vêtements ; le D. 14, 3, 5, 7 *Ulpianus* ; le D. 14, 3, 5, 9 *Ulpianus*, pour un esclave vendeur de pain ; le D. 14, 3, 4 *Paulus* ; le D. 14, 3, 18 *Paulus*.

⁷⁶⁰ Cf. : le D. 14, 3, 5, 1 *Ulpianus*.

⁷⁶¹ Cf. : le D. 14, 3, 5, 2 *Ulpianus* ; le D. 14, 3, 16 *Paulus* ; les P. Sent. 2, 8, 2.

⁷⁶² En ce sens, voir : le D. 14, 3, 20 *Scaevola*, pour l'exercice de la banque ; le D. 14, 3, 19, 3 *Papinianus* ; le D. 13, 7, 11, 5 *Ulpianus* ou le D. 46, 3, 18 *Ulpianus*, pour un esclave préposé aux recouvrements de son maître ; le D. 14, 3, 5, 2 *Ulpianus* ; le D. 14, 3, 5, 3 *Ulpianus*, pour un service banquier ; les P. Sent. 2, 8, 2 ; le C. 4, 25, 3 *Alexander*.

⁷⁶³ Cf. : le D. 14, 5, 8 *Paulus*.

⁷⁶⁴ En ce sens, cf. : le D. 14, 3, 19, 2 *Papinianus* ; le D. 14, 3, 13, pr. *Ulpianus* ; le D. 17, 1, 10, 5 *Ulpianus* ; le D. 14, 3, 17, 4 *Paulus*.

⁷⁶⁵ Cf. : le D. 14, 3, 5, 5 *Ulpianus*.

⁷⁶⁶ Cf. : le D. 14, 3, 5, 6 *Ulpianus* ; le D. 14, 3, 5, 10 *Ulpianus*.

⁷⁶⁷ Cf. : le D. 14, 3, 5, 6 *Ulpianus*.

⁷⁶⁸ Cf. : le D. 14, 3, 5, 8 *Ulpianus*.

⁷⁶⁹ Cf. : le D. 4, 9, 1, 5 *Ulpianus*.

⁷⁷⁰ En ce sens, voir : COSTA, *Le azioni*, p. 61 ; DE MARTINO, *LABEO* 4 (1958), p. 277 ; HAMZA, *Index* 9 (1980), p. 206.

⁷⁷¹ Voir en ce sens : le D. 14, 3, 7, pr. *Ulpianus*, qui nous permet de constater que l'acte effectué par un esclave préposé par un gérant d'affaires sans mandat engage également le maître de l'affaire si celui-ci ratifie la « préposition », mais cela semble être un cas isolé et particulier.

⁷⁷² Voir en ce sens p. ex. : le D. 14, 1, 1, 12 *Ulpianus* au milieu, qui précise clairement que le dépassement des bornes de la « préposition » n'oblige pas le maître.

Voir aussi : COSTA, *Le azioni*, p. 64 ; DE MARTINO, *LABEO* 4 (1958), p. 275 ss ; LONGO G., *Actio exercitoria*, p. 590.

possible, présenter clairement la « préposition » et en préciser la portée au tiers ; il peut le faire par écrit⁷⁷³ ou par oral expressément en s'adressant directement aux personnes qui s'intéressent à contracter, ou publiquement en l'indiquant sur une pancarte bien visible près du commerce⁷⁷⁴. La révocation de la « préposition » doit également être claire⁷⁷⁵. En contrepartie, et spécialement pour le commerce maritime, le tiers semble avoir, bien que la question reste discutée, le devoir de se renseigner sur la « préposition » et l'obligation de faire preuve de prudence en vérifiant, notamment lors d'un prêt, que celui-ci soit utilisé conformément à son but ; en effet, s'il devait faillir à son devoir de prudence, il risquerait de perdre son droit d'actionner pour le tout⁷⁷⁶.

⁷⁷³ Cf. : le D. 3, 5, 5, 8 *Ulpianus*.

⁷⁷⁴ Cf. : le D. 4, 9, 7, pr. *Ulpianus*, où l'*exercitor* qui avertit ses passagers qu'il ne répond pas de la garde des objets, n'est pas tenu ; les D. 14, 3, 11, 2-6 *Ulpianus* ; le D. 15, 1, 47, pr. *Paulus* ; le D. 14, 5, 8 *Paulus*, qui nous invite à croire que le maître doit aussi rester informé des affaires de son esclave s'il est notoire qu'il effectue telle ou telle activité.

⁷⁷⁵ En ce sens, cf. : le D. 14, 3, 11, 2 *Ulpianus*, où l'on peut dénoncer publiquement de ne plus contracter avec le préposé, mais il faut expressément l'interdire, sous peine d'être engagé ; le D. 46, 3, 18 *Ulpianus* et le D. 47, 2, 67, 3 *Paulus*, où l'affranchissement entraîne le retrait de la « préposition », à moins que celle-ci ne soit reprise sous mandat par l'affranchi ; le D. 14, 3, 17, 1 *Paulus*, où le préposant qui interdit au préposé esclave d'autrui de contracter ne l'engage pas, mais cela n'influe pas sur l'action du pécule contre son propriétaire ; le D. 14, 3, 5, 17 *Ulpianus* et le D. 14, 3, 17, 3 *Paulus*, qui précisent que la « préposition » continue du côté du préposant s'il existe un héritier, et ce même si le contrat est conclu entre le décès du préposant et l'acceptation de la succession par l'héritier, à moins que l'esclave n'ait été affranchi par le défunt (cf. le D. 12, 1, 41 *Africanus* au milieu).

Voir en outre à ce propos : COSTA, *Le azioni*, p. 45 ss, qui précise que le retrait de la volonté du maître peut être explicite, p. ex. en interdisant à l'esclave d'exercer le commerce, ou implicite p. ex. en le retirant du lieu où il l'exerçait.

⁷⁷⁶ En ce sens, cf. : le D. 14, 1, 7, pr.-2 *Africanus*, qui souligne le devoir du tiers de se renseigner sur la « préposition » et sa portée, ainsi que de faire preuve de l'intelligence et de la prudence requise ; le D. 14, 1, 1, 9 *Ulpianus* à la fin, le D. 14, 1, 1, 12 *Ulpianus* au début et le D. 14, 1, 1, 14 *Ulpianus*, dont on peut déduire le devoir de se renseigner.

Voir en outre sur la question controversée de ce devoir : COSTA, *Le azioni*, p. 73 ss ; GIRARD, II, note 1 à la fin, p. 710, qui précise que, selon la doctrine dominante, le préposant n'est tenu que si le tiers a su qu'il traitait avec un préposé agissant pour le compte d'autrui ; PUGLIESE, *LABEO* 3 (1957), p. 311 s., qui indique que le tiers a un devoir de s'informer ; SAUTEL, p. 262 et la note 4, p. 262, qui dit que le tiers doit avoir connaissance de la *voluntas* du préposant et de l'« habilitation spéciale » du préposé ; HAMZA, *Index* 9 (1980), p. 206, qui pense que la « préposition » vise le tiers et que, p. 207, le devoir du tiers de s'informer au sujet de la « préposition » constitue en fait une reconnaissance de la volonté du maître. Voir toutefois : DE MARTINO, *LABEO* 4 (1958), p. 277, qui n'y voit qu'une faculté de s'informer ; MAYER-MALY, § 136 V 1, p. 381, qui se montre

Pour reprendre un texte cité plus haut, voici comment Gaius conçoit les limites de la « préposition » générale au commerce maritime :

*Gai. 4, 71 : [...] Tunc autem exercitoria locum habet, cum pater dominusve filium servumve magistrum navi praeposuerit et quid cum eo eius rei gratia cui praepositus fuerit / negotium / gestum erit. [...]*⁷⁷⁷

On apprend dans ce texte que le préposé « maritime » a un pouvoir limité à raison de l'affaire pour laquelle il a été préposé⁷⁷⁸.

Ulpien au D. 14, 1, 1, 7 *Ulpianus* ne conçoit une action exercitoire que pour les contrats conclus dans les bornes et le genre d'administration :

également réservé dans l'admission d'un devoir de se renseigner du tiers. Selon lui, le texte du D. 14, 1, 1, pr. *Ulpianus* semble écarter tout devoir de s'informer au sujet de la « préposition ». Ceci serait plus vrai dans le commerce maritime que dans le commerce terrestre, pour des motifs évidents de nécessité liés sans aucun doute à l'impossibilité immédiate d'obtenir des informations sur le *magister navis* avec lequel on est obligé de contracter à bord. Dans cette hypothèse, le but de l'action exercitoire est bien de protéger le tiers contractant. Néanmoins, nous constatons que plusieurs textes (cf. ci-dessus) évoquent un certain nombre de devoirs liés à la connaissance de la portée ou des limites de la « préposition » à la charge du tiers, pour qu'il puisse bénéficier de la garantie *in solidum* contre le préposant.

⁷⁷⁷ Traduction : L'action exercitoire s'applique au cas où un père ou un maître a préposé son fils ou son esclave au commerce maritime et qu'une affaire est traitée avec lui relativement à l'objet de ce commerce.

⁷⁷⁸ Il en va d'ailleurs de même pour le préposé à un commerce terrestre ; le texte de Gaius reprend dans sa deuxième partie pratiquement mot pour mot ce qui est dit à propos de l'action institoire à Gai. 4, 71, soit : [...] *quid cum eo eius rei gratia cui praepositus est contractum fuerit*. Voir en outre : le D. 14, 1, 7, pr.-2 *Africanus*, qui souligne le critère du besoin comme limite de la « préposition » (ici pour des réparations du navire) et précise que le tiers est invité à s'en informer (voir pour un développement sur le contrat de prêt : PUGLIESE, LABEO 3 (1957), p. 318 ss ; DE MARTINO, LABEO 4 (1958), p. 283 ss) ; le D. 4, 9, 7, pr. *Ulpianus*, qui indique qu'il n'y a pas de responsabilité du maître si le dommage intervient en dehors du navire ; le D. 4, 9, 7, 1 *Ulpianus*, qui souligne les limites de fait de la « préposition » ; le D. 14, 1, 1, 8 *Ulpianus*, où l'emprunt n'est valable que s'il est destiné à l'affaire pour laquelle le préposé est chargé ; le D. 14, 1, 1, 12 *Ulpianus*, qui précise que ce sont les bornes de l'administration confiée au préposé qui doivent représenter la loi de ceux qui contractent avec lui. De plus, le dépassement des limites de la « préposition » n'engage pas le maître. Le texte donne en outre un bon exemple de l'étendue de la « préposition » par rapport à la limite de poids de chargement ou au lieu d'opération géographique ; les Inst. Inst. 4, 7, 2, qui précisent que la responsabilité contractuelle du maître est engagée pour le tout si les affaires conclues par son préposé le sont dans les limites de la « préposition » ; le C. 4, 25, 2 *Alexander*, qui reprend le même contenu que le texte précédent de Justinien.

*D. 14, 1, 1, 7 Ulpianus : Non autem ex omni causa praetor dat in exercitorem actionem, sed eius rei nomine, cuius ibi praepositus fuerit, id est si in eam rem praepositus sit, ut puta si ad onus vehendum locatum sit aut aliquas res emerit utiles naviganti vel si quid reficiendae navis causa contractum vel impensum est vel si quid nautae operarum nomine petent.*⁷⁷⁹

On retrouve la même idée pour la « préposition » générale à un commerce terrestre :

*D. 14, 3, 5, 15 Ulpianus : Item si institor, cum oleum vendidisset, anulum arrae nomine acceperit neque eum reddat, dominum institoria teneri : nam eius rei, in quam praepositus est, contractum est : nisi forte mandatum ei fuit praesenti pecunia vendere. quare si forte pignus institor ob pretium acceperit, institoriae locus erit.*⁷⁸⁰

La portée de la « préposition » peut donc, à la lumière des textes précédents, être définie soit positivement sous forme d'autorisation

⁷⁷⁹ Traduction : Le Préteur n'accorde point d'action exercitoire contre le maître du navire pour quelque affaire que ce soit conclue par son préposé, mais seulement pour le type d'affaires pour lesquelles il a été préposé ; par exemple s'il a loué une place dans le navire pour transporter des fardeaux, s'il a acheté quelque chose d'utile pour son voyage, s'il a contracté ou dépensé pour se procurer ce qui lui est nécessaire à la réparation du navire ou si les matelots réclament leur salaire.

⁷⁸⁰ Traduction : De même si le préposé en vendant de l'huile reçoit un anneau à titre d'arrhes et ne le rend point, le maître sera tenu par l'action institoire : car on a contracté dans ce cas dans les bornes de sa « préposition », à moins qu'on eût chargé ce préposé de vendre argent comptant. Ainsi, si le préposé reçoit un gage au lieu du prix de la chose, il y aura lieu à l'action contre celui qui l'a préposé, comme dans le cas des arrhes.

Voir en outre : le D. 4, 9, 3, 1 *Ulpianus*, qui souligne que le fait d'outrepasser les bornes de la « préposition » implique que le maître n'est pas tenu ; le D. 4, 9, 3, 2 *Ulpianus*, qui indique qu'il n'y a pas de responsabilité en dehors des limites professionnelles (ici pour le cas d'un aubergiste et d'un tenancier d'écuries) ; le D. 14, 3, 11, 2 *Ulpianus*, qui précise que les limites de la « préposition » sont à poser clairement, soit publiquement, soit par une interdiction expresse ; le D. 14, 3, 11, 4 *Ulpianus*, où l'interdiction de contracter peut être perpétuellement exposée sur un écriteau ; le D. 14, 3, 11, 5 *Ulpianus*, qui précise que toutes les conditions contenues dans la « préposition » doivent être respectées. Ainsi, un avertissement adressé à un tiers particulier ou à un groupe de personnes de ne pas contracter leur interdit de contracter valablement civilement par l'entremise de l'esclave ; le D. 14, 3, 17, 4 *Paulus*, qui traite d'une interdiction de prêter à l'esclave préposé ; le D. 15, 1, 47, pr. *Paulus*, qui précise que si une pancarte interdit le commerce avec l'esclave, le maître ne sera pas tenu par l'action institoire, mais continuera à l'être par l'action du pécule ; les Iust. Inst. 4, 7, 2, où la responsabilité contractuelle du maître est engagée pour le tout si les affaires conclues par son préposé le sont dans les limites de la « préposition ».

d'exercer telle ou telle activité, soit négativement sous forme d'interdiction de conclure telle ou telle affaire dans le domaine concerné par la « préposition ». Dans le premier cas, le subordonné à la puissance pourra conclure toute affaire grevant passivement le patrimoine du maître, mais ne pourra aller au-delà de ce que recouvre l'autorisation, sous peine d'engager à tout le moins son pécule s'il en a un⁷⁸¹, voire son maître s'il apparaît qu'un *versum* peut être démontré⁷⁸². Dans le second cas, la compétence pour agir du subordonné pourtant préposé à un domaine d'affaires sera limitée négativement et l'esclave n'engagera pas le maître si son acte fait partie de ceux qui lui ont été expressément interdits⁷⁸³ ; cependant, si le maître ou son préposé se sont néanmoins enrichis de mauvaise foi, respectivement *in rem versum* ou *in peculium*, ou agissent dolosivement envers le tiers, le lésé bénéficiera en cas de mauvaise exécution, en sus d'une éventuelle *actio de peculio*, voire de *in rem verso*⁷⁸⁴, d'une action utile⁷⁸⁵ ou d'une réplique pour dol si le maître refuse de rendre ce qui aurait servi à l'enrichir, en concours avec une action personnelle pour enrichissement illégitime (*condictio*)⁷⁸⁶.

⁷⁸¹ En ce sens, cf. : le D. 4, 9, 3, 3 *Ulpianus* ; les D. 14, 1, 1, 20 à la fin et 22 *Ulpianus* ; le D. 14, 1, 6, pr. *Paulus* à la fin ; le C. 4, 25, 2 *Alexander*.

Voir de plus en ce sens : COSTA, *Le azioni*, p. 20 et 60 ; BUCKLAND, p. 169 ; DE MARTINO, *LABEO* 4 (1958), p. 278, qui précise que le critère de limitation à retenir dans la « préposition » d'ordre général est déterminé par l'activité « normale » résultant d'une telle *praepositio*. Nous abondons également dans ce sens en nous référant utilement au texte de Gaius 4, 71, cité dans le corps du texte, et à la note 778. Voir aussi : WUNNER, p. 126 ss.

⁷⁸² Voir p. ex. : le C. 4, 25, 1 *Antoninus*.

Cf. en outre la section « *Le versum in rem* et l'*actio de in rem verso* », p. 433 ss.

⁷⁸³ En ce sens, voir : le D. 14, 3, 17, 4 *Paulus* au début, qui indique qu'une exception peut être opposée par le maître au tiers qui ouvrirait action en connaissant l'interdiction ; le D. 14, 3, 17, 1 *Paulus* à la fin, où le préposant qui interdit à l'esclave d'autrui qu'il a préposé de contracter, n'est pas engagé. Le texte indique toutefois qu'on pourrait s'attaquer au vrai maître de l'esclave, p. ex. par l'*actio de peculio*.

⁷⁸⁴ Voir la section « Remarques finales », p. 473 ss, au sujet du concours d'actions.

⁷⁸⁵ En ce sens, voir : les D. 4, 9, 7, 3-4 *Ulpianus*, qui invitent l'*exercitor* à choisir des préposés diligents, sinon il risque d'être soumis à une action utile exercitoire, si ceux-ci causent du tort ; les D. 14, 1, 1, 9-10 *Ulpianus*, qui prévoient que l'*exercitor* sera tenu par le changement de volonté du préposé, parce qu'on lui impute de se servir d'un préposé peu fidèle.

⁷⁸⁶ Cf. : le D. 14, 3, 11, 4 *Ulpianus* à la fin ; le D. 14, 3, 17, 4-5 *Paulus* à la fin.

Ainsi, au-delà de la fourchette de compétence déterminée par la *praepositio*, et sous réserve des actes accomplis de mauvaise foi, aucun acte d'engagement effectué par un esclave ne lie civilement son maître, c'est-à-dire de manière adjectice par rapport à l'institution prétorienne de la *praepositio*⁷⁸⁷.

c. *L'action exercitoire et institoire*

i. Définition et conditions de l'action

L'action est le moyen coercitif pour obtenir l'exécution de l'engagement conclu (en cas d'*arbitratus* inséré dans la formule) ou éventuellement réparation (pécuniaire) en cas d'inexécution définitive⁷⁸⁸.

Le système prétorien des actions exercitoires et institoires est subordonné à la « préposition » qui correspond à la volonté concordante du maître octroyant à l'esclave une compétence pour agir, également en sa défaveur par des actes d'obligation, dans un certain domaine d'activité⁷⁸⁹. Ainsi, le maître pourra être actionné pour le tout mais dans les limites de la *praepositio*⁷⁹⁰ ; à défaut de « préposition » - donc sans cette

⁷⁸⁷ Cf. : le D. 14, 1, 1, 12 *Ulpianus* au milieu, qui précise clairement que le dépassement des bornes de la « préposition » n'oblige pas le maître.

Voir encore en ce sens : COSTA, *Le azioni*, p. 73 ss ; WUNNER, p. 109 et 114.

⁷⁸⁸ Voir p. ex. en ce qui concerne la « préposition » maritime : le D. 4, 9, 1, 2-3 *Ulpianus*, où le préposant est tenu par les actes de son préposé (*magistrum navis*) ; le D. 14, 1, 1, pr. *Ulpianus*, où le préposant est tenu (*teneri*) ; le D. 14, 1, 1, 3 *Ulpianus* à la fin, où le maître du commerce est obligé (*obligare*) ; le D. 14, 1, 4, 4 *Ulpianus*, qui indique que l'action du préposant et l'action exercitoire du tiers se transmettent respectivement en faveur et contre les héritiers du premier.

En ce qui concerne la « préposition » terrestre, cf. : le D. 14, 3, 1 *Ulpianus*, où le préposant obligé par les contrats de son préposé est soumis à l'action. Inversement, le préposant d'un esclave acquiert l'action directe contre le tiers, tandis que lorsqu'il utilise les services d'un homme libre, il y a controverse. Marcellus semble néanmoins vouloir lui concéder une action. Pour de plus amples développements, voir la note 819. Voir encore : le D. 14, 3, 5, 17 *Ulpianus*, où l'action institoire se transmet contre l'héritier ; le D. 14, 3, 5, 18 *Ulpianus*, le D. 14, 3, 6 *Paulus* et le D. 14, 3, 7, pr. *Ulpianus*, qui précisent que le préposé du fondé de procuration engage le représenté et qu'il en va de même pour le gérant d'affaires une fois ses actes ratifiés ; le C. 4, 25, 3 *Alexander*, qui indique bien que, si après avoir déposé une somme d'argent dans un établissement financier géré par un esclave, on ne nous rend pas l'argent, on pourra actionner le maître de celui-ci.

⁷⁸⁹ Voir la note 816.

⁷⁹⁰ *A propos du commerce maritime, voir* : Gai. 4, 71 au début, qui indique que le maître préposant est tenu pour le tout ; les D. 14, 1, 1, 20 à la fin et 22 *Ulpianus*, où le maître est obligé pour le tout

volonté concordante - l'esclave n'aura pas le pouvoir de grever passivement le patrimoine du *dominus* sur la base de cette institution⁷⁹¹.

ii. Nature et portée

Ces actions, dites adjectives, visent le préposant. Il faut donc se poser la question de savoir si elles sanctionnent un rapport de droit civil⁷⁹² entre le tiers et lui.

Dans les faits, la partie contractant personnellement ne peut être que le préposé, selon le système romain⁷⁹³ : lui seul, par sa propre conscience et volonté, permet la conclusion matérielle de l'acte contractuel. Selon la conception unitaire du patrimoine familial⁷⁹⁴, il

pour les actes du sous-préposé ; le D. 14, 1, 1, 25 *Ulpianus* et le D. 14, 1, 2 *Gaius*, le D. 14, 1, 4, 1-2 *Ulpianus* et le D. 14, 1, 6, 1 *Paulus*, qui traite du cas de plusieurs préposants tenus solidairement pour le tout ; le D. 14, 1, 3 *Paulus*, où le préposant qui paie a une action récursoire contre les co-préposants.

A propos du commerce terrestre, voir : Gai. 4, 71 à la fin, où le préposant est tenu pour le tout ; le D. 14, 3, 5, 1-3 *Ulpianus* ; le D. 14, 3, 13, 2 *Ulpianus*, qui indique que l'esclave en commun préposé à une boutique engage chacun de ses maîtres copropriétaires de manière solidaire pour le tout, mais que le maître condamné pourra se retourner contre les autres copropriétaires par une action issue du contrat de société sous-jacent ou une action en partage ; le D. 14, 3, 14 *Paulus*, qui traite de la vente d'une chose commune par l'esclave d'autrui. Chacun des maîtres peut être actionné pour le tout solidairement. Le maître actionné pourra à son tour se retourner contre l'autre par une action récursoire issue d'un contrat de société ou découlant du partage. Voir en outre : les P. Sent. 2, 8, 1 s. ; les Inst. 4, 7, 2 ; le C. 4, 25, 6 *Diocletianus et Maximianus*.

Voir en ce sens également : PUGLIESE, LABEO 3 (1957), p. 316, qui précise que la « préposition » est la limite de la responsabilité du préposant ; DE MARTINO, LABEO 4 (1958), p. 276 et 297 s. ; WUNNER, p. 105 et 114 ss ; LONGO G., *Actio exercitoria*, p. 583.

⁷⁹¹ Nous rappelons cependant que si l'esclave possède un pécule, son acte pourrait être considéré comme valable mais limité au montant de ce pécule : cf. le D. 4, 9, 3, 3 *Ulpianus* ; les D. 14, 1, 1, 20 à la fin et 22 *Ulpianus* ; le D. 14, 1, 6, pr. *Paulus* à la fin.

Voir aussi la note 816.

⁷⁹² Un rapport de droit au sens large du terme, contractuel dans notre étude, engendrant à la charge des parties des droits (ou créances) et des obligations (dettes). Voir à ce sujet les développements de la section « Généralités », p. 151 ss.

⁷⁹³ En ce sens, cf. : WUNNER, p. 133 et les explications sur la relativité des contrats et l'interdiction de la représentation directe dans la section « Les actes juridiques – le principe de la non-représentation », p. 121 ss.

⁷⁹⁴ Voir les développements à la section « La notion de patrimoine romain », p. 248 ss.

Cf. aussi : COSTA, *Le azioni*, p. 19.

découle cependant que, lorsque le préposé est un esclave, seul le maître qui consent a le pouvoir de s'engager juridiquement par son intermédiaire, à savoir du point de vue du droit civil au sens large⁷⁹⁵. Nous pouvons donc en inférer que, lorsque le *dominus* est le préposant d'un esclave et a autorisé l'acte, l'action dont on parle ne peut sanctionner directement qu'une obligation contractuelle de nature civile au sens large, née entre lui et le tiers en raison du contrat conclu par le préposé *alieni iuris*, par effet de représentation « directe »⁷⁹⁶.

Qu'en est-il du rapport entre le tiers et le préposé ? Deux situations peuvent s'envisager, celle où le préposé est un *alieni iuris* et celle où il est un homme libre.

Si le préposé est un *alieni iuris*, le défaut de patrimoine entraîne l'impossibilité de l'actionner personnellement. En effet, l'acte d'engagement effectué par l'esclave et consenti par son maître va

⁷⁹⁵ Voir la note 816.

⁷⁹⁶ En ce sens, voir : le D. 14, 1, 1, 24 *Ulpianus*, qui parle d'*honoraria obligatio* ; le D. 14, 3, 5, 12 *Ulpianus*, qui emploie le terme d'action directe du contrat d'achat/vente contre le préposant (voir aussi les *Iust. Inst.* 4, 7, 8), ce qui signifie que l'objet de l'action institoire est semblable à celui de l'action directe ordinaire et que par conséquent, l'obligation dont elle découle est donc de nature civile ; le D. 19, 1, 13, 25 *Ulpianus*, où Papinien parle de la possibilité d'actionner directement le représentant (*procurator*) par une action utile issue du contrat de vente à l'image de l'action institoire. Cette analogie permet d'en déduire que l'action *institoria* contre le préposant correspondrait dans son contenu à cette action utile contre le représentant et qu'elle viserait donc bien, de par cette analogie, une obligation de nature civile issue dudit contrat de vente. Voir encore : le D. 14, 3, 17, pr. *Paulus*, où les actions rédhitoire ou pour le double du prix, prévues en concours avec l'action institoire, soutiennent l'idée que l'obligation qu'elles visent est bien de nature civile ; les D. 14, 3, 17, 4-5 *Paulus* (à lire en rapport avec le D. 12, 1, 29 *Paulus* et les D. 12, 1, 9, pr. ss *Ulpianus*), qui précise que le tiers peut aussi intenter une action personnelle en enrichissement illégitime contre le maître, issue de la « préposition ». Comme la *condictio* dont il est question dans ces textes sanctionne en principe une obligation de nature civile, spécialement délictuelle, nous en déduisons que l'obligation ici actionnable entre le tiers et le préposant est bien civile. Dans le même sens, cf. : les *Iust. Inst.* 4, 7, 8 (voir sur ce sujet controversé les développements de COSTA, *Le azioni*, p. 77 ss ; GIRARD, II, note 2, p. 713 ; SOLAZZI, *Scritti I* (p. 269 ss), p. 269 ss).

Voir en outre à ce sujet : WUNNER, p. 106 s. et 113, qui considère que le préposant est tenu selon le droit honoraire pour l'acte contractuel du préposé ; KASER, I, § 141 I 3, p. 606, qui reconnaît notamment comme fondement de la responsabilité adjectice, le contrat ; BURDESE, *Manuale*, p. 510, qui considère que l'action adjectice sanctionne bel et bien l'obligation contractuelle née du rapport entre préposé et tiers.

produire ses effets directement dans la sphère juridique de ce dernier. Existe-t-il alors un rapport de droit entre l'esclave et le tiers ?

A l'instar de l'institution relative à l'action *quod iussu*, le système des « prépositions » exclut un rapport d'obligations naturelles entre le tiers et l'esclave lui-même⁷⁹⁷. Lorsque l'esclave paie ou transfère quelque chose au tiers en vertu du contrat conclu au nom et pour le compte de son maître, il le fait nécessairement au nom de son maître. Ainsi, seul ce dernier pourra être actionné par les actions prétoriennes *exercitoria* ou *institoria* en cas d'inexécution. S'il devait s'avérer que le contrat n'est pas valable, par exemple parce que le maître n'a pas consenti à l'acte⁷⁹⁸, celui-ci pourrait revendiquer la prestation effectuée par l'esclave en mains du tiers. A l'inverse, l'esclave qui recevrait la prestation du tiers entre ses mains ne serait pas considéré lui-même comme le créancier naturel de ce tiers, mais simplement comme l'instrument d'acquisition de son maître ; la libération du tiers intervient directement en mains du maître par effet de représentation directe. Le tiers courrait un danger s'il avait déjà effectué sa prestation en mains de l'esclave sur la base d'un contrat nul : en effet, elle serait néanmoins soumise au principe du *ius acquirendi* et ne pourrait plus être répétée ; de même, le tiers qui ne pourrait obtenir par l'*actio* la contreprestation basée sur le contrat nul, n'aurait plus qu'à espérer une exécution par le bon vouloir du maître ou tenter de démontrer un éventuel *versum*.

Du point de vue actif, et en corrélation avec son droit issu du rapport contractuel conclu par l'esclave, le maître acquiert directement la possibilité d'actionner le tiers pour l'exécution de son engagement⁷⁹⁹.

Lorsque le préposé est l'esclave d'autrui, son vrai maître de droit quiritaire semble engager parallèlement sa responsabilité, mais seulement limitée au pécule de cet esclave s'il en possède un⁸⁰⁰. Par rapport au côté

⁷⁹⁷ Voir en effet la fin de la section « Définition et effets », p. 197 ss.

⁷⁹⁸ P. ex. dans l'hypothèse où le tiers aurait contracté sans qu'il y ait de pancarte sur l'échoppe l'autorisant à contracter.

⁷⁹⁹ Cf. : le D. 14, 3, 1, pr. *Ulpianus* au milieu.

⁸⁰⁰ Cf. : le D. 14, 3, 17, 1 *Paulus*, qui précise que si un maître engage l'esclave de Titus (maître propriétaire de l'esclave) à un commerce donné et que ce maître interdit de contracter avec l'esclave, il n'en demeure pas moins que Titus peut être actionné *dumtaxat* – c'est-à-dire *de peculio*.

actif de la convention, dans cette hypothèse et contrairement à l'institution du *iussum*, le préposant bénéficiant d'une situation avantageuse sur l'esclave - à savoir celui qui n'est pas propriétaire de celui-ci -, n'aura en principe pas d'action directe contre le tiers, sous réserve de l'action qu'il pourrait faire valoir contre le vrai maître propriétaire de l'esclave en vertu du contrat, p. ex. de location, qui les lie⁸⁰¹.

Si le préposé est un homme libre *sui iuris*, capable de droit et sous contrat avec le préposant⁸⁰², l'action directe du tiers issue de l'affaire conclue ne peut avoir lieu directement que contre lui⁸⁰³ ; par induction, l'obligation entre le tiers et lui, dont dépend l'action directe, est de nature civile au sens large⁸⁰⁴. L'action adjectice joue alors le rôle d'une garantie en la personne du préposant, et le tiers se retrouve en position très confortable avec deux débiteurs solidaires pour l'entier de l'obligation contractuelle, à deux titres civils différents, soit le rapport civil de base issu du contrat entre tiers et préposé libre et le rapport civil prétorien « ajouté » (adjectice) entre tiers et préposant⁸⁰⁵. L'action adjectice n'est

⁸⁰¹ Cf. : le D. 14, 3, 1, pr. *Ulpianus*, qui admet semble-t-il, selon l'avis de Marcellus, très restrictivement la possibilité pour le bénéficiaire d'une situation avantageuse sur l'esclave, d'actionner directement le tiers, mais cet avis reste isolé.

⁸⁰² P. ex. sous contrat de mandat ou travail : cf. le D. 14, 1, 1, 1 *Ulpianus*, contrat de mandat ; le D. 14, 1, 1, 18 *Ulpianus*, contrat de travail ou de mandat ; le D. 14, 1, 5, pr. *Paulus* à la fin, contrat de travail. Voir en outre pour un exemple dans la responsabilité délictuelle : le D. 4, 9, 6, 4 *Paulus*, contrat de travail.

⁸⁰³ Ce qui reviendrait à confirmer la théorie de la non-représentation directe, à savoir qu'on ne peut agir qu'en son nom propre lorsque l'on est capable de droit ; voir à ce sujet la section « Les actes juridiques – le principe de la non-représentation », p. 121 ss.

⁸⁰⁴ Le D. 14, 1, 5, 1 *Paulus*, nous présente un cas particulier : il exprime l'idée que lorsque le maître contracte avec son sous-préposé libre, il bénéficie de deux actions contre lui, c'est-à-dire de l'action civile ordinaire directe issue du contrat et de l'action honoraire de l'Edit. Il est intéressant de constater que ce texte permet sans doute d'actionner de manière exercitoire (prétorienne), en plus de l'action directe, le sous-préposé libre lui-même - construction étonnante - afin de garantir l'exécution de la convention, et ce pour éviter probablement l'auto-actionnement du préposant qui contracterait avec son propre sous-préposé. Le texte justifie cette construction en précisant que l'Edit n'a pas pour objet de transférer l'action, mais d'en ajouter une. L'obligation inexécutée qui est la cause de ces actions est donc de nature civile au sens large.

Voir encore : COSTA, *Le azioni*, p. 87 ss.

⁸⁰⁵ Cf. : le D. 14, 1, 1, 24 *Ulpianus*, qui présente très clairement cette solidarité.

En ce sens, voir : COSTA, *Le azioni*, p. 88 et 91 ; GIRARD, II, p. 715 ; WUNNER, p. 107.

pas, dans ce cas de figure, substituée à l'action directe contre le préposé libre, mais ajoutée contre le préposant⁸⁰⁶. Le tiers pourra donc actionner le débiteur de son choix⁸⁰⁷. Si l'un des deux est actionné pour le tout, le rapport interne existant entre ceux-ci permettra dans un deuxième temps de régler l'éventuel partage de la responsabilité contractuelle⁸⁰⁸. De même, celui qui paierait une partie de la dette, libérerait l'autre d'autant⁸⁰⁹. Du point de vue actif, le droit de créance issu du contrat ne peut être exercé que par le préposé libre contre le tiers ; seul celui-là possède l'action directe contre celui-ci, le préposant ne pouvant en principe agir en exécution que contre le préposé pour obtenir la cession des droits et non directement contre le tiers en exécution⁸¹⁰ ; c'est une

⁸⁰⁶ En ce sens, voir : le D. 14, 1, 5, 1 *Paulus*, spécialement la dernière phrase.

Dans le même sens, voir aussi : WUNNER, p. 105 s. ; HAMZA, Index 9 (1980), p. 202 à la fin.

⁸⁰⁷ Cf. : le D. 14, 1, 1, 17 *Ulpianus*.

⁸⁰⁸ En ce sens, cf. : le D. 14, 1, 1, 17 *Ulpianus*, qui montre le concours de l'action directe du contrat contre le préposé libre et de l'action exercitoire contre le préposant ; le D. 14, 1, 1, 24 *Ulpianus*, qui indique que l'exercice de l'action contre le préposant ou le préposé ne permet plus de l'exercer contre l'autre ; le D. 14, 1, 5, 1 *Paulus* à la fin, dont le texte en latin affirme : [...] *hoc enim edicto non transferetur actio, sed adjicitur* (cet Edit ne transfère pas l'action directe, mais il en ajoute une nouvelle) ; le D. 4, 9, 6, 4 *Paulus*, qui traite du cas d'une obligation délictuelle. Le raisonnement est analogue à celui opéré en matière contractuelle. Il y a concours de l'action directe contre le préposé libre et de l'action exercitoire contre le préposant. Ceux-ci sont ainsi solidairement responsables pour le tout. L'ouverture d'une action contre l'un des deux entraîne la perte de l'action contre l'autre. Le préposé libre reçoit toutefois une action récursoire contre le préposant, mais peut également l'actionner selon le contrat qui le lie à lui (cf. la note 802).

Voir aussi : COSTA, Le azioni, p. 26 et 91 ; WUNNER, p. 106.

⁸⁰⁹ Cf. : le D. 14, 1, 1, 24 *Ulpianus*.

⁸¹⁰ Cf. : le D. 14, 1, 1, 18 *Ulpianus*, le D. 14, 3, 1, pr. *Ulpianus* et le D. 14, 3, 2 *Gaius*, qui indiquent que le préposant n'aura en principe pas d'action directe contre le tiers qui aurait contracté avec le préposé libre, mais seulement la possibilité d'actionner le préposé en vertu du contrat de mandat ou de travail qui les lie, ou encore de la gestion d'affaire (*negotiorum gestio*). Toutefois, s'il n'y a pas d'autre moyen d'obtenir satisfaction, il est admis restrictivement qu'une action directe soit accordée au préposant contre le tiers. En effet, admettre cette solution sans retenue consisterait à concevoir la possibilité d'être représenté directement par une personne libre, alors que l'ordre juridique romain ne le prévoit pas (cf. : la note 811 et la section « Les actes juridiques – le principe de la non-représentation », p. 121 ss).

En ce sens, voir aussi : COSTA, Le azioni, p. 113.

démonstration manifeste de la conception romaine de la représentation indirecte⁸¹¹.

iii. Procédure

Comment ces actions s'exercent-elles dans la procédure formulaire ? Lorsqu'il prépare le procès, le préteur introduit dans l'*intentio* - définissant l'objet du procès - le nom de l'esclave préposé, tout en réservant la place du maître préposant dans la *condemnatio* – consacrant la condamnation à prononcer par le juge. Ainsi s'opère une fiction de liberté lors de la transposition des sujets et l'esclave est considéré comme un homme libre, sans quoi il ne pourrait pas figurer dans l'*intentio*⁸¹². Cette fiction dans la procédure, nous invite donc à constater inéluctablement le rapprochement de l'esclave et des hommes libres, illustrant une nouvelle atténuation nécessaire d'un système de droit artificiellement trop rigide envers les *alieni iuris*⁸¹³. Sans ses correctifs, le système de droit romain serait bloqué chaque fois qu'un esclave interviendrait comme intermédiaire dans une transaction.

d. Conclusion

⁸¹¹ Voir p. ex. le D. 14, 1, 1, 18 *Ulpianus*, les D. 14, 3, 1, pr. *Ulpianus* et le D. 14, 3, 2 *Gainus*, qui proposent cependant de modérer le principe de la représentation indirecte en permettant au préposant d'actionner directement le tiers dans une mesure cependant limitée, voire exceptionnelle.

Voir à ce propos : COSTA, *Le azioni*, p. 96.

⁸¹² En ce sens, voir : SCHMIDLIN/CANNATA, II, p. 289 s.

⁸¹³ Voir sur la question : Gai. 4, 35, qui présente la formule dite rutilienne de transposition des sujets. Plusieurs textes prévoient de plus une fiction de liberté : cf. p. ex. le D. 14, 3, 12 *Iulianus*, qui traite de l'achat d'un maître auprès de son propre esclave préposé par un tiers. Le maître acheteur aura une action utile contre le tiers préposant et le tiers aura une action sur le pécule de l'esclave car le paiement du prix a tourné au profit du maître ; ainsi le maître est devenu le débiteur de son esclave (cf. la fin du texte) car on ne peut pas dire que le maître s'oblige envers lui-même (cf. le D. 14, 3, 11, 8 *Ulpianus*, où la vente d'un objet par l'esclave à son maître est considérée comme valable) ; on en déduit que l'on doit considérer dans l'*intentio* la personne de l'esclave et dans la *condemnatio* la personne du maître pour éviter une situation paradoxale d'achat envers soi-même impossible ; le D. 19, 1, 24, 2 *Iulianus* ; le D. 45, 2, 12, 1 *Venuleius*.

Pour de plus amples développements, cf. : LENEL, p. 258 et 261 s. et 264 s. ; GIRARD, II, notes 2 et 3, p. 708 ; PUGLIESE, note 63, p. 341 ; DE MARTINO, *LABEO* 4 (1958), p. 288 au milieu ; WUNNER, p. 111 s. ; KASER, I, § 141 I 3, p. 606 ; LONGO G., *Actio exercitoria*, p. 597 ; BURDESE, *Manuale*, p. 510 ; CORREA, p. 33.

Les actions étudiées ici consistent à donner contre le maître au tiers contractant avec l'esclave dans le cadre d'un type de commerce donné, un moyen coercitif d'exécution (en cas d'*arbitratus* inséré dans la formule) ou de réparation en cas d'inexécution⁸¹⁴. L'utilité d'un tel système n'est pas à démontrer pour le développement du commerce romain de cette époque.

Cette capacité de l'esclave à agir seul au nom du préposant, voire improprement en son nom mais pour le compte du préposant, et à produire des effets de droit civil (au sens large) dans la sphère juridique de celui-ci, confirme son accession à une certaine autonomie⁸¹⁵. Ainsi pour pallier le manque d'une reconnaissance intrinsèque de personnalité juridique, clé de toute capacité juridique à Rome, le droit classique cherche surtout par l'action du préteur, au moyen de « correctifs » (ici les actions institoire et exercitoire), à accorder à l'esclave une certaine indépendance existant non seulement dans les faits, mais également dans le droit, puisque ses actes et sa propre volonté sont à même de produire des effets juridiques - notamment contraignants – sur la tête du maître préposant sans que celui-ci en soit informé⁸¹⁶. Cependant, dans l'hypothèse de ces deux actions adjectives, cette autonomie reste relative, puisque les actes demeurent soumis au consentement du préposant et n'engagent que lui, sauf dans le cas où le préposé est libre.

⁸¹⁴ En ce sens, cf. : COSTA, *Le azioni*, p. 23 ; KASER, I, § 141 II 5, p. 608 ; MAYER-MALY, § 136 V 1, p. 380.

⁸¹⁵ A noter que, selon le système des « prépositions », l'esclave n'agit en principe qu'au nom et pour le compte du préposant, ce qui limite encore très clairement sa propre autonomie. Voir toutefois la note 739 à la fin où la possibilité semble exceptionnellement reconnue à l'esclave d'agir en son propre nom. A noter que dans l'hypothèse où le préposé est libre, celui-ci peut s'engager en son propre nom.

⁸¹⁶ Voir à ce sujet : COSTA, *Le azioni*, p. 19, 83 et 113, qui conçoit cependant que la volonté de l'esclave est incluse - *compenetrata* - dans celle de son maître. Nous pensons qu'il n'en est pas ainsi : cf. la section « L'élément subjectif (conscience et volonté) dans les contrats », p. 156 ss. Voir en outre les remarques de HAMZA, *Index 9* (1980), p. 207 s., qui considère que la volonté du préposant insérée dans la « préposition » reste générale, non pas contractuelle, et que la volonté concrète pour chacun des actes émane du préposé. Voir en outre la note 818 ci-dessous concernant HAMZA.

L'effet général produit par la « préposition » de celui qui est « en puissance » consiste en une représentation « directe »⁸¹⁷, non connue de manière générale à l'époque classique, quoique l'acte matériel lui-même puisse être effectué par l'esclave. Ce système apparaît cependant comme nécessaire et en connexité avec l'incapacité générale de droit de l'esclave issue notamment du rapport de puissance et de son incapacité d'être titulaire juridique d'un patrimoine, du moins à l'origine⁸¹⁸.

Toutefois l'on doit constater, dans l'institution de la « préposition », que le rapport de puissance n'est pas ou plus en soi déterminant pour qu'un tel effet se produise, puisque l'esclave d'autrui ou un homme libre peuvent être considérés comme des sortes de représentants indirects partiels de leur préposant, voire, dans des cas exceptionnels, comme des représentants directs⁸¹⁹. Le motif de cette

⁸¹⁷ En ce sens, cf. : COSTA, *Le azioni*, p. 17, 96 et 111 s. ; PUGLIESE, *LABEO* 3 (1957), p. 310, qui reconnaît l'effet de la représentation directe, mais rappelle que, dans l'hypothèse de la « préposition » d'une personne libre, celle-ci reste également obligée à côté du préposant ; SOLAZZI, *Scritti* IV, p. 262, pour qui l'*actio exercitoria* serait le plus ancien des remèdes à l'inadmissibilité de la représentation directe ; LONGO G., *Actio exercitoria*, p. 605 ; HAMZA, *Index* 9 (1980), p. 205 ; CORREA, p. 33, qui précise que les actions adjectices avaient pour fonction de « suppléer l'inexistence de la représentation directe que le droit romain méconnaissait ».

⁸¹⁸ En ce sens, cf. : COSTA, *Le azioni*, p. 40 ; DE MARTINO, *LABEO* 4 (1958), p. 276 ; WUNNER, p. 108 ss ; HAMZA, *Index* 9 (1980), p. 208, qui semble ne pas concevoir de véritable volonté du préposant dans la *praepositio* du fait précisément qu'elle ne correspond pas à la volonté exprimée dans l'acte concret par le préposé. Il en découle donc que l'on ne pourrait pas considérer le système adjectice présenté ici comme une pure représentation directe, mais bien plutôt comme un phénomène émanant de la situation sociale hiérarchiquement supérieure du préposant sur son préposé.

⁸¹⁹ Pour reprendre un texte déjà cité, le D. 14, 3, 1, pr. *Ulpianus*, est un exemple frappant de la naissance du concept de la représentation directe (voir en outre : COSTA, *Le azioni*, p. 108). Le texte parle d'abord de l'action du tiers contre le préposant. Ensuite il met l'accent sur l'action que le préposant pourrait faire valoir contre ce même tiers en précisant que si le préposé est esclave, l'action est acquise au maître directement, mais que si le préposé est l'esclave d'autrui ou un homme libre, en principe, le préposant ne devrait pas avoir d'action directe contre le tiers, mais seulement contre le préposé en vertu du contrat interne (p. ex. mandat) ou de la gestion d'affaire pour autrui. Ainsi, seul le préposé libre ou le maître de l'esclave d'autrui auraient l'action directe contre ce tiers. Il s'agit là des préceptes romains de la non-représentation. Cependant, Marcellus conçoit la possibilité pour le préposant d'un homme libre ou esclave d'autrui d'actionner directement le tiers. Ainsi, ce texte démontre le passage qui s'opère peu à peu entre la « représentation servile » et la naissance de la conception d'une théorie de la représentation directe, puisque Marcellus l'applique aussi dans un cas où la puissance ne joue aucun rôle. Voir en outre : le D. 14, 1, 1, 18 *Ulpianus*, pour un exemple avec une « préposition » à un commerce maritime.

représentation trouve ici d'autres fondements, il provient soit d'un rapport de quasi-puissance⁸²⁰, soit d'un contrat⁸²¹. Les situations juridiques comparables dans lesquelles se trouvent l'esclave et l'homme libre sont difficilement explicables, car elles conduisent une fois de plus à faire le rapprochement de l'esclave d'un « sujet de droit » libre, ce qui est en soi un paradoxe⁸²².

De plus, lorsque le préposant emploie les services de l'esclave d'autrui, d'une part le système de la *potestas* et d'autre part le principe du patrimoine unitaire familial tendent à s'effacer au profit de la reconnaissance de l'autonomie personnelle du *servus*⁸²³. En effet, l'esclave d'autrui peut produire par ses actes des effets de droit au nom et pour le compte de la personne bénéficiaire d'une situation avantageuse sur lui et inversement ne pas engager le patrimoine de son véritable maître de droit quiritaire. Les rapports contractuels se définissent alors ainsi : le maître propriétaire de l'esclave est en rapport contractuel avec le préposant bénéficiaire des services du *servus* ; le tiers entre en relation contractuelle directe avec le préposant, mais conserve une action contre

Voir en outre à ce sujet : COSTA, *Le azioni*, p. 42 et 114 ; KASER, I, § 141 I 2, p. 605 ; BURDESE, *Manuale*, p. 510.

⁸²⁰ Voir p. ex. : le D. 7, 1, 23, 1 *Ulpianus*, qui indique qu'un usufruitier de l'esclave a le droit de le châtier. Cette règle rappelle le droit de vie et de mort du *dominus*.

Nous renvoyons de plus le lecteur à ce qui a été dit à propos du possesseur de bonne foi ou de l'usufruitier à la section « L'esclave en copropriété et les personnes ayant une situation avantageuse sur celui-ci », p. 139 ss.

⁸²¹ Voir en ce sens : COSTA, *Le azioni*, p. 43 s., qui démontre l'évolution vers une « préposition » contractuelle, p. ex. sur la base d'un mandat ; GIRARD, II, p. 714 ; WUNNER, p. 107.

⁸²² Voir en ce sens : les P. Sent. 2, 8, 2, qui montrent très clairement ce rapprochement puisqu'elles affirment : « [...] *nec interest, servus an liber sit* ».

En ce sens, cf. : KASER, I, § 141 I 1, p. 605.

⁸²³ L'on peut même se demander si, lorsque le maître prépose son esclave et lui adresse ainsi un consentement général pour contracter (cf. la *praepositio*), il n'y a pas déjà une entrave à la toute puissance du maître sur son esclave. L'on peut retenir que, lorsque le maître émet une interdiction de contracter, il met d'autant plus en péril l'institution de sa toute puissance au profit d'une reconnaissance de l'autonomie du *servus*. En effet, l'on ne voit pas pourquoi le *dominus* adresserait une « préposition » à l'esclave ou devrait dans certains cas lui interdire expressément d'agir si le droit classique lui reconnaît la toute puissance sur l'esclave, pouvant, nous le rappelons, invalider tous ses actes d'engagement de ce seul fait.

Voir pour un développement sur cette autonomie : WUNNER, p. 111 s.

le maître propriétaire de droit quiritaire dans une mesure limitée au pécule de l'esclave s'il en existe un.

Certains textes reconnaissent aussi à l'esclave la capacité d'engager improprement en son propre nom le préposant, ce qui s'éloigne alors de l'idée de son emploi comme simple *instrumentum*, voire de représentant « direct », du moins dans la conception que l'on a exposée⁸²⁴ et semblent par conséquent lui conférer une identité personnelle propre juridiquement efficace.

⁸²⁴ Nous renvoyons le lecteur à la section « Les actes contractuels bilatéraux accomplis par l'esclave – le système de la « représentation » », p. 189 ss ; pour concevoir une pure représentation directe, le représentant doit agir au nom et pour le compte du représenté et les effets de droit doivent se produire directement dans la sphère juridique du représenté.

Section 3 L'institution du pécule et la *merx peculiaris*

A. Introduction

Nous allons analyser, dans les pages suivantes, comment l'autonomie de l'esclave se profile lorsqu'il agit au regard de son pécule⁸²⁵.

La possibilité de concéder un pécule existe certainement depuis une époque très éloignée. Cette institution particulière du droit romain serait antérieure à l'« *Edictum triplex* »⁸²⁶ datant du I^{er} siècle avant J. C. ; il n'est d'ailleurs pas impossible que les prémices de l'institution remontent au temps des XII Tables, époque à laquelle certains esclaves possédaient de fait quelques biens à titre de pécule, mais sans pouvoir de gestion commerciale⁸²⁷.

⁸²⁵ Le terme d'« autonomie » est repris de plusieurs auteurs dont : MANDRY, II, p. 1, qui indique que le pécule confère une autonomie de fait ; KASER, I, § 14 IV 4, p. 64 et § 29 IV 2, p. 114 ; BUTI, p. 147, qui précise qu'il y a autonomie chaque fois que l'esclave agit en son propre nom. De même, à la p. 148, il indique que chaque fois que les textes parlent de l'action *de peculio*, l'esclave semble bien avoir agi de manière autonome. Voir aussi : LONGO G., Il concetto, p. 375 s. ; MARTINI, LABEO 26 (1980), p. 105.

⁸²⁶ Cette terminologie est inspirée du texte d'Ulpien D. 15, 1, 1, 1 *Ulpianus*, qui indique que cet Edit a trois objets.

⁸²⁷ Au fragment 7, 12 de la loi des XII Tables, ainsi que dans le texte d'Ulpien au *Fragm. Ulp.* 2, 4, il apparaît qu'un esclave pouvait racheter sa liberté. Alors que les esclaves étaient en ces temps absolument incapables de droit, il faut se demander si cette possibilité n'était pas déjà fondée sur une sorte de pécule. Les prémices de l'institution remonteraient alors au milieu du V^e s. av. J. C. Plus récemment, Plaute évoque la notion de pécule entre le III^e et le II^e s. av. J. C., dans plusieurs de ses pièces de théâtre : *Asinaria* 3, 1 ; *Bacchis* 3, 3 ; *Captivi* 5, 4 ; *Mostellaria* 1, 3 ; *idem* 4, 1 ; *Persa* 2, 2. Il ne s'agirait à cette époque que d'une notion de fait, p. ex. de biens cédés aux *subjecti* ou d'une somme d'argent octroyée à titre d'épargne, mais n'étant pas à même de créer des rapports de droit commerciaux (cf. : BUCKLAND, p. 187, qui parle de sommes laissées à l'esclave à titre d'économies ; MICOLIER, p. 66, qui évoque la possibilité pour l'esclave de recevoir non seulement des bêtes, mais encore une somme à titre d'épargne ; WATSON, p. 178, qui conçoit la possibilité de laisser une somme à l'esclave avec laquelle il pourra souvent racheter sa liberté ; KASER, I, § 14 IV 4, p. 64, qui parle d'un troupeau de bétail ou de biens matériels quelconques). Térénce (190-159 av. J. C.) fait également état de ces biens in *Phormio* I, 1, 6, et plus récemment Varron (116-27 av. J. C.) in *Res rusticae* 2, 10 ou encore Cicéron (106-43 av. J. C.) in *In Verrem*, II, 1, 36 et II, 3, 38.

Au début de l'époque classique, un assouplissement du système romain allait s'imposer non seulement pour des nécessités sociales, mais encore et surtout pour des raisons économiques⁸²⁸.

En effet, à la fin de la République, le commerce était florissant et se décentrait d'une activité purement agricole⁸²⁹. Du coup, les règles de l'ancien droit civil apparaissaient comme archaïques pour la bonne marche des affaires des maîtres propriétaires⁸³⁰. La réduction des esclaves à de simples objets de droit et leur incapacité générale - notamment de posséder un patrimoine -⁸³¹, auraient fait de ceux-ci des entités inutiles et

Au sujet des origines du pécule, voir : MANDRY, p. 22 ss, qui repère les prémices de l'institution au temps des XII Tables, mais qui relève son évolution jusqu'à la fin de l'époque classique ; COSTA, *Il diritto*, p. 104-108, qui souligne les particularités de l'institution du temps de Plaute déjà ; BUCKLAND, p. 187 s. ; MICOLIER, p. 65, qui constate que le pécule n'est pas « né de l'intervention du prêteur » mais qu'il est beaucoup plus ancien ; GAY, p. 160, qui semble faire remonter l'institution au temps des guerres de Syrie et de Macédoine (III^e-II^e s. av. J. C.) ; WATSON, p. 178, qui nous dit que l'institution remonte en tout cas au temps de Plaute et n'exclut pas qu'elle pourrait être plus ancienne ; BRÓSZ, p. 308, qui croit que l'institution ne remonte qu'au II^e-I^{er} s. av. J. C. ; KASER, I, § 29 IV 2, p. 114, qui établit les origines du pécule au temps des XII Tables (voir toutefois : DE MARTINO, *LABEO* 20 (1974), p. 172 s., qui ne pense pas que l'esclave ait pu disposer d'une somme d'argent à l'époque des XII Tables) ; BRINKHOF, p. 236, qui fait remonter l'institution au temps de Plaute (environ 254-184 av. J. C.) et Varron (environ 116-27 av. J. C.) ; KIRSCHENBAUM, p. 32 s., qui pense que le « *peculium* arrangement » remonte au temps de Plaute et reconnaît qu'il tire son origine de la coutume.

⁸²⁸ En ce sens, voir : MICOLIER, p. 49 et 481, qui relève que l'incapacité patrimoniale est une entrave à la vie commerciale en fait et en droit à la fin de la République ; ARANGIO-RUIZ, p. 476, qui voit l'incapacité de droit des esclaves contrée dès les temps de la République déjà, grâce à la concession d'un pécule ; LONGO G., *Il concetto*, p. 375 s., pour qui toutefois les transformations en faveur de l'autonomie de l'esclave pour des motifs socio-économiques auraient déjà débuté sous la République ; MONIER, I, p. 251, qui considère que le prêteur aurait adapté le droit de la famille dans les derniers siècles de la République ; BURDESE, *Studi Sanfilippo* I, p. 84 ; MARTINI, *LABEO* 26 (1980), p. 106.

⁸²⁹ En ce sens, cf. : BUCKLAND, p. 187, qui nous apprend qu'au début de l'Empire, la valeur des péculs augmente et qu'ils vont être employés à des fins de plus en plus commerciales ; MICOLIER, p. 49 ss, qui relève que le système primitif romain n'était pas très favorable au commerce, mais que, suite aux importantes transformations sous la République relatives à l'augmentation des fortunes des propriétaires et du nombre d'esclaves, le début de l'Empire est marqué par une forte demande commerciale ; BUTI, p. 16, qui constate à l'époque la croissance du nombre d'esclaves couplée à l'extension commerciale et à la diminution de l'exploitation agricole ; KIRSCHENBAUM, p. 31, qui souligne qu'à l'époque classique, le commerce entre les mains des esclaves était en pleine extension.

⁸³⁰ Cf. : MICOLIER, p. 54.

⁸³¹ Voir, concernant cette incapacité générale : MICOLIER, p. 12 ss ; LONGO G., *S. D. H. I.* 1 (1935), p. 393 ; KASER, I, § 29 IV 1, p. 114.

à charge pour leurs maîtres, s'ils n'étaient pas mis à mort. L'idée qui suivit de très près l'origine de l'esclavage ne pouvait donc être que la valorisation de cette institution⁸³². En se réservant les professions les plus dignes, les Romains libres allaient vouer les esclaves à des tâches considérées comme dégradantes, principalement commerciales⁸³³.

Le préteur, attentif à la situation juridique insatisfaisante⁸³⁴, se proposa, notamment par des moyens de procédure, de contrer le phénomène de blocage établi par le *ius civile* au sens étroit⁸³⁵; et c'est ainsi que sont nées les actions dites adjectives⁸³⁶.

⁸³² Cf. : D. 1, 5, 4, 2 *Florentinus*.

Historiquement, dans les premiers temps de la République, l'économie était essentiellement axée sur le travail de la terre. Les propriétaires possédaient des domaines limités et l'esclavage était alors très peu répandu, puisque le travail était l'apanage des personnes libres. Ce n'est qu'au moment de l'extension de Rome qu'on a pu observer une augmentation très importante du nombre d'esclaves. En effet, le droit de la guerre en a été la principale source, permettant de soumettre de nombreux individus à l'esclavage (cf. : GIRARD, I, p. 102 s.; WATSON, p. 159; DE MARTINO, LABEO 20 (1974), p. 192; AMIRANTE, LABEO 27 (1981), p. 29). Or, les ambitions d'extension de Rome (du IIe s. av. J. C. au IIe s. ap. J. C.) allaient modifier aussi les comportements sociaux des Romains jadis petits propriétaires. Ceux-ci poussés par le goût du luxe allaient peu à peu réserver le travail pénible de la terre aux esclaves qui devenaient ainsi le principal facteur économique agricole.

La toute puissance (*potestas*) et la capacité patrimoniale, reconnues aux personnes *sui iuris* par l'ancien droit civil, consacraient ainsi une suprématie des maîtres sur leurs esclaves et légitimaient en quelque sorte leur pouvoir absolu. Mais les esclaves allaient très rapidement être employés à toutes sortes de tâches aussi bien publiques, dans l'administration centrale romaine ou des villes, que privées, dans des domaines très variés et notamment commerciaux. Cette conception du travail consistant à occuper les esclaves à la place des hommes libres allait déstabiliser la société, puisque, dans ce mélange de classes, il devenait de plus en plus difficile de distinguer un esclave d'un homme libre. Ce phénomène explique sans doute en partie la décadence de l'esclavage vers la fin de l'Empire. L'influence des doctrines naturalistes sur les juristes et le préteur vont apporter de plus une atténuation à la rigidité de l'ancien système romain en reconnaissant à l'esclave certaines capacités ayant un impact sur le plan juridique.

Pour de plus amples développements, voir : SOLAZZI, *Scritti I* (p. 141 ss), p. 141 ss; PEROZZI, *Scritti, III*, p. 511 ss; DE MARTINO, LABEO 20 (1974), p. 163 ss; WALLON, p. 355 ss.

⁸³³ Voir à ce sujet : *Cicero, De Officiis*, I, 42, texte tout à fait éloquent dans la description des tâches commerciales ingrates réservées aux esclaves.

⁸³⁴ Cf. la section « Les règles restrictives révélant l'incapacité juridique de l'esclave », p. 127 ss.

⁸³⁵ En ce sens, cf. : MICOLIER, p. 55; PICHONNAZ, p. 21 s.

⁸³⁶ Cf. les sections « le *insum* – l'*actio quod insum* », p. 197 ss et « La « préposition » et le système des actions *exercitoria* et *institoria* », p. 215 ss.

L'action de *peculio* vient compléter le tableau des « correctifs » aux règles anciennes du *ius civile*⁸³⁷. Le système économique romain s'en est trouvé renforcé, puisque le prêteur a accordé au tiers contractant avec un esclave la garantie de pouvoir actionner son maître. Ce dernier en a aussi été avantagé, puisque les services de gestion de son esclave lui ont permis d'accroître sa fortune ; le maître bénéficiait ainsi de tout le gain réalisé par son esclave⁸³⁸.

Ainsi, si d'un côté on observe que l'ordre juridique romain contient de plus en plus de paradoxes affaiblissant partiellement sa rigueur, d'un autre, il s'en trouve renforcé par le fait de l'originalité et de la finesse des solutions trouvées pour en garantir l'utilité.

Il faut relever que toutes les institutions évoquées dans cette étude et leurs actions respectives coexistent à l'époque classique, voire se complètent⁸³⁹. Elles sont à la fois indépendantes l'une de l'autre dans leur

Les actions de *in rem verso* et *tributoria* seront étudiées plus loin. A noter que l'*actio de in rem verso* est également une action pouvant être intentée indépendamment du pécule : voir les explications dans la section « Le *versum in rem* et l'*actio de in rem verso* », p. 433 ss.

En ce sens : MANDRY, II, p. 208 et 217 ss ; KASER, I, § 141 I 1, p. 605.

⁸³⁷ Le prêteur vient greffer l'action de *peculio* sur l'entité de fait préexistante du pécule comme « amat de biens » au I^{er} s. av. J. C. (cf. l'« *Edictum triplex* »), et ainsi lui accorde un sens juridique, non seulement une existence de fait. Les rapports de droit créés au regard du pécule seront ainsi actionnables.

Au sujet de la date d'introduction de l'action au I^{er} s. av. J. C., voir : MICOLIER, p. 11 ; BRINKHOF, p. 236, 240. Notons qu'APATHY, Z. S. S. 96 (1979), p. 399 et 406 s., reconnaît que l'institution ne relevait pas seulement du fait, mais aussi du droit.

⁸³⁸ Voir en ce sens : MICOLIER, p. 63 ; BROSZ, p. 332 ; KIRSCHENBAUM, p. 32 ; GIRARD, I, p. 108, qui voit dans les actions adjectives une invention dans l'intérêt du maître auquel elles permettent de « tirer un meilleur profit de l'activité de l'esclave », mais aussi dans l'intérêt des esclaves auxquels elles accordent « un singulier surcroît d'indépendance ».

⁸³⁹ De manière générale, plusieurs textes nous indiquent que les institutions étudiées coexistaient à l'époque classique : cf. le D. 14, 3, 17, 4 *Paulus (Proculus)*, qui rapporte que, du temps de *Proculus*, les institutions fonctionnant sur la base de la « préposition » existent parallèlement à celle du pécule. Dans le même sens, cf. : le D. 46, 3, 94, 3 *Papinianus* à la fin ; ainsi que le D. 44, 3, 15, 3 *Venuleius*, le D. 6, 1, 41, 1 *Ulpianus* et le D. 41, 2, 14, pr. *Paulus*, en rapport avec la notion de possession. Par rapport aux actions, voir : Gai. 4, 74/74a, qui montrent que les actions *quod iussu*, exercitoires et institoires (ou encore tributoires) coexistent avec les actions de *peculio* ou de *in rem verso*, mais indiquent que les actions spéciales *in solidum* (à savoir le premier groupe d'actions cité) sont parfois préférées, car le créancier n'a pas besoin de prouver que l'esclave possède un pécule pour obtenir pleine satisfaction. Dans ce texte, il paraît évident que Gaius se réfère au principe général de « qui peut le plus, peut le moins » (voir aussi : le D. 50, 17, 110, pr. *Paulus*), mais il

fondement, et interdépendantes, supplétives, voire favorisées dans leurs rapports⁸⁴⁰.

s'empresse de relever que l'on tentera de préférence l'action la plus favorable, qui est celle *in solidum*, considérant l'action *de peculio* dans les faits comme subsidiaire (voir en outre la note suivante 840). Voir également en ce sens : le D. 14, 5, 1 *Gaius*, qui précise que le demandeur préférera demander d'abord l'action la plus avantageuse, soit celle qui vise une responsabilité du maître *in solidum*, si elle peut être intentée, avant de faire usage de l'action entraînant une responsabilité limitée (typiquement l'action *de peculio*) ; le D. 15, 1, 27, pr. *Gaius (Iulianus)*, qui montre que l'action *de peculio* existe à la même époque que l'action tributoire (*tributoria*), *quod iussu* et à raison de l'enrichissement du maître (*de in rem verso*) ; le D. 15, 1, 1, pr. *Ulpianus*, où le Préteur expose en premier lieu les actes donnant lieu à l'action *in solidum* et ensuite ceux qui ne permettent qu'une action limitée au pécule, ce qui tend à souligner la prorité des actions dites « pour le tout » ; le D. 14, 5, 4, 5 *Ulpianus (Proculus, Celsus)*, où Proculus précise que celui qui intenterait l'action *de peculio* au lieu de l'action *quod iussu* également possible, ne pourrait plus actionner avec cette dernière. Mais Celse, repris par Ulpien, ajoute que celui qui croyait ne pas avoir d'autre action que celle intentée à raison du pécule conserverait la possibilité d'actionner *quod iussu*. Ce texte semble très clairement faire de l'action *de peculio* une action subsidiaire aux actions *in solidum*. Celse admet très probablement le principe d'une *restitutio in integrum* pour permettre au créancier ignorant quelle aurait été la meilleure action, de faire valoir son droit par une autre voie qui lui serait plus favorable.

De manière générale, il résulte de ces textes que la prééminence doit être accordée aux actions plus favorables qui, selon le prêteur, ne sont autres que les actions in solidum.

Le D. 15, 1, 44 *Ulpianus*, conçoit le concours de l'action directe du contrat pour le tout contre le fils et de l'action *de peculio* contre le père. Ce concours parfait d'actions nous permet de soulever qu'à la différence des esclaves, les fils de famille sont, du moins à une certaine époque, considérés comme capables en droit. Dans cette hypothèse, le tiers a deux garanties : la personne du fils et le patrimoine du maître à concurrence du montant du pécule.

⁸⁴⁰ Cf. : le D. 15, 3, 16 *Alfenus*, qui nous donne un excellent exemple à la fois de l'indépendance et de l'interdépendance des institutions du *iussum*, du pécule et de l'*in rem versum* prévues dans l'« *Edictum triplex* ». Dans ce texte, il est question d'une location d'un fonds de terre par un maître à son esclave (il est déjà intéressant à ce stade de relever la relation contractuelle qui s'établit entre eux). Celui-ci reçoit également de son maître bailleur des bœufs impropres au travail de la terre. Le maître autorise alors son esclave à les vendre et à en racheter, sur la base de son *iussum*. L'esclave exécute la première volonté de son maître, mais au moment du rachat, il ne paie pas le vendeur après avoir reçu les nouveaux bovins. Le tiers (vendeur) actionne le maître. Les bœufs sont apparemment aussi donnés à loyer ; ils appartiennent donc au maître et n'entrent pas dans le pécule. De la sorte, l'argent perçu de la première vente sur *iussum* du maître entre directement dans le patrimoine du maître. Les nouveaux bœufs achetés sans en payer le prix entrent dans le patrimoine du maître, puisqu'ils sont censés remplacer les défectueux et parce que l'acte de l'esclave est opéré au nom et pour le compte du maître (cf. le *iussum*). Le tiers qui actionne aurait donc le choix entre plusieurs actions : l'action *quod iussu in solidum*, dont le texte ne parle pas, mais qui aurait pu être intentée, puisque l'acte de l'esclave a été accompli sur autorisation préalable du maître (voir à ce sujet : WATSON, *Obligations*, p. 187 s. ; MAC CORMACK, *Studi Biscardi*, p. 327, qui pense que l'*actio quod iussu* n'avait pas encore été introduite par le prêteur à ce moment-là) ; l'action *de peculio*, dont le tiers semble se prévaloir, mais qui n'est pas la meilleure des solutions selon Alfenus, puisque d'une part, il sera difficile de prouver que l'esclave qui a agi possédait un

Outre le fait qu'un esclave peut être engagé par la conclusion d'actes juridiques sur *iussum* ou sur « préposition » de son maître, il

pécule au moment de l'acte, et d'autre part parce que la responsabilité du maître sera limitée au montant du pécule qui peut être inférieur à la valeur des nouveaux bovins ; enfin, et c'est l'action prônée par Alfenus, l'*actio de in rem verso*, car les bœufs sont entrés dans le patrimoine du maître et, comme le prix à payer est inférieur à leur valeur effective au jour de la condamnation, le tiers pourra demander la totalité du prix payé (soit la valeur de rachat effective des boeufs au moment de la condamnation, puisque la responsabilité a lieu *in solidum*). Voir aussi : le D. 15, 1, 47, 1 *Paulus* (*Sabinus*), qui nous apprend qu'un esclave peut se porter personnellement fidéjusseur (garant) pour une obligation issue d'un *versum* ou pour un acte visant son pécule. Dans les deux cas, une action contre son maître ne serait alors admise que sur le pécule. Nous pouvons donc déduire de ce fragment qu'il existe de toute façon une action *de peculio* lorsque l'esclave en possède un, quand bien même le créancier parviendrait à prouver que l'acte de l'esclave aurait enrichi le maître. Le choix de l'action serait alors laissé au créancier. Mais le texte semble pourtant sous-entendre aussi que, même s'il n'y a eu que *versum*, la seule action disponible ne serait que l'action *de peculio*. Cette hypothèse peut s'expliquer par le fait qu'au moment de l'acte de fidéjussion par l'esclave, celui-ci doit de toute manière posséder un pécule, sans quoi il n'aurait aucune capacité pour s'engager lui-même (en son nom « et pour son compte ») de la sorte vis-à-vis d'un tiers. C'est pour cette raison que Sabin insiste sur l'action *de peculio*, car même si le maître « est enrichi », il trouve probablement injuste que celui-ci, ignorant que son esclave s'est porté personnellement garant de cette obligation, doive répondre au-delà du montant du pécule, seul montant déterminant selon lui pour l'étendue de la responsabilité du maître. D'une certaine manière, on comprend aussi que le tiers qui se fonde uniquement sur un engagement personnel de l'esclave (la fidéjussion) ne doive être protégé qu'à raison du pécule, seul élément dont l'existence peut être présumée par le tiers. A noter que « la notion de *versum* » n'apparaît pas dans une scolie de l'Anonyme aux *Basiliques*, l. 18, t. 5, ch. 47, scolie 185, alors que la scolie 184 de Stéphane traite uniquement l'action *de peculio* [cf. édition Heimbach, p. 228], ce qui simplifierait la compréhension de ce texte, en excluant l'*actio de in rem verso* ; à ce sujet, voir : GAY, note 18, p. 254. Voir encore : le D. 15, 1, 9, 8 *Ulpianus* (*Iulianus*), où Julien, repris par Ulpien, admet une interaction entre l'institution *quod iussu* et le pécule, en permettant au maître, actionné à raison de son autorisation (*iussum*) à cause d'un prêt fait par un tiers en faveur de l'esclave, de déduire la dette sur le pécule de celui-ci, pour autant que le prêt n'ait pas tourné au profit du maître. Étonnante peut nous paraître la construction de ce texte qui précise à sa première ligne que l'acte est effectué *servi nomine* et qui nous donne cependant en exemple un cas de prêt accordé par un tiers à l'esclave effectué sur le *iussum* du maître, et donc en principe au nom et pour le compte du maître (cf. la section « *Le iussum – l'actio quod iussu* », p. 197 ss). Il est intéressant de relever que le maître peut donc autoriser un prêt en faveur de son propre esclave - à destination du pécule -, mais qu'il déduira alors le montant de la dette, constituée par l'obligation de rendre la somme au terme du prêt, s'il est actionné par le prêteur qui choisirait l'action *de peculio* (alors que celui-ci pourrait l'actionner *in solidum*). Nous constatons dans l'analyse de ce texte, que les trois institutions et leurs actions respectives (*iussum*, pécule et *in rem verso*) ont des fondements indépendants.

Voir à ce sujet : MICOLIER, p. 63, qui précise que le pécule n'exclut pas la *praepositio* et en serait même le complément nécessaire ; BUTI, note 114, p. 199, et note 121, p. 203, qui conçoit la théorie de la subsidiarité comme « doctrinale » en se référant à la réaction de Gaius tirée de Gai. 4, 74 : « *nemo tam stultus erit [...]* ».

Voir en outre la section « Remarques finales », p. 473 ss.

pourra agir de manière encore plus autonome en effectuant des opérations commerciales au regard de son *peculium*, sans que son maître intervienne pour chaque acte conclu.

L'institution étudiée dans cette section accroît donc l'indépendance de l'esclave⁸⁴¹, puisque celui-ci n'agira plus au nom du maître, mais bel et bien en son propre nom et, d'une certaine manière, pour son compte⁸⁴². Cette autonomie a pour but, non seulement de faire de l'esclave un élément économique clé pour son maître propriétaire, mais encore de lui conférer une certaine capacité propre, de lui permettre des motivations personnelles⁸⁴³, ainsi qu'un sentiment de dignité⁸⁴⁴.

⁸⁴¹ Voir p. ex. : le D. 3, 3, 33, pr. *Ulpianus* (*Labeo*), qui donne un exemple frappant de l'autonomie acquise par l'esclave. En effet, Labéon estime qu'il peut même déléguer l'administration de son pécule à un représentant (*procurator*).

Voir en outre : BUCKLAND, p. 188 s., qui indique que sous l'Empire, les esclaves sont employés dans le commerce de manière autonome ; KASER, I, § 14 IV 4, p. 64, § 29 IV 2, p. 114 et § 141 II 1, p. 607, pour qui le pécule octroie une certaine indépendance commerciale (ou de fait) à l'esclave ; MARTINI, LABEO 26 (1980), p. 105 ; BRINKHOF, p. 242 ; APATHY, Z. S. S. 96 (1979), p. 399 et 406.

⁸⁴² Nous reviendrons plus avant sur les développements à apporter à ce concept de représentation particulier : cf. la section « L'esclave agit-il comme un représentant de son maître vis-à-vis du tiers contractant ? », p. 311 ss.

Voir en outre, dans le sens d'un acte de l'esclave conclu en son nom et pour son compte : BUTI, p. 17 et 101, où il indique que lorsque l'esclave agit au nom et pour le compte du maître, le tiers a l'action *quod inusu* ; lorsqu'il agit en son nom mais pour le compte du maître, le tiers a l'action *de in rem verso* ; et qu'enfin, s'il agit en son nom et pour son compte, c'est l'action *de peculio* qui sera donnée ; MARTINI, LABEO 26 (1980), p. 104.

⁸⁴³ Voir à ce sujet le titre I du livre XL du Digeste concernant les affranchissements et spécialement le D. 40, 1, 4, 1 *Ulpianus*, qui montre la difficulté que rencontrent les juristes à admettre que l'esclave qui n'a pas de patrimoine puisse racheter sa liberté de « ses propres deniers ». Le malaise d'Ulpien se révèle dans le fait qu'il demande de fermer les yeux (*coniventibus oculis*) sur cette impasse juridique. Voir en outre : le D. 15, 1, 1, 1 *Ulpianus* ; les Reg. Ulp. 2, 4, où « un pécule » semble avoir permis à un esclave de racheter sa liberté du temps des XII Tables déjà. A noter que le texte ne mentionne pas le terme de *peculium*, ce qui signifie que la somme donnée par le maître à son esclave n'était sans doute vouée qu'à l'épargne en vue précisément du rachat de sa liberté et ne lui était par conséquent pas confiée dans une optique commerciale. Ainsi, la possibilité d'affranchir doit être pratiquement aussi ancienne que l'esclavage ; mais il n'est pas possible d'en connaître la date exacte (voir à ce sujet : WATSON, p. 201, qui semble faire remonter les premiers affranchissements au temps des XII Tables ; DE MARTINO, LABEO 20 (1974), p. 174 et les notes 40-42, p. 173 ss, qui paraît indiquer que l'institution remonterait à l'époque pré-civique).

Dans les premiers temps, l'acte d'affranchissement n'était pas le seul fruit de la volonté du maître, il fallait le concours du magistrat ou du peuple (en ce sens, cf. : APPLETON, p. 1 ss ; CORNIL, p. 44

Dans les faits, il devient d'ailleurs très difficile de distinguer l'esclave de l'homme libre, car la diversité et l'importance de ses activités commerciales vont en faire un être humain respecté⁸⁴⁵.

Il faut cependant remarquer que, si les rapports concrets permis par l'institution du pécule consistent en une sorte de représentation indirecte du maître par son esclave, la responsabilité contractuelle de

; LEVY-BRUHL, Archives, p. 75-80 ; MONIER, I, p. 217). L'institution consistait d'une certaine manière en un adoucissement indirect de la condition des esclaves, puisque ceux-ci pouvaient aspirer à la liberté, voire, dans le meilleur des cas, à la citoyenneté. En même temps, cette issue encourageait les esclaves à travailler efficacement.

Voir en outre les textes suivants qui traitent du rachat de la liberté : le D. 40, 1, 6 *Alfenus* ; les D. 41, 4, 9-10 *Iulianus* ; le D. 15, 3, 2 *Iavolenus* ; le D. 16, 1, 13, pr. *Gaius* ; le D. 37, 15, 3 *Marcellus* ; le D. 15, 1, 50, 3 *Papinianus* et le D. 15, 3, 3, pr. *Ulpianus*, qui traitent d'un emprunt d'argent à un tiers pour le rachat de la liberté ; le D. 15, 1, 11, 1 *Ulpianus* ; le D. 16, 3, 1, 33 *Ulpianus (Iulianus)*, qui parle d'un rachat indirect de liberté en ce sens que le dépositaire d'une somme d'argent provenant d'un esclave la rend au maître en vue du rachat ; le D. 33, 8, 8, 5 *Ulpianus (Labeo)* ; le D. 40, 7, 3, 2 *Ulpianus* ; le D. 40, 7, 3, 8 *Ulpianus* ; le D. 39, 5, 8 *Paulus* ; le D. 41, 3, 4, 16 *Paulus* ; le D. 41, 4, 2, 14 *Paulus (Celsus)* ; le D. 44, 5, 2, 2 *Paulus*.

Sur les origines de l'affranchissement, voir : GIRARD, I, p. 130 et MONIER, I, p. 217, qui ne donnent pas de précisions sur les premiers affranchissements, mais estiment qu'ils remontent à des temps très reculés.

Voir encore : BROSZ, p. 332, qui indique que l'esclave qui travaillait pouvait espérer un jour racheter sa liberté ; KASER, I, § 67 III 5, p. 288 ; BUTI, p. 174, qui relève le côté stimulant pour les esclaves de posséder un pécule ; BRINKHOF, p. 236, qui souligne que le pécule est un intérêt à la réussite du travail et permet à l'esclave de racheter sa liberté ; MARTINI, LABEO 26 (1980), p. 106 ; KIRSCHENBAUM, p. 32 ss, qui voit dans la concession-même d'un pécule une base à l'enthousiasme des esclaves pour travailler.

A noter que l'esclave demeure un *subjectus* soumis à la puissance de son maître et lui doit obéissance, sous peine de châtiments. Donc, à côté de cette finalité favorable, subsiste une réalité moins réjouissante. Dans les faits cependant, le maître qui accorde à l'esclave un pécule lui témoigne en quelque sorte sa confiance.

⁸⁴⁴ En ce sens, cf. : COSTA, Il diritto, p. 105, qui voit dans le texte de Plaute *Asinaria* 3, 1, l'accession de l'esclave à une certaine dignité grâce à la concession d'un pécule ; KASER, I, § 67 III 5, p. 287, qui parle de reconnaissance sociale ; BUTI, p. 6 et 174, qui voit dans le pécule et les actions *adiecticiae qualitatis* les prémices d'un système favorable à l'esclave ; MARTINI, LABEO 26 (1980), p. 106, qui reconnaît dans l'ordre juridique romain une protection indirecte de la personnalité de l'esclave.

⁸⁴⁵ Voir en ce sens : KASER, I, § 67 III 5, p. 287, qui dit que le pécule en tant que fortune personnelle conférait à l'esclave une certaine estime sociale.

celui-là reste limitée et identique à celle d'une personne directement représentée ; en effet, l'action a lieu contre le maître directement⁸⁴⁶.

Le pécule concédé à l'esclave joue le rôle d'un quasi-patrimoine suppléant à son incapacité patrimoniale, mais juridiquement⁸⁴⁷, la propriété de celui-ci appartient à son maître⁸⁴⁸.

Certains paradoxes, tels ceux évoqués ci-dessus, sont suscités par l'interférence entre les règles de l'ancien droit et celles issues de l'intervention du prêteur ; ils seront d'ailleurs mis en évidence par les importantes discussions qui animèrent les juristes de l'époque classique.

Il n'est toutefois pas possible de dégager une théorie uniforme de l'institution du pécule pour toute cette période. Nous nous efforcerons cependant d'en retenir les caractéristiques essentielles durant toute son évolution.

⁸⁴⁶ Voir à ce sujet la section « L'esclave agit-il comme un représentant de son maître vis-à-vis du tiers contractant ? », p. 311 ss.

⁸⁴⁷ Lorsque nous employons le qualificatif de "juridique", nous l'entendons exclusion faite du droit naturel, qui se rapporte plus à un état de fait produisant dans certains cas des effets de droit reconnus civilement, mais qui ne peut en soi être incorporé dans ce que nous appelons le droit civil au sens large.

⁸⁴⁸ En ce sens, cf. : BUCKLAND, p. 187; KASER, I, § 14 IV 4, p. 64 et § 67 III 5, p. 287 ; BRINKHOF, p. 236, 242 s. ; APATHY, Z. S. S. 96 (1979), p. 398.

B. Qualification juridique du pécule

a. *La notion de patrimoine romain*⁸⁴⁹

Avant d'aborder la notion de pécule, il convient de rappeler quelques généralités au sujet de la conception du patrimoine.

Dans notre définition contemporaine, le patrimoine est un ensemble de droits et d'obligations estimables en argent (actif et passif) appartenant à une personne. Il s'agit d'une notion abstraite et comptable. Dans certains cas, on prend en considération le patrimoine « net » (*id est* après déduction des dettes)⁸⁵⁰.

Bien qu'il n'existe pas de notion clairement définie du patrimoine dans le droit romain de l'époque classique, nous pouvons cependant tirer des textes les éléments essentiels de son essence, sans entrer dans le détail.

Le patrimoine romain est constitué d'une « universalité de droits⁸⁵¹ » (cf. *universitas*)⁸⁵² :

*D. 50, 16, 208, pr. Africanus : "Bonorum" appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac ius successionis et non singulas res demonstrat.*⁸⁵³

D. 36, 1, 15, 8 Ulpianus : Sed et si quis bona rogatus sit vel familiam vel pecuniam rogetur vel universam rem meam,

⁸⁴⁹ Nous renvoyons de plus le lecteur au chapitre concernant les définitions : « L'esclave et la notion juridique de « chose », p. 111 ss pour de plus amples développements concernant les composantes du patrimoine.

⁸⁵⁰ En ce sens, cf. : STEINAUER, I, p. 32.

⁸⁵¹ Plus exactement devrait-on parler d'universalité de droits et d'obligations.

⁸⁵² La notion abstraite d'*universitas*, bien que considérée comme interpolée par plusieurs auteurs, apparaît pourtant dans plusieurs textes émanant de jurisconsultes de l'époque classique.

Dans le sens d'une reconnaissance du concept d'universalité à l'époque classique déjà, voir : MICOLIER, p. 88 ss ; PALMIERI, p. 122 s. D'un avis différent, voir : COLLINET, p. 380 ; BIONDI, B. I. D. R. 61 (1958), p. 14 et 58, qui ne pense pas que les Romains concevaient à l'époque classique la notion abstraite de patrimoine comme une universalité du vivant de son titulaire ; BURDESE, Manuale, p. 177.

⁸⁵³ Traduction : Le terme de « biens », comme l'héritage, désigne une universalité, comme un droit de succession, et non pas des choses particulières.

D. 36, 1, 16 *Paulus* : *vel omnia sua,*

D. 36, 1, 17, *pr. Ulpianus (Maeceni)* : *cogi poterit : hoc idem et si patrimonium fuerit rogatus et si facultates et si quidquid habeo et si census meum et si fortunas meas et si substantiam meam. et si peculium meum testator dixerit, quia plerique υποκοριστικως patrimonium suum peculium dicunt, cogendus erit : de successione enim sua et hic rogavit. nec ignoro in quibusdam ex his Maecianum dubitare et voluntatis esse dicere quaestionem, utrum de pecunia tantum an et de successione testator sensit. in ambiguo tamen magis de successione sensum dico, ne intercidat fideicommissum.*⁸⁵⁴

Cette universalité se compose d'un ensemble de biens ou de droits consistant en un actif ; cet ensemble - le *patrimonium*⁸⁵⁵ -, désigné par une multitude de termes (voir les textes ci-dessus), est bien distingué de son contenu, composé en effet d'une part de choses matérielles distinctes sur lesquelles s'exerce un droit individuel et subjectif distinct, notamment de propriété⁸⁵⁶, et d'autre part de droits, comme des droits de créance (appelés dans certains textes droits d'action)⁸⁵⁷. Ainsi, en ce qui concerne

⁸⁵⁴ Traduction : (Au sujet du sénatus-consulte Trébellien dans les successions fidéicommissaires) (15, 8) L'héritier chargé de remettre tous ses biens, le fonds familial, sa fortune, l'universalité de ses effets (16) ou encore tout ce qui lui appartient (17, *pr.*) pourra être forcé à accepter la succession. Il en sera de même si le testateur, en chargeant son héritier de remettre, s'est servi de ces termes : mon patrimoine, mes facultés, ce que j'ai, mon bien, ma fortune, ma substance, mon pécule ; car il y a bien des gens, qui pour exprimer leur patrimoine se servent d'un terme diminutif comme mon pécule. Dans tous ces cas, le testateur semble avoir chargé son héritier de remettre la succession. Je sais que par rapport à quelques uns de ces termes, Maecien trouve de la difficulté, et qu'il se contente de dire qu'il s'agit ici d'examiner quelle a été la volonté du testateur, s'il a eu en vue de charger son héritier de remettre toute sa succession ou seulement une certaine somme. Dans le doute, je pense qu'il faut toujours décider, pour conserver le fidéicommiss, que le testateur a entendu parler de toute sa succession.

⁸⁵⁵ Cf. : le D. 47, 6, 1, *pr. Ulpianus*.

⁸⁵⁶ Voir p. ex. les textes de Gai. 2, 9-10, qui soulignent que les choses « de droit humain » se trouvent généralement dans le patrimoine d'une personne qui en a la propriété - *alicuius in bonis est*. En ce sens également, cf. : le D. 1, 8, 1, *pr. Gaius* ; le D. 43, 1, 1, *pr. Ulpianus*, qui indique que les choses qui appartiennent à des particuliers font soit partie d'une universalité, soit on les considère comme des unités ; Gai. 2, 1 et le D. 50, 16, 5, *pr. Paulus*, qui parlent de choses *in patrimonio*.

⁸⁵⁷ Voir p. ex. le D. 37, 1, 3, *pr. Ulpianus*, qui définit notamment les *bona* comme une universalité de droits et d'actions. Voir en outre : le D. 46, 6, 9 *Pomponius*, où la stipulation d'un pupille que son patrimoine sera garanti comprend aussi les créances ; le D. 33, 2, 43 *Venuleius*, où le legs d'un

les biens (actif ou *bona*)⁸⁵⁸, plusieurs textes énoncent la distinction qui s'opère entre l'ensemble de ceux-ci constituant l'universalité, et les unités, soit les choses ou droits particuliers que celle-ci englobe ; de cette manière, la subrogation réelle⁸⁵⁹ de ces choses est possible sans briser l'ensemble qui les regroupe⁸⁶⁰.

usufruit comprend non seulement la masse de biens mais encore les actions (soit les droits de créance contre des tiers) ; le D. 38, 5, 1, 7 *Ulpianus*, qui dit que la personne qui abandonne un droit d'action ou qui laisse passer le délai pour l'intenter diminue son patrimoine. Le texte conçoit donc clairement que le patrimoine est composé de droits de créance actionnables. Voir encore : le D. 50, 16, 23 *Ulpianus*, qui indique que sous le terme de chose (*rei appellatione*), on comprend aussi les causes (*causae*) et les droits (*iura*) ; le D. 50, 16, 49 *Ulpianus*, qui précise que le terme de *bona* comprend aussi les actions pendantes contre autrui et les créances ; le D. 35, 2, 1, 17 *Paulus*, où il semble que même les créances naturelles doivent être comptées au patrimoine héréditaire avant d'établir la quote légitime.

Voir en outre à ce sujet : BIRKMEYER, p. 108, 129 ss et 290 ss, qui constate que l'on peut concevoir deux types de patrimoine : un « patrimoine juridique » composé d'un ensemble unitaire de droits et un « patrimoine naturel ou économique » conçu comme une unité de biens ou de valeurs ; CUQ, p. 235 ; GIRARD, I, p. 273 s., selon lequel le patrimoine comprend les droits réels, les droits personnels et les droits de créance ; CORNIL, p. 55, qui conçoit le patrimoine comme un ensemble de choses, qu'il nomme « *familia pecuniaria* », et de « droits subjectifs » ; GUARINO, p. 288, qui présente le patrimoine comme un ensemble de situations juridiques actives à l'époque classique ; CUQ, p. 235, qui précise que le droit de créance « compte dans le patrimoine avant d'être réalisé ».

Voir en outre la section « La controverse doctrinale sur l'existence des droits subjectifs », p. 76 ss.

⁸⁵⁸ A noter que le terme de *bona* ne semble pas exprimer à l'origine un concept d'universalité d'actifs et de passifs, mais qu'un actif ; ce n'est que plus tard qu'il concernera tant l'actif que le passif d'un patrimoine (notamment lorsqu'il est employé pour la *bonorum possessio*) : nous renvoyons le lecteur à la plupart des textes cités dans ce chapitre qui emploient le mot *bona* (« biens »).

Selon BIRKMEYER, p. 1, le terme de *bona* serait inexactement employé pour exprimer le passif d'un patrimoine.

⁸⁵⁹ Soit le fait notamment de remplacer une chose par une autre au sein d'un même patrimoine.

⁸⁶⁰ Voir à ce sujet p. ex. : le D. 50, 16, 208 *Africanus*, où le terme de *bona* doit s'entendre d'une universalité de biens et non pas de choses particulières, comme c'est le cas pour une succession ; Gai. 2, 97 s., qui distingue les acquisitions reçues à titre universel de celles reçues à titre particulier ; G. A. 61, qui distingue le legs de l'universalité de l'*hereditas* ; le D. 1, 12, 1, 7 *Ulpianus* à la fin, où le préfet punit les tuteurs qui ont soit diminué le *patrimonium*, soit aliéné des biens appartenant au pupille. On constate donc ici la distinction qui s'opère entre la diminution de l'universalité et l'aliénation de biens individuels qui la composent. Voir encore : le D. 6, 1, 1, pr. *Ulpianus*, qui distingue les actions visant une universalité, comme l'action en pétition d'hérédité de l'action en revendication visant les choses individuellement considérées (*singulae res*) ; le D. 37, 1, 3, 2 *Ulpianus*, qui distingue le *patrimonium* des *res* le composant, dans la succession prétorienne ; le D. 37, 9, 1, 20 *Ulpianus*, où dans une succession, on retirera le montant des charges ou dettes de

Mais la notion de patrimoine comprend-t-elle aussi un passif, concrétisé par des dettes ou des charges ?

Plusieurs textes évoquent l'existence d'un tel passif⁸⁶¹ :

celle-ci d'abord sur le numéraire et sinon sur les effets (*res*) qui composent patrimoine. Le texte distingue les effets particuliers (*res*) du patrimoine. Voir encore : le D. 43, 2, 1, 1 *Ulpianus*, où l'interdit du prêteur *quorum bonorum* vise la restitution de l'universalité des biens, non pas celle de chaque chose particulière ; le D. 43, 3, 1, 13 *Ulpianus*, qui distingue le legs d'une chose particulière de l'héritage d'une universalité (une succession) ; le D. 50, 16, 178, pr. *Ulpianus* et le D. 50, 16, 222 *Hermogenianus*, où le terme de *pecunia* (employé parfois comme synonyme de *patrimonium* : cf. D. 36, 1, 15, 8 ss *Ulpianus* et *Paulus*) ne désigne pas seulement le numéraire, mais aussi toutes sortes de choses corporelles (*res* ou *corpora*), voire des droits (*iura*) ; le D. 10, 2, 25, 1 *Paulus*, où le patrimoine comprend des *corpora* ; le D. 50, 16, 5, pr. *Paulus*, où l'on apprend que terme de *res* est plus large que celui de *pecunia*, puisqu'il comprend aussi bien les choses qui sont dans le patrimoine que celles qui ne le sont pas (cf. aussi Gai. 2, 1), tandis que *pecunia* ne vise que les choses qui sont dites *in patrimonio*.

La conception d'un patrimoine indépendant des objets qu'il renferme est notamment soutenue par : BIRKMEYER, p. 290 ss, qui toutefois semble considérer, à la p. 29, que tant que l'on vit, le patrimoine ne forme pas une universalité ; MICOLIER, p. 78, 100 et 144 ; BIONDI, B. I. D. R. 61 (1958), p. 2 ss ; BIONDI, Patrimonio, p. 616 ; PALMIERI, p. 122, qui précise que l'*universitas* peut se renouveler dans ses éléments particuliers sans pour autant perdre son individualité (cf. D. 5, 1, 76 *Alfenus*). Voir toutefois : LONGO C., Hereditas, p. 125 ss, qui pense que l'idée d'universalité est byzantine.

⁸⁶¹ De manière générale au sujet du passif du patrimoine, voir : le D. 38, 2, 36 *Iavolenus*, où la succession civile ou prétorienne est considérée comme solvable dès que l'héritier déclare la reprendre avec ses charges ou dettes et ce, même si ces dernières dépassent l'actif ; Gai. 3, 83 s., où l'adoptant ou l'homme prenant femme *cum manu* reprennent le patrimoine comptant les biens (*omnes res*) et créances, ainsi que les dettes non éminemment personnelles de l'adopté ou de la femme devenus *alieni iuris* ; Gai. 2, 225 s., où l'on apprend que le patrimoine successoral peut être grevé de legs pouvant parfois le vider (*patrimonium erogare*) une fois ceux-ci effectués ; le D. 35, 2, 72 *Gaius*, où un patrimoine héréditaire s'estime déduction faite de ses charges, ici pour les frais de vente des droits successoraux ; le D. 12, 6, 61 *Scaevola*, où l'on apprend que le patrimoine successoral d'un père peut être grevé de dettes acquittées par le tuteur de son fils ; le D. 37, 9, 1, 20 *Ulpianus*, où le retranchement (*deminutio*) des dettes ou charges d'une succession doit se faire d'abord sur le numéraire ou sur les choses qui coûtent en entretien ; le D. 38, 1, 17, 1-3 *Ulpianus*, qui prévoit que la succession contient aussi des dettes (notamment des legs en faveur de tiers) qui seront déduites par l'héritier institué et fidéicommissaire avant qu'il ne remette la succession au bénéficiaire ; le D. 37, 9, 1, 20 *Ulpianus*, qui conçoit que dans une succession, le montant des charges est retenu en premier lieu sur le numéraire (voir aussi concernant ce texte, la note 860) ; le D. 49, 18, 2, 1 *Ulpianus*, où l'on apprend que l'impôt foncier et les charges grevent le patrimoine des vétérans de guerre ; les Reg. Ulp. 24, 32, où la *lex Falcidia* interdit les legs qui dépassent les trois quarts de la succession ; le D. 50, 12, 9 *Modestinus* et D. 50, 12, 14 *Pomponius*, où la promesse faite de donner une somme d'argent ou d'offrir un monument à la ville entraîne une dette des héritiers garantie sur une partie de la succession à la mort du promettant ; le D. 10, 2, 25, 1 *Paulus* à la fin, où un patrimoine successoral vidé de sa substance (*corpora*) est de plus grevé de dettes (*nomina*), ce qui empêche l'action en partage ; le D. 44, 7, 35, pr. *Paulus*, parle d'une

*D. 37, 1, 3, pr. Ulpianus : Bona autem hic, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in ius demortui suscipiturque eius rei commodum et incommodum : nam sive solvendo sunt bona sive non sunt, sive damnum habent sive lucrum, sive in corporibus sunt sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur.*⁸⁶²

Ulpien parle dans ce fragment de manière abstraite d'avantages et d'inconvénients⁸⁶³, avant de préciser ce que cela signifie concrètement. Ces inconvénients forment sans aucun doute ce que nous appelons communément le passif. En effet, de même que l'on compte à l'actif les droits de créance ou droits d'action, il apparaît logiquement que l'on doit tenir compte au passif des obligations ou des dettes.

Dans certains passages, on considère le patrimoine déduction faite des dettes (notion de « patrimoine net ») ; ce qui implique en effet que

action que l'on peut tenter contre le successeur prétorien de son débiteur. Le patrimoine successoral est donc ici grevé d'une dette. Voir en outre, de manière générale, le titre IV du livre L du Digeste, où il est question des charges publiques (notamment des impôts) visant le patrimoine (les textes parlent d'*onera patrimonii*).

Voir de plus : CUQ, p. 235, qui admet l'existence de dettes grevant le patrimoine à l'époque classique. Selon lui, elles diminuent le patrimoine du débiteur dès leur formation.

⁸⁶² Traduction : Par le terme de biens, nous entendons ici, selon notre usage ordinaire, une succession à l'universalité (patrimoine) d'un défunt dans laquelle on succède en reprenant les avantages et les inconvénients de son patrimoine. Dans la question qui nous intéresse, nous appelons donc de manière appropriée par la notion de biens ce qui est suffisant ou pas pour payer les dettes, ce qui est grevé de charges ou profitable, ce qui consiste en des corps certains ou des droits d'action (créances).

⁸⁶³ D'autres textes énoncent cette distinction entre avantages et inconvénients : cf. le D. 50, 16, 83 *Iavolenus*, où le terme de *bona* doit s'entendre plutôt des avantages que des inconvénients. On pourrait penser que les Romains ne concevaient pas la possibilité d'avoir un patrimoine contenant un solde négatif (*contra* : le D. 38, 2, 36 *Iavolenus* et le D. 10, 2, 25, 1 *Paulus*). Voir encore : le D. 50, 16, 119 *Pomponius*, qui précise que la succession peut être onéreuse ; le D. 29, 1, 18, pr. *Tryphoninus*, où le paiement des legs greève la succession entière ; le D. 48, 20, 7, pr. *Paulus*, qui avance que par la raison naturelle les enfants héritent de la succession grevée des dettes ; le D. 50, 16, 21 *Paulus*, où l'on apprend qu'un prince restitue au prisonnier qui revient, non seulement ses biens, mais aussi ses obligations.

celui-ci soit généralement, dans l'abstrait, en contrepartie de son actif, grevé de dettes (cf. dans les textes : *aes alienum*)⁸⁶⁴ :

*D. 50, 16, 39, 1 Paulus : "Bona" intelleguntur
cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt.*⁸⁶⁵

Nous pouvons donc en conclure que l'universalité qui forme le patrimoine est bien constituée d'un actif et d'un passif⁸⁶⁶. Telle est la conception que nous retiendrons.

⁸⁶⁴ Voir : le D. 50, 16, 213, 1 *Ulpianus*, qui définit l'*aes alienum* comme ce qui est dû à autrui – *quod nos aliis debemus*.

Voir en outre les textes suivants qui parlent expressément d'une déduction de dettes : cf. le D. 38, 2, 36 *Iavolenus*, où la succession est dite solvable dès qu'un héritier se présente pour la reprendre avec ses charges ou ses dettes, et ce même si ces dernières dépassent les forces de son patrimoine (*magnitudo aeris alieni facultates eius patrimonii excedat*) ; le D. 49, 14, 11 *Iavolenus*, qui considère que les biens qui passent au fisc sont déduits des dettes envers des tiers ; le D. 35, 2, 69 *Pomponius* et le D. 33, 2, 43 *Venuleius*, où, dans le legs d'un usufruit, on considère comme « biens » ce qui reste après en avoir déduit les dettes ; le D. 4, 5, 2, pr. *Ulpianus*, où l'action qu'on aurait contre un *sui iuris* passe contre celui qui reçoit ses biens, lorsque le *sui iuris* sera frappé d'une *capitis deminutio* ; le D. 5, 1, 50, 1 *Ulpianus*, où l'on apprend que dans l'institution d'un fidéicommiss, les dettes diminuent tout le patrimoine (*patrimonium totum*) ; le D. 5, 2, 8, 9 *Ulpianus*, qui indique que la quarte se calcule déduction faite des dettes, des charges et des affranchissements ; le D. 35, 3, 1, 12 *Ulpianus*, où, bien que l'héritier ne touche pas la quarte, les legs sont dus sur les forces de la succession, déduction faite des dettes et des charges ; le D. 37, 6, 2, 1 *Paulus*, qui précise que les biens du fils de famille sont entendus déduction faite des dettes envers les tiers ; ou encore le C. 6, 20, 6 *Gordianus*, qui précise qu'à la mort d'un père, les biens de son fils sont estimés déduction faite des dettes envers les tiers ; enfin le C. 6, 61, 8, 4 *Iustinianus*, qui indique que la succession se calcule déduction faite des dettes.

Voir à ce sujet : BIRKMEYER, p. 134 ss, qui relève que le passif se définit en obligations, dettes et charges ; WINDSCHEID, I, § 42, p. 179, qui indique que le patrimoine peut s'entendre au sens large comme d'un ensemble d'actifs et de passifs, et au sens étroit comme d'un actif duquel on a déduit les dettes ; CUQ, p. 235, pour qui la conception de *patrimoine net* ne date que du I^{er} s. après J. C. ; GIRARD, I, p. 273 s., qui conçoit le passif du patrimoine comme composé de dettes ; MICOLIER, p. 104 ss, qui pense que le terme de *bona* n'était primitivement employé que pour désigner l'actif d'un patrimoine. Le passif aurait été, dans les premiers temps de l'histoire romaine, dissocié de l'actif et non pas lié. Mais cela ne remet pas en cause l'existence du concept d'universalité abstrait. Dans un sens plus contrasté, voir : COLLINET, p. 394, pour qui la notion de patrimoine et celle de *bona* ne se recourent pas. En effet les *bona* ne constitueraient qu'un actif duquel on soustrairait les dettes, sans former une universalité contenant un actif et un passif de manière abstraite. Dans le même sens, GUARINO, p. 288, conçoit le patrimoine comme un ensemble d'actifs duquel on soustrairait les dettes ; ainsi on obtiendrait l'actif patrimonial. Sa conception dissocie encore l'actif du passif à l'époque classique et ne les considère pas dans une universalité abstraite.

⁸⁶⁵ Traduction : On ne doit entendre par « biens » de quelqu'un, que ce qui lui reste une fois ses dettes payées.

Le patrimoine a de plus les caractéristiques suivantes : il doit avoir un titulaire libre, en principe *sui iuris* ; cet aspect est nécessaire, vu que les droits ou obligations singuliers qui le composent ont une portée personnelle et doivent donc avoir un titulaire⁸⁶⁷. Le *patrimonium* forme une unité ; en effet, chacun ne peut avoir qu'un seul patrimoine⁸⁶⁸. Tout

⁸⁶⁶ En ce sens, cf. : CUQ, p. 235 à la fin ; GIRARD, I, p. 273 s. ; MICOLIER, p. 99 et 102 ; BIONDI, Bona, p. 498, qui considère que les *bona* comprennent un actif et un passif, bien que parfois le terme soit employé pour désigner seulement un actif, que ce soit naturellement ou juridiquement ; BIONDI, Patrimonio, p. 615. D'un autre avis, voir : BIRKMEYER, p. 181 ss et 199 ss, qui pense que les dettes ne sont pas intégrées dans l'« *universitas bonorum* ».

⁸⁶⁷ Cela découle p. ex. des textes suivants : le D. 27, 10, 7, pr. *Iulianus*, où le tuteur est appelé à veiller non seulement sur un patrimoine, mais aussi sur son titulaire ; Gai. 3, 84, où seul l'adoptant *sui iuris* devient titulaire du patrimoine de l'adopté tombé « en puissance » et responsable des dettes non intimement personnelles de celui-ci ; les D. 36, 1, 15, 8 ss *Ulpianus* et *Paulus* (cités dans le corps du texte), qui, dans les différentes manières de nommer le patrimoine, évoquent soit des verbes ou des adjectifs possessifs le rattachant nécessairement à un titulaire ; le D. 47, 6, 1, pr. *Ulpianus*, qui parle de *patrimonium domini* ; le D. 37, 1, 3, 2 *Ulpianus*, qui conçoit la *bonorum possessio* comme le droit prétorien de retenir ou revendiquer un patrimoine ou des choses appartenant au *de cuius* au moment de sa mort. On peut en déduire que le *de cuius* était bien le titulaire de son patrimoine avant sa mort. Voir en outre : le D. 44, 7, 35, pr. *Paulus* 2^e moitié du texte, où une action reipersécutoire contre le défunt-débiteur passe au successeur de son patrimoine. L'action est ainsi dirigée contre le nouveau titulaire du patrimoine du défunt.

Voir en ce sens : BIRKMEYER, p. 309 ss, qui considère que le patrimoine est un attribut de la personne, voire une émanation de la puissance (cf. p. 325 ss). Ainsi ce patrimoine reçoit une conception tant objective que subjective. Aux p. 310 ss, BIRKMEYER explique que ce pouvoir subjectif sur le patrimoine est une sorte de droit de propriété universel qui correspond au droit de propriété sur chacun des éléments qui composent le patrimoine. Voir encore : WINDSCHEID, I, § 42, p. 178, qui indique que l'ensemble des droits patrimoniaux rattachés à une personne forme le patrimoine ; CUQ, p. 235, qui précise que « le patrimoine est l'ensemble des droits appartenant à un chef de famille » ; GIRARD, I, p. 260 ; CORNIL, p. 56, qui conçoit le patrimoine comme un ensemble de droits subjectifs dits « patrimoniaux » se rapportant par définition à une personne capable en droit ; MICOLIER, p. 102, 115 s. et 144, qui rattache le concept de patrimoine à celui de *potestas* appartenant au seul *sui iuris* ; BIONDI, Bona, p. 498 ; BIONDI, Patrimonio, p. 617, qui constate le caractère subjectif du patrimoine ; GUARINO, p. 287, qui pense que seul un sujet de droit (*sui iuris*) pouvait être titulaire d'un patrimoine.

Nous renvoyons pour le surplus le lecteur à la section « La controverse doctrinale sur l'existence des droits subjectifs », p. 76 ss.

⁸⁶⁸ Voir p. ex. : le D. 27, 1, 30, 1 *Papinianus*, où l'on apprend qu'un curateur chargé de l'administration des biens d'un pupille en deux endroits n'est pas chargé de deux curatelles, mais bien d'une seule, car une même personne n'est pas censée avoir deux patrimoines.

Cela ressort aussi du fait que le patrimoine forme une universalité : cf. la note 860.

En ce sens, voir notamment : BIRKMEYER, p. 108, qui conçoit deux types d'unités juxtaposées : une unité juridique et une unité économique ; WINDSCHEID, I, § 42, p. 179 et la note 2, p. 179 ; CUQ, p. 236, qui précise que le patrimoine ne forme qu'« un seul tout » en mains d'« une seule et

ce qui se trouve au sein de celui-ci peut être estimé en valeur pécuniaire⁸⁶⁹ ; il peut croître ou décroître⁸⁷⁰ et même avoir un solde négatif sans pour autant cesser d'exister⁸⁷¹.

même personne » ; MICOLIER, p. 115 et 144, qui conçoit l'unité du patrimoine par rapport à la capacité juridique indivisible de son titulaire ; BIONDI, B. I. D. R. 61 (1958), p. 6 s., qui propose une conception intermédiaire ou universalité et choses particulières se distinguent mais forment ce qu'il appelle « un complexe unitaire » ; BURDESE, Manuale, p. 177. Voir toutefois : BIONDI, Patrimonio, p. 616, qui considère que le patrimoine n'est considéré comme une unité qu'au moment de la mort d'une personne, sinon il ne forme qu'un complexe de biens individuels. Ce complexe représente cependant l'ensemble, l'*universitas* d'un patrimoine du vivant de la personne déjà. BIONDI propose une solution intermédiaire, raison pour laquelle nous l'avons cité ci-dessus en sens affirmatif.

⁸⁶⁹ Voir p. ex. : le D. 35, 2, 72 *Gaius* et le D. 35, 2, 73 *Gaius*, où pour fixer l'état d'un patrimoine (dans le texte *quantitas*), on se rapporte au jour de la mort du testateur ; le D. 50, 16, 97 *Celsus*, où lorsque la question « *quanta pecunia ex hereditate Titii ad te pervenerit ?* » se pose, on ne vise pas la valeur pécuniaire des choses reçues du patrimoine successoral, mais bien les effets qui composent celui-ci. *A contrario*, on peut déduire de ce texte, puisque la question s'est posée, que les choses du patrimoine peuvent aussi s'évaluer en argent. A noter que le terme employé de *pecunia* est à l'origine de notre adjectif qualificatif « pécuniaire », mais qu'il a une portée plus large à l'époque classique, puisqu'il vise non seulement le numéraire, mais encore les choses corporelles, voire incorporelles (cf. aussi les D. 50, 16, 178, pr. *Ulpianus* et D. 50, 16, 222 *Hermogenianus*). Voir encore : le D. 35, 3, 1, 12 *Ulpianus*, qui précise que les forces d'un patrimoine (*vires patrimonii*) sont fixées déduction faite des dettes ; le D. 47, 6, 1, pr. *Ulpianus*, qui parle de donner au lésé d'un vol commis par des esclaves, la contre-valeur de ceux-ci plutôt que de devoir les abandonner noxalement (cf. aussi la note 870). On peut donc en déduire que les esclaves formant une partie du patrimoine du maître sont évaluables pécuniairement. Voir en outre : le D. 27, 1, 31, 4 *Paulus*, qui précise qu'il y a un compte pour chaque patrimoine administré en tutelle. Le compte (*ratio*) dont fait état le texte nous invite à considérer le patrimoine comme une valeur comptable.

Voir de plus, dans le sens de l'évaluation pécuniaire du patrimoine : BIRKMEYER, p. 294 ss, qui conçoit le patrimoine tant sous un angle purement juridique que sous un angle économique-juridique où les composantes de celui-ci ont toutes une valeur pécuniaire (ein Wert) ; CUQ, p. 235 à la fin ; MICOLIER, p. 107 ss ; BIONDI, Patrimonio, p. 615 ; MONIER, I, p. 348, selon lequel le mot *pecunia* désignait cette évaluation ; KASER, I, § 92 I 2, p. 377, qui parle de « geldwerte Sachen und Rechte » ; GUARINO, p. 288, qui énonce la notion de complexe de biens économiques.

⁸⁷⁰ Voir p. ex. : le D. 37, 9, 1, 20 *Ulpianus*, où l'on peut déduire que le retranchement (*deminutio*) de frais dans la succession diminue la valeur du patrimoine successoral. Inversement le texte parle de biens qui produisent des fruits et qui augmentent (*augere*) le patrimoine successoral. Voir encore : les D. 42, 8, 6, pr. et D. 42, 8, 6, 2 *Ulpianus*, où Ulpien indique que l'édit sur l'action paulienne ne s'applique qu'au débiteur qui diminue son patrimoine et non à celui qui ne veut pas l'augmenter ; le D. 47, 6, 1, pr. *Ulpianus*, qui présente le risque incombant au maître de diminuer son patrimoine s'il doit abandonner noxalement ses esclaves qui ont volé autrui ; le D. 39, 2, 3 *Paulus*, dans lequel les termes de *damnum* et *damnatio* tirent leur étymologie de l'ademption qui consiste en une sorte de diminution du patrimoine (*patrimonii deminutio*).

Voir en outre sur la question : BIONDI, B. I. D. R. 61 (1958), p. 12 et 56.

Nous pouvons cependant constater que la notion d'universalité est particulièrement employée dans le droit des successions où l'*hereditas* (héritage) comprend non seulement à l'actif, un ensemble de choses et de droits - comme des actions -, estimables en argent, mais encore des dettes ou des charges constituant un passif⁸⁷². Peu de textes traitent en effet du patrimoine d'un vivant, mais cela n'exclut pas à notre sens de pouvoir considérer, d'ailleurs au vu de certains textes⁸⁷³, que les Romains concevaient la notion abstraite de patrimoine avant la mort ; le décès d'une personne semble être ainsi l'occasion la plus fréquente d'évaluer l'ensemble d'un patrimoine⁸⁷⁴, avant son transfert à l'héritier⁸⁷⁵.

⁸⁷¹ En ce sens, cf. p. ex. : le D. 38, 2, 36 *Iavolenus*, où il apparaît que le passif d'un patrimoine successoral peut être plus important que son actif (*magnitudo aeris alieni facultates eius patrimonii excedat*). Dans le même sens, cf. : le D. 10, 2, 25, 1 *Paulus*.

⁸⁷² Voir : le D. 50, 16, 24 *Gaius*, qui indique que l'*hereditas* n'est que la succession *in universum ius, quod defunctus habuit*. Ce texte fait bien référence au patrimoine au temps où le défunt était encore vivant ; en effet, le passé « *habuit* » semble l'inférer. Voir en outre la plupart des textes cités dans le corps du texte et en note de bas de page.

Voir en outre : MICOLIER, p. 92 s., qui pense à juste titre que « l'hérité n'est autre que le patrimoine du défunt considéré comme une universalité de droits », passant au successeur qui acquiert la puissance à la place du *de cuius*. Selon MICOLIER, p. 122 ss, l'*hereditas jacens* continue par fiction à avoir un titulaire, que ce soit en admettant que la personnalité du *de cuius* subsiste (théorie la plus communément admise) ou en transférant la puissance à l'héritier avant l'acceptation ; MONIER, I, p. 348, qui pense que la notion d'universalité comprenant actif et passif n'est concevable qu'en cas d'héritage ; BIONDI, B. I. D. R. 61 (1958), p. 21 ss, qui admet le passage à l'héritier tant de l'actif que du passif du patrimoine héréditaire ; GUARINO, note 22.4, p. 287, qui dit qu'on admet de manière générale que le terme de *patrimonium* est employé dans le droit des successions, mais qu'il devrait à juste titre représenter ce qui appartient au *paterfamilias*.

⁸⁷³ Pour ne citer qu'un exemple, voir : Gai 3, 83 s. et les développements au sujet de ces fragments à la note 867.

⁸⁷⁴ Voir à ce sujet : BIRKMEYER, p. 1 ss, spéc. p. 344, qui considère que la notion abstraite de patrimoine ne comprenait pas les dettes. Celles-ci, étaient soustraites du patrimoine mais non intégrées à celui-ci. Voir encore : CUQ, p. 235, qui semble l'admettre à l'époque classique ; MICOLIER, p. 100, qui admet la notion abstraite du patrimoine du vivant de son titulaire ; MONIER, I, p. 347 s., qui toutefois se montre réservé quant à admettre que les Romains concevaient le patrimoine comme une entité abstraite. Selon lui, primitivement, seul était pris en compte l'actif (*bona*) sans tenir compte des dettes. Voir toutefois : COLLINET, p. 386, qui considère que le patrimoine en tant qu'entité abstraite n'a jamais existé du vivant d'une personne à l'époque classique. Voir, dans le même sens que ce précédent auteur : BIONDI, B. I. D. R. 61 (1958), p. 14 et 52 s.

Voir en outre les auteurs cités en note 860.

⁸⁷⁵ Pour ne citer que deux textes, l'héritier succède au défunt *in locum et in ius* (cf. le D. 2, 13, 9, 1 *Paulus* au début) ; et il reprend sa puissance et ses droits (cf. le D. 50, 17, 59 *Ulpianus*).

A l'époque classique, bien qu'il reste difficile de définir clairement la notion de patrimoine *in abstracto*, ses principales caractéristiques transparaissent pourtant déjà dans les différents textes étudiés. Que l'on parle de *bona* comme d'une universalité d'actifs seuls dont on soustrairait les dettes, ou de *patrimonium*, comme d'une universalité d'actifs et de passifs ou de tout autre terme apparenté, il ressort de l'ensemble des fragments que les Romains concevaient, à côté des différents droits ou obligations patrimoniaux considérés dans leur singularité, une notion plus générale et abstraite qui pouvait les regrouper.

Les textes où il n'est pas question de passif ne signifient pas que cet aspect devait être considéré comme écarté de l'ensemble, de l'*universitas* ; on trouve d'ailleurs des textes qui en parlent et qui ne semblent pas interpolés⁸⁷⁶. En effet, le patrimoine rattaché au maître qui serait débiteur contractuel, est la garantie de l'exécution de son obligation. S'il ne satisfait pas le créancier, sa responsabilité pourra être engagée de manière différenciée, suivant le mode de conclusion de l'acte par son subordonné⁸⁷⁷.

Le patrimoine en tant que concept abstrait (et qui peut donc être vide) est donc par excellence un atout à l'existence juridique et économique de la personne. Il n'est cependant pas une condition nécessaire à la personnalité telle que définie par les *status*, et serait plutôt une conséquence ou prérogative de cette personnalité.

Les jalons d'une définition du patrimoine romain étant posés, nous pouvons analyser et délimiter l'institution du pécule. Nous verrons que l'exercice n'est pas évident tant l'institution est à la fois liée au patrimoine qu'indépendante de celui-ci sous certains aspects.

b. Composition du pécule - la définition objective

A l'origine, nous l'avons vu, le pécule était composé de quelques biens simplement détenus par l'esclave⁸⁷⁸. Il n'avait pas de portée

⁸⁷⁶ Cf. les textes cités dans les notes précédentes où il est question de passif.

⁸⁷⁷ En effet, la responsabilité du maître est qualifiée p. ex. d'*in solidum* lorsque l'esclave a agi *quod iussu*, ou se trouve limitée au montant du pécule lorsque l'esclave a agi *de peculio*.

⁸⁷⁸ Cf. la section « Introduction », p. 239 ss.

juridique particulière et n'était pas réglementé. Son existence était purement factuelle⁸⁷⁹. Ce n'est qu'à la fin de la République et sous l'influence du préteur qu'il a acquis une valeur juridique⁸⁸⁰. En effet, l'« *Edictum triplex* » l'a érigé en véritable institution juridique dès le I^{er} s. av. J. C.

Dans un monde juridique en évolution qui recherche des solutions harmonieuses tout en conservant la plupart des acquis de l'ancien droit, il n'est pas étonnant de constater quelques paradoxes. En effet, les différentes constructions et particularités de ce droit en évolution conduisent à des réflexions juridiques poussées, parfois par nécessité, jusqu'à la fiction⁸⁸¹.

Notre tentative sera donc de définir le pécule et d'analyser sa constitution juridique, d'abord sur un plan objectif (quant à sa composition et ses conditions d'existence), puis subjectif (quant aux différents rapports de droit qui en dépendent).

i. La définition générale

Ulpien rapporte que Tubéron donne la définition suivante du pécule :

*D. 15, 1, 5, 4 Ulpianus : Peculium autem Tubero quidem sic definit, ut Celsus libro sexto Digestorum refert, quod servus domini permissu separatim a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur.*⁸⁸²

Le texte souligne que le pécule correspond à ce qu'un esclave tient séparément des comptes de son maître et sur sa permission. Nous

⁸⁷⁹ En ce sens, cf. : MANDRY, II, p. 1 ; LONGO G., S. D. H. I. 1 (1935), p. 406 ; BRÓSZ, p. 335 ; KASER, I, § 141 II 1, p. 607 ; BUTI, p. 16 ; ALBANESE, p. 151 ; BURDESE, Studi Sanfilippo I, p. 73, qui parle de « réalité de fait ».

⁸⁸⁰ Cf. : BUTI, p. 18.

⁸⁸¹ La fiction de liberté insérée dans la formule *de peculio* en est le témoignage le plus saillant.

⁸⁸² Traduction : Comme le rapporte Celse au livre six du Digeste, Tubéron donne cette définition du pécule : le pécule est ce que l'esclave a entre les mains avec la permission de son maître, séparément des comptes de celui-ci, et déduction faite de ce que l'esclave peut lui devoir.

pensons en effet que le pécule est représenté par un compte spécial administré par l'esclave composé d'un actif et d'un passif⁸⁸³.

ii. L'actif

Un texte d'Ulpien décrit la composante matérielle du pécule :

*D. 15, 1, 7, 4-7 Ulpianus : 4 In peculio autem res esse possunt omnes et mobiles et soli : vicarios quoque in peculium potest habere et vicariorum peculium : hoc amplius et nomina debitorum. 5 Sed et si quid furti actione servo deberetur vel alia actione, in peculium computabitur : hereditas quoque et legatum, ut Labeo ait. 6 Sed et id quod dominus sibi debet in peculium habebit, si forte in domini rationem impendit et dominus ei debitor manere voluit aut si debitorem eius dominus convenit. quare si forte ex servi emptione evictionis nomine duplum dominus exegit, in peculium servi erit conversum, nisi forte dominus eo proposito fuit, ut nollet hoc esse in peculium servi. 7 Sed et si quid ei conservus debet, erit peculii, si modo ille habeat peculium vel prout habebit.*⁸⁸⁴

⁸⁸³ En effet, plusieurs textes font état de ce compte particulier. En ce sens, cf. : le D. 15, 1, 4, pr. *Pomponius*, qui précise que le pécule ne consiste pas en ce que l'esclave tient du maître directement, mais en ce qui est séparé par le maître de son compte « patrimoine propre ». Le (sous-)compte du pécule est donc bien distingué du compte « central » (ou « propre ») du maître, mais il lui reste juridiquement inclus. Voir encore : le D. 15, 1, 58 *Scaevola*, qui présente le cas d'esclaves débiteurs de leur maître par rapport à des inscriptions notées sur un compte du livre de comptes central (*ex ratione kalendarii*) ; le D. 35, 1, 40, 3 *Iavolenus* (*Namusa, Servius*), qui traite d'une dette du maître envers son esclave inscrite *in tabulis* (sur les livres de comptes).

Voir en outre dans le sens de la reconnaissance d'un compte distinct : le D. 40, 1, 6 *Alfenus Varus* ; le D. 15, 1, 37, 1 *Iulianus* ; le D. 15, 1, 37, 2 *Iulianus* ; le D. 41, 1, 37, 1 *Iulianus* ; le D. 15, 1, 4, 6 *Pomponius* ; le D. 15, 1, 49, 2 *Pomponius* à la fin ; le D. 15, 1, 57, 2 *Tryphoninus* ; le D. 15, 1, 7, 6 *Ulpianus* ; le D. 15, 1, 9, 6 *Ulpianus* ; le D. 15, 1, 32, 1 *Ulpianus* ; le D. 33, 8, 6, 4 *Ulpianus* (*Pegasus, Nerva, Gneus Domitius, Atilicinus*) ; le D. 15, 1, 8 *Paulus*.

Voir de plus les notes 1503 et 1504.

Dans le sens de l'existence d'une comptabilité séparée, voir : MANDRY, II, p. 61 ; MICOLIER, p. 188 ; BUTI, p. 19 s. ; BRINKHOF, p. 237 ; APATHY, Z. S. S. 96 (1979), p. 399 ; BURDESE, Studi Sanfilippo I, p. 73 et 94 s. ; AMIRANTE, Studi Sanfilippo III, p. 3 ss, qui indique que le pécule est tout ce que l'esclave a séparément des *rationes dominicae*.

⁸⁸⁴ Traduction : 4 Le pécule est composé de toutes sortes de choses, meubles et immeubles. Un esclave peut même avoir dans son pécule des esclaves vicaires et le pécule de ceux-ci. En outre, il peut contenir des créances contre des débiteurs. 5 Si quelque chose est dû à l'esclave par l'action

Ainsi, le pécule peut contenir toutes sortes de choses et de droits⁸⁸⁵. On y trouve de manière générale aussi bien des choses mobilières qu'immobilières⁸⁸⁶, contrairement à la *merx peculiaris* ne contenant pas d'immeubles⁸⁸⁷. Ces choses peuvent d'ailleurs ne pas nécessairement se trouver en mains de l'esclave⁸⁸⁸. Les droits dont il est question consistent en des créances (droits de créance)⁸⁸⁹ aussi bien contre des débiteurs externes à la *familia*⁸⁹⁰ que contre le maître⁸⁹¹, ses héritiers⁸⁹², voire des co-esclaves⁸⁹³.

du vol ou par toute autre action, cette créance sera comptée au pécule. Il en va de même, dit Labéon, de la succession ou du legs déferés à l'esclave. 6 L'esclave aura dans son pécule ce que le maître lui doit, s'il dépense ou emploie quelque chose en faveur des comptes du maître et que celui-ci veuille bien rester son débiteur, ou si le maître actionne pour la dette d'un de ses débiteurs. Ainsi, si à l'occasion de l'achat d'un esclave par un esclave, le maître de celui-ci exige le paiement du double du prix au nom de l'éviction, cela sera versé dans le pécule de l'esclave, à moins que le maître, en l'exigeant, n'ait point voulu le laisser dans le pécule de son esclave. 7 Le pécule d'un esclave comprendra aussi ce qu'un co-esclave lui doit, pourvu que celui-là possède un pécule ou dans la mesure où il en possèdera un tout prochainement.

⁸⁸⁵ Voir p. ex. : le D. 15, 1, 40, 1 *Marcianus*, qui indique que ce que l'esclave acquiert et que le maître ne doit pas nécessairement lui remettre fait partie du pécule.

Au sujet des composantes de l'actif du pécule, cf. : MANDRY, II, p. 42 ss ; BUCKLAND, p. 188 et 220, qui indique que le pécule peut contenir aussi bien des choses matérielles que des obligations ; MICOLIER, p. 146 ss.

⁸⁸⁶ En ce sens, cf. : le D. 15, 1, 16 *Iulianus (Marcellus)* au milieu, qui indique que qu'un des maîtres copropriétaires de l'esclave commun peut lui remettre de l'argent (*pecuniam*) ou d'autres choses (*res aliquas*) tout en se réservant la propriété de ces effets ; le D. 33, 8, 15 *Afrenus Varus* et le D. 33, 8, 16, pr. *Africanus*, où le pécule d'un esclave peut contenir d'autres esclaves ; le D. 15, 1, 22-23 *Pomponius*, où il semble que le pécule contient une maison ; le D. 15, 1, 25 *Pomponius*, qui démontre qu'un vêtement utilisé régulièrement par l'esclave fait partie de son pécule (toutefois, voir l'avis contraire de Marcien au D. 15, 1, 40, 1 *Marcianus*) ; le D. 33, 8, 6, pr. *Ulpianus (Iulianus, Celsus)*, qui parle de corps certains (*corporibus* dans le texte), comme p. ex. de fonds de terre ou de maisons ; le D. 15, 1, 39 *Florentinus*, qui précise que le pécule peut contenir des économies (*parsimonia*), donc sans doute aussi de l'argent, ainsi que des donations (qui peuvent être de toutes sortes). Voir en outre et toujours à propos des choses matérielles composant le pécule : le D. 6, 1, 56 *Iulianus* ou le D. 33, 8, 8, pr. *Ulpianus (Pegasus)*, qui parlent de *singula corpora (res)*.

⁸⁸⁷ Voir la section « La *merx peculiaris* – *l'actio tributoria* », p. 401 ss.

⁸⁸⁸ Voir p. ex. : le D. 33, 8, 6, 1 *Ulpianus*, qui mentionne le fait que certains objets du pécule se trouvent en possession d'un tiers. Voir de plus : le D. 15, 1, 32, pr. *Ulpianus (Iulianus)* et le D. 15, 1, 47, 6 *Paulus*, qui soulignent le fait que l'on considère le pécule où qu'il se trouve (*ubicumque*).

⁸⁸⁹ Au sujet de ces droits de créance, voir : MANDRY, II, p. 43 s. ; BUCKLAND, p. 188 ; BUTI, p. 140 ss.

⁸⁹⁰ Voir p. ex. : le D. 15, 1, 51 *Scaevola*, qui indique que le pécule peut être composé de créances contre des tiers, mais que le maître actionné *de peculio* par un créancier du pécule ne sera point

Comme pour le cas du *patrimonium* ou des « *bona* »⁸⁹⁴, on peut donc considérer que cet ensemble forme un actif.

iii. Le passif

En parallèle au côté actif, l'entité du pécule possède également un côté passif concrétisé dans les différentes dettes dont l'esclave peut être grevé :

condamné à raison de la somme totale de ces créances, car les frais d'exécution pour les obtenir sont incertains. Dès lors, le maître a la possibilité d'effectuer une cession de ces créances auprès du créancier demandeur pour le satisfaire. Voir encore : le D. 15, 1, 16 *Iulianus* (*Marcellus*) à la fin, qui précise que, dans le cas d'un esclave en commun, le *servus* peut avoir un pécule non commun notamment dans l'hypothèse où celui-ci consiste en des droits de créance qu'un des maîtres a contre des tiers et qu'il a cédés à l'esclave commun à titre de pécule. Ces créances, ne visant personnellement qu'un seul des deux maîtres copropriétaires de l'esclave, ne peuvent pas créer de solidarité active entre eux une fois cédées à l'esclave en commun. Voir en outre : le D. 46, 1, 16, 4 *Iulianus* et le D. 15, 1, 41 *Ulpianus*, où il apparaît que l'esclave peut être considéré comme le créancier naturel (ou de fait) d'un tiers, et son maître comme le titulaire de l'action civile permettant de faire valoir la créance contre ce tiers-débiteur. Ce ne serait qu'en abusant des termes que l'on pourrait dire qu'un esclave est créancier d'une obligation (ou dette) de droit civil. De plus, voir encore : le D. 15, 1, 56 *Paulus*, où l'esclave devient titulaire d'un droit de créance naturelle contre un tiers en faveur de qui il s'est acquitté d'une dette que ce tiers avait envers le maître.

⁸⁹¹ Voir à ce sujet : le D. 15, 1, 49, 2 *Pomponius*, qui indique que pour pouvoir considérer l'esclave comme créancier de son maître (ou à l'inverse son maître comme débiteur), il faut que la raison qui donne lieu à la dette se fonde sur une « cause civile » (*ex causa civili*), c'est-à-dire comme si l'esclave et le maître pouvaient entrer en relation juridique s'ils étaient deux *sui iuris* ; le D. 12, 6, 64 *Typhboninus*, où le maître qui devait quelque chose à l'esclave avant son affranchissement ne pourra répéter ce qu'il lui a payé, celui-ci une fois libre, car l'obligation naturelle (ici la dette du maître) est alors civilement reconnue et l'empêche de pouvoir répéter (cf. en outre : le D. 12, 6, 38, 1-2 *Africanus*, pour le cas analogique du fils de famille) ; le D. 33, 8, 6, 4 *Ulpianus* (*Pegasus*, *Nerva*, *Gneus Domitius*, *Atilicinus*), où un esclave apparaît comme le créancier de son maître. Le texte prévoit aussi la possibilité de compenser une dette avec une créance.

Voir à ce sujet : BUCKLAND, p. 188, qui pense que les dettes du maître envers l'esclave sont incluses dans le pécule de celui-ci ; KASER, I, § 113 II, p. 480 s. ; BURDESE, Studi Biscardi I, p. 165 s., qui conçoit la dette du maître envers l'esclave plus comme un élément de l'actif du pécule que comme une partie comptable de celui-ci.

⁸⁹² Cf. p. ex. : le D. 33, 8, 5 *Paulus*, où un héritier qui lègue un pécule doit remettre au légataire les sommes qu'il devait à l'esclave dont le pécule est légué.

⁸⁹³ Voir p. ex. : Gai. 4, 73 *a contrario* et le D. 33, 8, 6, pr. *Ulpianus* (*Iulianus*, *Celsus*), qui indiquent qu'un esclave peut devoir quelque chose à un autre esclave (créancier). Voir en outre, pour le cas des rapports entre esclaves vicaires et ordinaires : le D. 15, 1, 17 *Ulpianus* (*Atilicinus*, *Proculus*, *Servius*).

⁸⁹⁴ Cf. les développements de la section « La notion de patrimoine romain », p. 248 ss.

*D. 15, 1, 4, 5 Pomponius : Si aere alieno dominico exhauriatur peculium servi, res tamen in causa pecuniaria manent : nam si aut servo donasset debitum dominus aut nomine servi alius domino intulisset, peculium suppletur nec est nova concessione domini opus.*⁸⁹⁵

*D. 15, 1, 9, 6 Ulpianus : Sive autem ex contractu quid domino debeat sive ex rationum reliquis, deducet dominus. sed et si ex delicto ei debeat, ut puta ob furtum quod fecit, aequè deducetur. [...].*⁸⁹⁶

L'on retrouve, dans le premier texte, la notion de *aes alienum*, qui rappelle curieusement celle énoncée au sujet du patrimoine d'un *sui iuris* ; ainsi une dette peut être due au maître (cf. les deux textes cités)⁸⁹⁷ ou à un tiers⁸⁹⁸. Le deuxième texte d'Ulpien indique ce que l'esclave peut devoir à

⁸⁹⁵ Traduction : Si le pécule de l'esclave est épuisé par les créances de son maître, cependant les effets qui le composent ne cessent point d'en faire partie ; car, si le maître eût fait remise de cette dette ou qu'un tiers eût payé le maître au nom de l'esclave, le pécule serait rempli et il n'y aurait pas besoin d'une nouvelle concession du maître pour le rétablir en ce premier état.

⁸⁹⁶ Traduction : Or, le maître aura la faculté de déduire ce qui lui sera dû par l'esclave, soit sur la base d'un contrat, soit sur la base d'un reliquat de compte. Il en va de même pour un délit, un vol que l'esclave aurait commis contre le maître. [...].

⁸⁹⁷ Voir encore : Gai. 4, 73, où il apparaît que la valeur du pécule est établie ensuite de la déduction des dettes envers le maître, voire envers des co-esclaves ; le D. 15, 1, 4, 5 *Pomponius*, qui précise que le pécule peut « être épuisé » par les créances du maître, sans toutefois affecter les effets qui s'y trouvent, car ce dernier peut toujours décider d'annuler les dettes de son esclave envers lui. De même, le D. 15, 1, 49, 2 *Pomponius* au début, indique que l'esclave peut devoir quelque chose à son maître pour autant que la cause de l'obligation soit civile ; le D. 33, 8, 6, 4 *Ulpianus* (*Pegasus, Nerva, Gneus Domitius, Atilicinus*), précise que la dette d'un esclave envers son maître diminuera le legs du pécule que celui-ci fera à son esclave une fois affranchi ; mais l'esclave pourra toujours opposer la compensation.

Il semble que la dette résultant d'un délit grève également le pécule de l'esclave : cf. p. ex. le D. 19, 1, 30, pr. *Africanus*, où un maître qui aliène son esclave avec son pécule pourra retenir le montant de la chose volée sur celui-ci.

Voir en outre : MANDRY, II, p. 47 ss ; KASER, I, § 113 II, p. 480 s.

⁸⁹⁸ Voir : Gai. 4, 73, où l'esclave peut être débiteur de co-esclaves, ce qui implique que ceux-ci ont aussi un pécule ; le D. 46, 1, 16, 4 *Iulianus* et le D. 15, 1, 41 *Ulpianus*, déjà cités en note 890, où il apparaît, inversement, que l'esclave peut être naturellement débiteur envers des tiers, ce qui grève le pécule d'un passif. Seul son maître pourra cependant civilement être soumis à l'action du pécule, voire à l'action *de in rem verso* (cf. la section « Le *versum in rem* et l'*actio de in rem verso* », p. 433). Voir encore : le D. 33, 8, 6, pr. *Ulpianus* (*Iulianus, Celsus*), où il est question de dettes envers le maître, ses enfants ou encore des co-esclaves (*conservis* dans le texte) ; le D. 33, 8, 6, 5 *Ulpianus* et le D. 33, 8, 8, pr. *Ulpianus*, qui précisent que la déduction d'une dette pourra se faire aussi en

son maître et ce qui sera déduit du pécule : p. ex. une dette issue d'un contrat, d'un solde de compte en faveur du maître⁸⁹⁹ ou encore d'un délit⁹⁰⁰. Tous ces éléments sont bien constitutifs d'un passif du pécule⁹⁰¹.

A ce stade du raisonnement, tout paraît indiquer que le pécule correspond à une universalité juridique, comme nous l'avons expliqué dans la section précédente. Mais peut-on considérer que le pécule est un véritable patrimoine au sens juridique du terme ?

iv. Le pécule comme universalité de droits et d'obligations

La notion-même de *peculium* indique que les Romains l'entendent comme un concept abstrait. De nombreux textes rapprochent de plus l'institution du pécule de la conception du patrimoine⁹⁰².

faveur d'un héritier à qui l'esclave doit quelque chose, lorsque l'héritier devra léguer son pécule. Cette dette sera déduite sur les corps certains composant le pécule.

Voir en outre : MANDRY, II, p. 49 ss.

⁸⁹⁹ Voir aussi : le D. 15, 1, 58 *Scaevola*.

⁹⁰⁰ En effet, selon le D. 15, 1, 49, 2 *Pomponius*, il semble que la cause qui peut donner lieu à une dette du pécule en faveur du maître doive correspondre par fiction à une cause civile possible entre deux *sui iuris*. Ainsi p. ex., le D. 19, 1, 30, pr. *Africanus*, prévoit que le maître puisse déduire du pécule de son esclave, lors de sa vente *cum peculio*, ce que celui-ci lui a volé ; voici un exemple de *causa civilis delictis* (c.-à-d. cause civile délictuelle) engendrant une dette de l'esclave envers son maître.

⁹⁰¹ La nature de ces droits de créance ou de ces dettes que l'esclave a vis-à-vis de tiers ou de son propre maître, et qui sont rattachés à son pécule, sera étudiée plus avant.

Voir les sections « Les rapports externes », p. 325 ss, « Les rapports internes », p. 354 ss, et spécialement « Le *ius deductionis* », p. 364 ss.

Voir en outre au sujet du passif du pécule : MANDRY, II, p. 46 ss ; MICOLIER, p. 175 ss.

⁹⁰² Voir les notes 945, 951 et 946.

Voir, au sujet du rapprochement des notions de pécule et de patrimoine : MANDRY, II, p. 1 et 6 ss ; BUCKLAND, p. 187 s. ; MICOLIER, p. 102 ss, spéc. p. 110 et 145, où l'auteur relève que dès le début de l'époque classique, on a cessé de considérer le pécule comme une masse de *bona* pour en faire une « *universitas iurium* ». A la p. 572, MICOLIER va jusqu'à affirmer que le pécule devient une sorte de patrimoine gravitant autour de la personnalité de l'esclave et que les droits qui le composent l'investissent peu à peu. Voir encore : LONGO G., S. D. H. I. 1 (1935), p. 401 ; KASER, I, § 29, IV 2, p. 114 et § 67 III 5, p. 287, qui parle de « Sondergut » pour qualifier le pécule faisant partie du patrimoine central du maître ; BRINKHOF, p. 238 ; ALBANESE, p. 151 et la note 662, p. 151 ; MARTINI, LABEO 26 (1980), p. 105 ; AMIRANTE, Studi Sanfilippo III, p. 3 et 7 s., qui indique que le pécule est un petit patrimoine séparé des comptes du maître ; DI PORTO, p. 209 ; MAYER-MALY, § 29 II 2, p. 64.

Par ailleurs, nous pensons que tous les textes qui mentionnent l'existence d'un pécule vide de toute chose ou de droits (*in quo nihil est*) confirment également la création abstraite d'une universalité ou plutôt sous-universalité⁹⁰³.

Un texte de Pomponius semble ainsi considérer l'entité du pécule comme une universalité :

*D. 33, 8, 10 Pomponius : Si peculium servo vel filio praelegare velis, ne deducatur id quod tibi debebitur, specialiter ea quae in peculio erunt leganda sunt.*⁹⁰⁴

On déduit de ce texte que l'ensemble du pécule est composé non seulement d'un actif, mais encore d'un passif, déductible au plus tard au moment d'un legs. Le pécule est donc bien considéré comme une universalité abstraite⁹⁰⁵.

⁹⁰³ En effet, le D. 15, 1, 30, pr. *Ulpianus (Proculus, Pegasus)* et le D. 42, 4, 7, 15 *Ulpianus*, précisent que l'action *de peculio* peut être intentée, alors même qu'il ne se trouve rien dans le pécule. Voir de plus : le D. 46, 1, 35 *Paulus*, qui indique que la personne qui s'est portée garante (*fideiussio*) pour les dettes du pécule reste tenue *in solidum*, et ce, même s'il est vide. Ces fragments impliquent donc que le pécule reste abstraitement grevé des dettes, même s'il ne contient pas d'actifs ; preuve en est d'une part que l'action peut valablement être ouverte à ce moment-là, d'autre part que le fidéjusseur reste obligé, et donc que la dette « péculiaire » qu'il cautionne n'est pas éteinte.

D'autres textes font état de ce *peculium in quo nihil est* : voir p. ex. le D. 15, 1, 50, pr. *Papinianus (Iulianus)* ; le D. 34, 3, 27 *Tryphoninus* ; le D. 15, 1, 11, 8 *Ulpianus (Iulianus)* ; le D. 15, 1, 32, 1 *Ulpianus* ; le D. 33, 8, 11 *Ulpianus* ; le D. 4, 3, 20, pr. *Paulus (Labeo)*.

Voir encore à ce sujet : le D. 15, 1, 4, 5 *Pomponius*, qui montre que les effets (choses) continuent de faire partie du pécule, alors même qu'il serait épuisé par une dette envers le maître, car ce dernier peut toujours remettre la dette sans qu'il ne soit nécessaire de concéder à nouveau un pécule (cf. le D. 33, 8, 6, 1 *Ulpianus* à la fin) ; le D. 15, 1, 50, pr. *Papinianus* et le D. 46, 1, 35 *Paulus*, qui indiquent qu'une fidéjussion en faveur d'une obligation grevant un pécule vide est valable. Il est donc concevable qu'un passif (ici la dette cautionnée) puisse grever un pécule abstraitement et indépendamment de tout contenu matériel.

Voir de plus la section « le pécule *in quo nihil est* », p. 298 ss.

⁹⁰⁴ Traduction : Si vous voulez léguer à votre esclave ou à votre fils son pécule, de manière qu'on ne puisse pas en retrancher ce qu'il vous doit, il faut léguer spécialement chaque chose qui le compose.

⁹⁰⁵ Voir en outre, dans le sens d'une conception abstraite d'universalité : le D. 6, 1, 56 *Iulianus*, qui indique que l'on ne peut pas revendiquer un pécule en son entier, mais, si on le reçoit à titre de legs, on pourra revendiquer chaque effet (*res singulas*) qui le compose. Sans mettre l'accent sur l'aspect du passif, ce texte nous incite à concevoir le pécule comme une entité abstraite, non soumise à revendication en tant que telle, comme il en va normalement de tout patrimoine. Voir encore : le D. 21, 1, 33 *Ulpianus (Pomponius)* au milieu, où il apparaît clairement que Pomponius

v. L'unité du pécule

La caractéristique de l'universalité est le pendant de l'idée d'unité de l'entité du pécule⁹⁰⁶. Ainsi, il semble que l'esclave soumis à la puissance d'un seul maître ne puisse avoir qu'un seul pécule. La casuistique présentée dans les trois sous-titres ci-après paraît bien en attester.

Le vicaire (vicarius)

L'esclave vicaire contenu dans le pécule d'un esclave ordinaire et « possédant » un pécule ne divise pas le pécule de l'ordinaire. En effet, lui-même, ainsi que son pécule, sont contenus dans celui de l'esclave ordinaire, comme si ce dernier était le maître du vicaire⁹⁰⁷ ; ce « sous-pécule » suit le « même régime » que le pécule et apparaît aussi comme une universalité sous forme de sous-ensemble⁹⁰⁸.

désigne le pécule comme une universalité de choses, au même titre qu'une succession, par opposition aux corps certains qu'il renferme ; le D. 33, 8, 6, 1 *Ulpianus*, qui précise que, si un legs est fait avec l'instruction de ne pas déduire les dettes du pécule, il faut entendre ici que les dettes grèvent tous les biens qui composent ledit pécule où qu'ils se trouvent (*in solidis rebus voluntatem aeris alieni non deducendi*). Cette idée souligne une fois de plus le concept d'universalité d'actifs et de passifs formant le *peculium*.

En ce sens également, cf. : MANDRY, II, p. 19 s. ; BUCKLAND, p. 188, qui considère le pécule comme une « *universitas* » ; MICOLIER, p. 190. D'un autre avis, voir : LONGO G., S. D. H. I. 1 (1935), p. 399.

⁹⁰⁶ A ce sujet, voir : BUCKLAND, p. 192, qui pense que l'unité du pécule ne serait pas intrinsèque à celui-ci, mais dépendrait de son existence en tant que quasi-patrimoine séparé ; MICOLIER, p. 187 ss, qui indique que le pécule forme un groupe homogène au sein du patrimoine du maître.

⁹⁰⁷ A titre comparatif, nous renvoyons le lecteur à ce qui est dit à ce sujet dans la section « *La mercx pecularis – l'actio tributoria* », p. 401 ss.

Au sujet de la *quasi-potestas* de l'ordinaire sur le *vicarius*, cf. : MICOLIER, p. 574 ss.

⁹⁰⁸ Voir à ce sujet : le D. 15, 1, 4, 6 *Pomponius*, qui précise que le pécule du vicaire est composé de ce qui est séparé des comptes du maître, ainsi que de ceux de l'ordinaire ; le D. 15, 1, 17 *Ulpianus* (*Attilicinus, Proculus, Servius*), qui indique toutefois que les pécules d'esclaves vicaires sont juridiquement inclus dans le pécule de l'ordinaire ; le D. 33, 8, 6, 3 *Ulpianus*, où, d'une part, le maître qui affranchit son esclave ordinaire et son vicaire leur lègue à chacun leur pécule, et d'autre part, l'esclave du vicaire n'est légué qu'au vicaire, sauf volonté contraire du testateur ; cela tend à souligner l'universalité distincte des deux pécules (de l'ordinaire et du vicaire). Mais, au D. 33, 8, 25 *Celsus*, il est précisé que le legs de son pécule à l'esclave affranchi, contient les vicaires de ses vicaires, et que donc les sous-pécules ne seraient pas juridiquement séparés du pécule de l'ordinaire affranchi, mais qu'ils en feraient partie intégrante. Voir en outre : le D. 15, 1, 19, pr. *Ulpianus*, où, lorsque l'*actio de peculio* est intentée sur le pécule de l'ordinaire, le pécule du vicaire ne

La merx (lot de marchandises) comme partie intégrante du pécule

Nous constatons que la *merx peculiaris* est distinguée du pécule en plusieurs points, mais qu'elle reste partie intégrante de celui-ci⁹⁰⁹. Il n'en résulte donc pas juridiquement une division du pécule, comme l'indique le texte suivant :

*D. 14, 4, 11 Gaius : [...] at in actione de peculio totius peculii quantitas spectatur, in quo et merces continentur. et fieri potest, ut dimidia forte parte peculii aut tertia vel etiam minore negotietur [...].*⁹¹⁰

L'esclave en copropriété

Lorsqu'un esclave est en copropriété, son pécule entre également dans cette copropriété. La copropriété porte en effet sur un tout indivisible fractionné en parts idéales⁹¹¹. Cette idée de propriété communautaire renforce le concept de l'unité du pécule. Ainsi, p. ex., si l'un des associés est actionné et qu'il ait une action récursoire contre son coassocié, on prendra en compte tout le pécule (dans le texte suivant *universum peculium*)⁹¹² :

peut plus être soumis à l'action, ce qui signifie que le pécule de l'ordinaire contient juridiquement aussi l'actif et le passif du pécule du vicaire, empêchant l'action de *peculio vicarii*, vu que le sous-pécule a déjà été pris en compte lors de la première action ouverte au regard du pécule de l'ordinaire (voir à ce sujet encore : MICOLIER, note 23, p. 369 s.).

Voir en outre : MICOLIER, p. 355 ss, qui précise que le pécule du vicaire est une universalité juridique, comme celui de l'ordinaire et qui considère, p. 369 ss, que le pécule du vicaire n'est cependant qu'une partie du pécule de l'ordinaire. Voir de plus, la p. 372, où MICOLIER insiste sur le fait que l'esclave soumis à un seul père de famille ne peut « avoir simultanément qu'un seul pécule ».

⁹⁰⁹ Voir pour plus de développements la section « la *merx peculiaris* – l'*actio tributoria* », p. 401 ss.

Voir en outre : MICOLIER, p. 349 ss.

⁹¹⁰ Traduction : [...] Dans l'action de *peculio*, on considère toute la quantité du pécule, dans lequel sont comptées les marchandises vouées à un commerce donné (soit la valeur de celles-ci). Il peut arriver que l'on négocie pour la moitié, le tiers ou même pour une portion inférieure de son pécule [...].

Voir, dans le même sens : Gai. 4, 74a.

⁹¹¹ En ce sens, cf. : MICOLIER, p. 372 ss ; DI PORTO, p. 7 ss.

⁹¹² En ce sens, cf. : MICOLIER, p. 460 ; DI PORTO, p. 354 ss.

*D. 15, 1, 51 Scaevola : [...] quod enim dicitur, si cum uno ex sociis agatur, universum peculium computandum quia sit cum socio actio [...].*⁹¹³

Le cas où un esclave commun détient deux pécules au nom de maîtres différents ne doit pas nous inciter à penser qu'il s'agit d'un seul pécule juridiquement divisé ; il s'agit simplement de deux entités abstraites distinctes appartenant chacune à un propriétaire différent⁹¹⁴. De même, un esclave peut être commun et ne détenir de pécule que de l'un de ses maîtres⁹¹⁵.

vi. Les autres caractéristiques objectives

Pour pouvoir être considéré comme un « patrimoine », soit une universalité abstraite, il faut encore que le *peculium* ait une valeur pécuniaire, qu'il puisse augmenter, diminuer et enfin, qu'il ait un titulaire.

Le pécule comme valeur pécuniaire

Il n'y a pas de doute que le pécule puisse être évalué pécuniairement.

*D. 15, 1, 5, 3 Ulpianus : Peculium dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum.*⁹¹⁶

D. 33, 8, 6, pr. Ulpianus : Si peculium legetur et sit in corporibus, puta fundi vel aedes, si quidem nihil sit, quod servus domino vel conservis liberisve domini debeat, integra corpora

⁹¹³ Traduction : [...] On dit en effet que, si l'on ouvre action contre l'un des associés, tout le pécule doit être compté, parce que ce dernier aura une action (récursaire) contre l'autre [...].

Voir, dans le même sens : le D. 15, 1, 16 *Iulianus* et le D. 10, 3, 25 *Iulianus* ; le D. 10, 3, 9 *Africanus* ; le D. 15, 1, 27, 8 *Gaius*, le D. 15, 1, 11, 9 *Ulpianus*, le D. 15, 1, 15 *Ulpianus* et le D. 10, 3, 8, 4 *Paulus*, où l'action ouverte contre l'un des associés engage l'autre par solidarité, c'est-à-dire qu'on prendra en compte toutes les parts idéales de chacun des associés, le pécule en commun formant un tout.

⁹¹⁴ Cf. p. ex. : le D. 15, 1, 15 *Ulpianus*.

Voir en outre : MICOLIER, p. 657.

⁹¹⁵ Cf. p. ex. : le D. 15, 1, 16 *Iulianus*, qui présente une casuistique en réponse à cette question.

⁹¹⁶ Traduction : On considère le pécule quasiment comme une petite somme ou comme un petit patrimoine.

*vindicabuntur : sin vero sit, quod domino vel supra scriptis personis debeat, deminui singula corpora pro rata debebunt. et ita et Iulianus et Celsus putant.*⁹¹⁷

Ces deux textes présentent de manière non exhaustive le pécule comme une entité évaluable en argent. Le premier texte est représentatif lorsqu'il affirme que le pécule peut être considéré comme une petite somme (*pecunia*). Le deuxième texte démontre qu'une dette de l'esclave sera déduite des biens qui composent le pécule légué ; il apparaît évident que les jurisconsultes ont en vue une estimation pécuniaire du pécule pour pouvoir en déduire au prorata la valeur économique de la dette au moment du legs⁹¹⁸.

Une quantité d'autres textes font référence à une évaluation pécuniaire du pécule⁹¹⁹, notamment au moment de la condamnation *de peculio*⁹²⁰, mais encore lors de l'aliénation de l'esclave *cum peculio*, de l'*actio annalis*⁹²¹ ou du legs du *peculium*⁹²².

Tous les fragments qui traitent de créances ou de dettes du pécule, notamment à déduire, font de ce dernier obligatoirement une entité de valeur économique⁹²³ :

Gai. 4, 73 : Cum autem quaeritur, quantum in peculio sit, ante deducitur, quod patri dominove quique in eius potestate

⁹¹⁷ Traduction : Si le pécule qui a été légué consiste en corps certains, comme en fonds de terre ou en maisons, le légataire revendiquera ces choses en entier, si l'esclave ne doit rien d'ailleurs à son maître ou à ses enfants, ou à d'autres esclaves. Mais s'il leur doit quelque chose, ces choses particulières devront être diminuées au prorata de la valeur de ce qui est dû. C'est l'opinion de Julien et de Celse.

⁹¹⁸ Voir, dans le même sens : le D. 33, 8, 8, pr. *Ulpianus (Pegasus)*, qui précise qu'au moment du legs d'un pécule à un affranchi testamentaire, on déduira sur les corps certains ce qu'il devait à l'héritier. Inévitablement, la dette déduite dans ce cas se fait sur l'estimation comptable des biens qui composent le pécule.

⁹¹⁹ Voir p. ex. : le D. 15, 1, 39 *Florentinus*, où il est question d'économies faites par l'esclave, très certainement en numéraire.

⁹²⁰ Voir à ce sujet les règles de procédure présentées par Gaius à Gai. 4, 48 ss.

⁹²¹ Voir notamment le D. 15, 1, 37, 2 *Iulianus*, où l'action *annalis* contre le copropriétaire, vendeur d'un esclave *cum peculio*, vise la valeur comptable de la part de copropriété du pécule qui existait au moment de l'aliénation comme montant maximum de la responsabilité annale.

⁹²² Cf. : le D. 33, 8, 6, pr. *Ulpianus* cité dans le corps du texte à ce sujet.

⁹²³ Voir à ce sujet les divers textes cités dans la section « le *ius deductionis* », p. 364 ss.

*sit, a filio servove debetur, et quod superest, hoc solum peculium esse intellegitur. [...]*⁹²⁴

*D. 15, 1, 9, 2 Ulpianus : Peculium autem deducto quod domino debetur computandum esse, quia praevenisse dominus et cum servo suo egisse creditur.*⁹²⁵

Ces textes, employant les termes de *quantum in peculio* ou *computare*, montrent clairement que le pécule s'évalue pécuniairement et que c'est sur cette valeur économique résiduelle que se fondera notamment la responsabilité de *peculio*⁹²⁶.

De manière plus générale, les textes où l'on observe que le pécule peut augmenter ou diminuer supposent aussi d'une certaine manière qu'il s'estime en argent⁹²⁷.

On peut en outre se rapporter à l'institution relative à l'*actio tributoria* étudiée dans le présent ouvrage⁹²⁸ où la question de l'évaluation en argent s'est aussi posée.

Les augmentations et diminutions du pécule

Comme il en va de la *merx peculiaris*⁹²⁹, l'étendue du pécule peut varier. Ainsi le compte spécial du *peculium* peut augmenter ou diminuer jusqu'à la condamnation éventuelle du maître, voire après celle-ci⁹³⁰ :

D. 15, 1, 32, 1 Ulpianus : In hoc autem iudicio licet restauretur praecedens, tamen et augmenti et decessionis rationem

⁹²⁴ Traduction : Or, lorsqu'on se demande quelle quantité représente le pécule, on commence par déduire ce que l'esclave ou le fils doit au père ou au maître ou à celui qui est « en puissance », et seule la différence est considérée comme pécule.

⁹²⁵ Traduction : Le pécule doit être calculé déduction faite de ce qui est dû au maître, car le maître est considéré comme le créancier le plus diligent qui aurait agit en premier contre son esclave.

⁹²⁶ Cf. la section « Le moment de l'estimation du pécule », p. 383 ss.

⁹²⁷ Pour ne citer qu'un exemple : cf. le D. 15, 1, 32, 1 *Ulpianus*, qui fait état de *rationes*, eux-mêmes comptabilisés en valeur pécuniaire, à la suite d'augmentations ou diminutions du pécule.

Voir de plus la section suivante « Les augmentations et diminutions du pécule », p. 269 ss.

⁹²⁸ Cf. la section « La *merx peculiaris* – l'*actio tributoria* », p. 401 ss.

⁹²⁹ Voir la section « La *merx peculiaris* – l'*actio tributoria* », p. 401 ss.

⁹³⁰ Au sujet de ces augmentations et/ou diminutions intervenant au pécule, cf. : SOLAZZI, *Scritti I* (p. 161 ss), p. 231 ss ; MICOLIER, p. 190 ss ; ALBANESE, p. 152 s.

*haberi oportet, et ideo sive hodie nihil sit in peculio sive accesserit aliquid, praesens status peculii spectandus est. [...]*⁹³¹

*D. 15, 1, 40, pr. Marcianus : Peculium nascitur crescit decrescit moritur, et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat peculium simile esse homini.*⁹³²

Ces deux textes indiquent de manière générale que le compte du pécule est variable. Il augmente notamment en conséquence de toute acquisition de biens faite par l'esclave suite par exemple à un rapport commercial visant le pécule ou diminue lors de la perte de ces biens⁹³³ ; il en va ainsi également lors de l'acquisition de droits de créance ou de la constitution de dettes (appelées aussi obligations) issus de rapports avec le pécule (ou l'esclave)⁹³⁴.

⁹³¹ Traduction : Dans l'action dont nous parlons, quoiqu'elle se renouvelle lorsque le créancier n'a pas été entièrement satisfait, il faut tenir compte de l'augmentation et de la diminution survenue au compte du pécule. C'est pourquoi il est nécessaire de considérer l'état présent du pécule, soit qu'il ne s'y trouve rien aujourd'hui, soit qu'il ait été augmenté de quelque manière.

⁹³² Traduction : Un pécule naît, croît, décroît, et meurt : c'est ce qui faisait dire à Papirius-Fronto qu'on pouvait le comparer à un homme.

⁹³³ Cf. : le D. 15, 1, 57, 2 *Tryphoninus*, qui montre que l'enfant né d'une femme esclave ou le croît d'un troupeau accroissent le pécule légué (voir dans le même sens : le D. 15, 2, 3 *Pomponius* à la fin ; le D. 18, 1, 31 *Pomponius* ou encore le D. 33, 8, 8, 8 *Ulpianus (Iulianus)*), mais pas les donations faites à l'esclave ou ce que ce dernier a acquis par ses travaux personnels (*ex operis suis*), comme il en va de la culture d'une terre. En effet, les deux derniers éléments sont soumis au *ius adquirendi* du maître, car ils sont purement gratuits et n'entrent pas dans une relation commerciale proprement dite en rapport avec le pécule (cf. : Gai. 2, 86 s. et les *Fragm. Ulp.* 19, 18). Dans le même sens, voir : le D. 18, 1 31 *Pomponius*, qui prévoit que le travail effectué par un vicaire augmente logiquement le pécule de l'ordinaire. Voir encore : le D. 15, 1, 40, 1 *Marcianus*, qui indique que les effets acquis par l'esclave, et que le maître n'est pas tenu de lui fournir, augmentent le pécule. Inversement, le pécule décroît lorsque des esclaves vicaire viennent à mourir ou que des choses sont perdues (cf. aussi : le D. 15, 2, 3 *Pomponius* à la fin, concernant la mort d'un animal). Il meurt enfin si le maître le retire (par l'*ademptio*).

⁹³⁴ En ce sens, cf. : le D. 15, 1, 4, 3-4 *Pomponius*, où, de manière générale, le pécule est diminué de ce que l'esclave a volé, ou encore du montant du dommage qu'il a causé à son maître. De cette manière, l'esclave devient débiteur de son maître et son pécule sera ainsi grevé de dettes d'origine délictuelle. Voir encore : le D. 15, 1, 17 *Ulpianus (Atilicinus, Proculus, Servius)* à la fin, qui indique que le pécule sera augmenté par ce que le maître doit à son esclave ; le D. 33, 8, 6, 4 *Ulpianus (Pegasus, Nerva, Gneus Domitius, Atilicinus)*, qui précise, dans le cadre d'un legs du pécule, que les dettes de l'esclave envers son maître diminuent son pécule et que les créances inversement l'augmentent ; le D. 33, 8, 6, pr. *Ulpianus (Iulianus, Celsus)* et le D. 33, 8, 8, pr. *Ulpianus (Pegasus)*, qui indiquent qu'au moment de l'exécution d'un legs, les dettes seront déduites des corps certains qui composent le pécule. De plus, au D. 24, 3, 25, pr. *Paulus*, par analogie, le pécule d'un fils de

Par le biais de l'autonomie qu'il reçoit grâce au pécule, l'esclave, doué pour les relations commerciales, pourra non seulement accroître sa propre fortune de fait⁹³⁵, mais encore il permettra juridiquement et économiquement d'accroître la fortune de son maître⁹³⁶.

De plus, à terme, les augmentations survenues au pécule permettront souvent à l'esclave de racheter sa liberté et ainsi d'accéder au rang de *sui iuris* affranchi⁹³⁷. Le bénéfice pour l'esclave est donc double. Nul doute que cette perspective devait encourager les esclaves à consacrer un maximum d'énergie dans les activités commerciales afin d'en tirer le meilleur profit pour eux-même ; leurs maîtres en étaient cependant aussi bénéficiaires par rapport à l'extension et la décentralisation commerciale⁹³⁸, la diffusion de produits de l'entreprise « familiale » dans tout l'Empire, et, bien évidemment, l'augmentation de leur patrimoine.

Le « titulaire » du pécule

*D. 50, 16, 182 Ulpianus : Pater familias liber
"peculium" non potest habere, quemadmodum nec servus
"bona".*⁹³⁹

Dans ce texte, Ulpien explique que le *paterfamilias* libre (souvent maître d'esclaves) ne peut avoir de pécule et que l'esclave ne peut avoir de patrimoine⁹⁴⁰. On pourrait à l'inverse postuler que seul le maître est

famille est augmenté de toutes les actions que son père pourrait intenter pour les droits de créance acquis par le fils contre des tiers.

Voir aussi les sections « L'actif », p. 259 ss, et « Le passif », p. 261 ss.

⁹³⁵ Cf. la section « Le titulaire du pécule », p. 271 ss.

⁹³⁶ Cf. : KASER, I, § 14 IV 4, p. 64.

⁹³⁷ Voir les notes 843 et 844.

⁹³⁸ A l'époque des grands propriétaires, il avait fallu déléguer à des hommes de confiance la gestion des affaires, car il devenait difficile de tout contrôler. En même temps, les maîtres propriétaires devaient limiter leurs risques. Grâce aux interventions du prêteur, ce sont les esclaves eux-même qui devaient devenir les « instruments » les plus adaptés à cette mission.

⁹³⁹ Traduction : Un père de famille libre ne peut avoir de pécule, de la même manière qu'un esclave ne peut avoir de patrimoine.

⁹⁴⁰ Voir en outre : Gai. 2, 87, qui indique que l'esclave ne peut rien avoir en propre.

capable d'être titulaire d'un patrimoine⁹⁴¹, et l'esclave d'un pécule. Nous observerons cependant que tant la construction juridique que les éléments de fait sur lesquels elle se fonde ne parviennent pas facilement à notre appréhension.

La question de la titularité du pécule doit s'analyser en effet sous deux aspects : la titularité de fait et la titularité de droit⁹⁴².

Historiquement, dans les temps les plus reculés, les esclaves détenaient, de fait, un certain nombre de biens⁹⁴³. Nul doute que le pécule appartenait alors de plein droit au *paterfamilias*, seul titulaire de tout le patrimoine familial et seul capable de s'engager sur celui-ci. L'esclave ne pouvait rien en faire et notamment pas l'utiliser dans des rapports commerciaux. A partir d'une certaine époque cependant, et surtout sous l'influence du préteur, cette accumulation de biens pécuniaires allait recevoir une nouvelle définition⁹⁴⁴. Sans doute en parallèle de la prise de conscience que l'esclave est un être humain

Voir en outre la section « Les règles restrictives révélant l'incapacité juridique de l'esclave », p. 127 ss.

⁹⁴¹ Voir de plus la section « La notion de patrimoine romain », p. 248 ss.

⁹⁴² La doctrine admet de manière générale que le maître est le titulaire juridique du pécule, tandis que l'esclave n'en serait que le titulaire de fait. En ce sens, cf. : MANDRY, II, p. 6 et 8 ss, qui indique que le pécule est un patrimoine de fait, mais qu'il appartient de droit au *dominus* ; BUCKLAND, p. 187, qui souligne cette propriété de fait de l'esclave, distincte de celle du maître ; MICOLIER, p. 542, qui dit que le *servus* ressemble à un propriétaire ou un possesseur, mais que sa situation est complexe et paradoxale ; LONGO G., S. D. H. I. 1 (1935), p. 393 et 406, qui rappelle que le seul sujet de droit ne pouvait être que le titulaire de la puissance. Aux p. 395 s., il admet que le *dominus* est le seul sujet du patrimoine. Voir encore : KASER, I, § 141 II 1, p. 607 ; BUTI, p. 188 et 213, qui indique que les actions prétorienne ont pour vocation de sanctionner une réalité de fait ; BRINKHOF, p. 236, qui considère toutefois que le pécule est une véritable fortune de l'esclave qui lui permettait de racheter sa liberté ; APATHY, Z. S. S. 96 (1979), p. 398 et 406 ; ALBANESE, p. 151.

⁹⁴³ Voir à ce sujet la section « Introduction », p. 239 ss.

⁹⁴⁴ Cf. p. ex. : MONIER, I, p. 251, qui indique que le préteur a attaché « une valeur juridique à l'institution » ; BUTI, p. 18 ; APATHY, Z. S. S. 96 (1979), p. 399, qui pense que le pécule n'est pas considéré uniquement comme un patrimoine de fait, mais également comme un patrimoine de droit (ce que nous devons entendre d'un quasi-patrimoine tirant son existence du droit prétorien) ; ALBANESE, p. 151, qui relève que le pécule est petit à petit reconnu dans les faits comme un véritable patrimoine propre de l'esclave, mais conservant un important impact sur le plan juridique.

Voir en outre la section « Les actes conclus *peculiari nomine* », p. 314 ss.

capable de développements économiques considérables, ce pécule de pur fait a donné au préteur l'idée de le considérer comme un quasi-patrimoine autonome⁹⁴⁵.

Il n'est pas rare que les jurisconsultes de l'époque classique se servent des termes de *quasi patrimonium* ou de toute autre terminologie apparentée pour le désigner⁹⁴⁶ :

*D. 15, 1, 5, 3 Ulpianus : Peculium dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum.*⁹⁴⁷

*D. 15, 1, 47, 6 Paulus : [...] quia quasi patrimonium liberi hominis peculium servi intellegitur, ubicumque esset.*⁹⁴⁸

Dans le deuxième texte cité, l'analogie que tire Paul entre le pécule et le patrimoine d'un homme libre est vraiment frappante. Dans les faits, l'esclave serait en quelque sorte le quasi-possesseur et le quasi-propriétaire immédiat du pécule, tandis que le maître n'en serait que le possesseur et propriétaire médiat⁹⁴⁹. C'est donc sur les bases d'un *ius civile* préexistant rudimentaire que le droit prétorien est venu ériger le pécule

⁹⁴⁵ Voir p. ex. : les Inst. Inst. 4, 6, 10, qui indiquent que le pécule peut être considéré comme le patrimoine de l'esclave (*veluti patrimonium [...] servorum*).

Voir en outre la note 946.

⁹⁴⁶ En ce sens, cf. : le D. 15, 1, 32, pr. *Ulpianus (Iulianus)* à la fin, qui indique que celui qui contracte avec l'esclave a en vue l'universalité de son pécule, partout où elle se trouve, comme s'il s'agissait d'un patrimoine ; le D. 33, 8, 8, 8 *Ulpianus*, où l'on apprend que le pécule laissé à l'esclave après son affranchissement devient son patrimoine. Le rapprochement entre le pécule et le *patrimonium* semble donc ici évident. Voir de plus : le D. 15, 1, 39 *Florentinus*, qui précise que le pécule est aussi composé de ce que l'esclave a acquis par ses épargnes ou par ce que quelqu'un lui a donné en considération de ses bons services, comme si l'on avait voulu que l'esclave ait un patrimoine propre. Voir encore : le D. 15, 1, 40, pr. *Marcianus*, qui souligne une curieuse analogie entre un pécule et un homme, du fait qu'il naît, croît, décroît et meurt.

Voir en outre : les références doctrinales de la note 902.

⁹⁴⁷ Traduction : On dit que le pécule est considéré comme une petite somme ou un petit patrimoine.

⁹⁴⁸ Traduction : [...] Parce que le pécule de l'esclave est considéré quasiment comme le patrimoine d'un homme libre, où qu'il se trouve.

⁹⁴⁹ En ce sens, cf. : BUCKLAND, p. 187 ; MICOLIER, p. 573 et 761.

en véritable institution, reconnue dans le droit objectif civil au sens large, et susceptible d'octroyer une capacité commerciale propre à l'esclave⁹⁵⁰.

Le résultat de cette évolution a fait qu'à la fin de la République déjà, on a fini par admettre que l'esclave n'est plus seulement un simple détenteur du pécule, mais un titulaire de fait (ou de droit naturel) de celui-ci⁹⁵¹ ; dès cet instant, il peut, de par son activité fondée sur le

⁹⁵⁰ En ce sens : cf. LONGO G., S. D. H. I. 1 (1935), p. 406 ; KASER, I, § 141 II 1, p. 607 ; BUTI, p. 36 ; MARTINI, LABEO 26 (1980), p. 105 ; APATHY, Z. S. S. 96 (1979), p. 398.

Voir aussi la section « Les actes conclus *peculiari nomine* », p. 314 ss.

⁹⁵¹ Bien que la distinction entre la « simple détention » et ce que nous appelons la « titularité de fait ou de droit naturel » ne soit pas évidente, voici comment nous pouvons rapprocher cette dernière notion dite « de fait » de la conception « juridique » du pécule telle que définie par le droit civil compris dans son sens large, dès l'intervention du préteur. La possession est avant tout une notion de fait (cf. le D. 41, 1, 53 *Modestinus* ; le D. 41, 2, 1, 3 *Paulus (Offilius, Nerva)*). Elle n'est acquise que si les conditions du *corpus* et de l'*animus* sont données. Or, on apprend que le maître est le possesseur civil des objets du pécule comme cela résulte de Gai. 2, 89, du D. 41, 2, 44, 1 *Papinianus*, du D. 41, 2, 1, 5 *Paulus (Sabinus, Cassius, Iulianus)*, du D. 41, 2, 3, 12 *Paulus* et des P. Sent. 5, 2, 1. La question est de savoir comment on peut le considérer comme tel, s'il n'a pas le *corpus* des objets du pécule, et de comprendre quel est le rôle de l'esclave. Nous pensons dès lors que, dès la nouvelle définition apportée par le préteur à l'institution du pécule, l'esclave devient le possesseur de fait immédiat des objets du pécule. Il est en effet certain que l'esclave a le *corpus* des objets du pécule. Quant à l'*animus*, que l'on considère qu'il s'agisse de celui du maître traduit dans la cession du pécule (cf. le D. 41, 2, 1, 5 *Paulus (Sabinus, Cassius, Iulianus)*) ou, dès une certaine époque, de celui de l'esclave lui-même (cf. le D. 41, 2, 44, 1 *Papinianus* et le D. 41, 2, 3, 12 *Paulus*), il paraît également donné. L'esclave est donc bien possesseur. Mais parce que la possession a un impact en droit civil au sens strict, droit auquel l'esclave ne peut « souscrire » (cf. le D. 41, 2, 49, 1 *Papinianus*, le D. 45, 1, 38, 7-9 *Ulpianus*, qui indiquent que les esclaves ne peuvent posséder que dans les faits ou naturellement [*tenere*] et non pas civilement [*habere possidere*]), on ne peut le considérer que comme garant de la partie factuelle de la possession de droit civil, qui, elle, ne peut être que pleinement révélée en la personne du maître. L'esclave devient donc le possesseur de fait immédiat du pécule, mais cette possession de fait ne doit pas être confondue avec la conception de détention du pécule d'autrefois ; en effet, contrairement à cette simple détention, la possession par l'esclave peut produire des effets de droit civil en la personne du maître (p. ex. l'usucapion : cf. Gai. 2, 89 et le D. 41, 4, 2, 11 *Paulus (Celsus)*).

La possession étant principalement une notion de fait, on peut aisément la rapprocher du droit naturel ; dès lors, on pourrait aussi qualifier l'esclave de possesseur de droit naturel du pécule. En effet, en « droit naturel », on peut admettre que l'esclave est le possesseur et le titulaire naturel du *peculium* et des droits et obligations qui le concernent (cf. pour la possession du pécule : le D. 45, 1, 38, 7-9 *Ulpianus* ; le D. 41, 2, 49, 1 *Papinianus* cité plus haut, où le terme de *tenere* renvoie souvent au droit naturel ; et pour les obligations qui le composent : voir p. ex. le D. 50, 16, 10 *Ulpianus*, qui précise qu'on peut être créancier (ou débiteur) de droit naturel par l'intermédiaire des contrats qu'on conclut ; le D. 15, 1, 41 *Ulpianus* nous invite aussi à considérer le rapport d'obligations créés entre le tiers et l'esclave comme un *factum* ; le texte fait en fait référence au droit naturel, comme en atteste le D. 46, 1, 16, 4 *Iulianus*). Bien que cette notion de droit naturel

peculium, produire de sa propre initiative des effets de droit contraignants pour son maître.

Cependant, cette évolution ne devait pas remettre en cause les acquis du *ius civile* au sens étroit, c'est-à-dire que, juridiquement, l'esclave ne devait pas accéder au rang de sujet de droit civil, que la puissance du maître devait autant que faire se peut être préservée et que le patrimoine central ne devait pas être divisé.

C'est la raison pour laquelle les jurisconsultes classiques considèrent que la titularité de droit civil du *peculium* reste entre les mains du *paterfamilias*. Le maître est en effet le seul sujet des droits et des obligations « civils » composant le pécule⁹⁵². Comment concevoir qu'un

reste tantôt controversée et n'est pas en elle-même dépendante du droit civil au sens large, elle y projette néanmoins certains effets de droit civil importants.

Nota bene : il faut se garder de confondre la possession dont nous parlons de l'improprement dite « *naturalis possessio* » équivalant à la détention sans *animus* ou reposant sur une *injusta causa* (voir à ce sujet : MONIER, I, p. 391 ; KASER, I, § 94 II 2, p. 386).

Pour le surplus, nous renvoyons à la section « Les sources du droit », p. 52 ss, où nous avons défini les différents ordres juridiques du *ius civile*, du *ius gentium* et du *ius naturale*.

Voir, sur le sujet controversé de la possession : BUCKLAND, p. 200, qui indique que l'esclave pouvait acquérir la possession sans la connaissance du maître et que ce dernier pouvait valablement usucaper ; MICOLIER, p. 542 ss, qui distingue la possession de pur fait (qu'il dénomme improprement « détention » – le *corpus*), permise aux esclaves, de la possession de droit naturel, où seul l'*animus* du maître la permettrait.

Nous pensons néanmoins qu'au moment où l'institution du pécule a reçu une nouvelle définition sous l'influence du préteur, les esclaves ne sont plus de simples détenteurs des objets du pécule, mais de véritables possesseurs, tels qu'on peut le concevoir en droit naturel et dans la définition évoluée qu'en donne le préteur.

Voir encore : LONGO G., Il concetto, p. 367 ss, qui semble admettre que l'esclave est bien le possesseur du pécule ; MONIER, I, p. 389 ss ; KASER, I, § 95 I 4, p. 392 s., qui indique que la possession pouvait être acquise par l'intermédiaire des personnes « en puissance », soit de la connaissance du *dominus*, soit sans sa connaissance, par le biais du pécule ; BURDESE, Studi Sanfilippo I, p. 83, qui pense que la volonté du maître pour tout acte d'acquisition au pécule devait être présumée et devait sans doute découler de la permission du maître rattachée à la concession du pécule.

⁹⁵² En ce sens, cf. : le D. 46, 3, 19 *Pomponius*, où l'on apprend que, lorsqu'un esclave fugitif prête de l'argent issu du pécule à un tiers, ce dernier est libéré civilement envers le maître s'il rend l'argent à l'esclave. Ce texte signifie donc que le *dominus* est bien le titulaire du droit de créance civil issu du prêt venant du pécule, puisque le tiers sera libéré non seulement si la somme est rendue directement au maître, mais encore à l'esclave (ou dans son pécule) ; le maître serait d'ailleurs le seul à pouvoir actionner civilement le tiers qui ne la rendrait pas. Voir encore : le D. 15, 1, 9, 8 *Ulpianus*, où l'on apprend que le maître est obligé civilement par le fait de son esclave

esclave, considéré alors comme une *res* faisant partie du *patrimonium domini*⁹⁵³, puisse être titulaire juridique de quelque bien ou droit que ce soit faisant partie de ce même patrimoine⁹⁵⁴ ?

Nous avons vu, dans l'étude de la notion du patrimoine romain⁹⁵⁵, que le titulaire de celui-ci doit être *sui iuris* et bénéficiaire de la *patria potestas*. De plus, le principe de l'unité du patrimoine romain, provenant des anciens principes du droit civil, ne permet pas juridiquement d'envisager la possibilité de le scinder. Il apparaît donc clairement que les biens du pécule ne peuvent être que dans la propriété du *paterfamilias*⁹⁵⁶,

(*si quid dominus servi nomine obligatus est*) ; le D. 33, 8, 8, 8 *Ulpianus*, qui précise que le legs d'un pécule à un esclave affranchi par testament devient son patrimoine et que donc, avant cet acte, le *dominus* est bien le titulaire civil de cette universalité de droits et d'obligations qui compose le pécule ; le D. 50, 16, 143 *Ulpianus*, qui indique que, de manière générale, ce que l'on peut demander par l'intermédiaire d'une action nous appartient. Le fait que le maître est le seul à pouvoir actionner signifie qu'il est le seul titulaire civil du droit de créance servant de base à l'action. Voir dans le même sens : le D. 15, 1, 53 *Paulus*, qui montre bien que le faisceau personnel civil de droits et d'obligations se fait entre le tiers et le maître, car seul ce dernier est apte à actionner civilement le tiers pour les conventions conclues par le subordonné. Ainsi, lorsque le maître affranchit son esclave, il devra spécifiquement lui céder ses actions, s'il veut que l'affranchi puisse à son tour actionner activement les tiers débiteurs.

En ce sens, cf. : MANDRY, II, p. 42 ss.

⁹⁵³ Pour ne citer qu'un texte, cf. : le D. 47, 6, 1, pr. *Ulpianus*, qui indique que lorsque plusieurs esclaves d'un même maître ont commis un vol, pour éviter que celui-ci doive les abandonner noxalement et qu'il vide ainsi son patrimoine (*evertant domini patrimonium, si omnes dederet*), l'Édit lui accorde la possibilité d'offrir en réparation une somme aussi importante que si c'était un homme libre qui avait commis ce vol. Il apparaît donc très clairement que les esclaves font partie du patrimoine du maître.

Nous renvoyons de plus le lecteur à la section « L'esclave et la notion juridique de « chose » », p. 111 ss.

⁹⁵⁴ Cf. Gai. 2, 87.

⁹⁵⁵ Cf. la section « La notion de patrimoine romain », p. 248 ss.

⁹⁵⁶ P. ex., dans le D. 12, 6, 53 *Proculus*, on apprend que la somme venant du pécule donnée par l'esclave en vue de son affranchissement à un tiers sur la base d'un testament nul ou sans permission spéciale, pourra être revendiquée dans une action réelle par le maître, car la somme reste en propriété de celui-ci (inversement, à Gai. 2, 96 et Gai. 2, 87, on apprend que les esclaves ne peuvent rien revendiquer en propre, car ils ne peuvent pas être propriétaires de leurs biens). Ainsi, le contenu du pécule fait juridiquement et civilement bien partie du patrimoine du *dominus*. Dans le même sens, le D. 15, 1, 37, 1 *Iulianus*, ainsi que le D. 6, 1, 56 *Iulianus*, indiquent que le maître est également le seul à pouvoir revendiquer les objets du pécule. Dans le D. 15, 1, 16 *Iulianus*, il semble que l'on puisse inférer que le maître reste propriétaire des objets qu'il transfère au pécule en vue de leur administration (*proprietaem earum retinere*). Dans le D. 41, 1, 37, 1 *Iulianus*, le maître qui sépare de ses comptes propres une somme qu'il remet dans le pécule de l'esclave en

et que celui-ci est seul titulaire de droit civil de cette universalité *de facto* distinguée, au même titre que son patrimoine « propre »⁹⁵⁷.

En effet, dans les faits, les juriconsultes séparent les choses, les droits ou obligations du patrimoine « propre » du maître, de ceux du

commun ne perd pas la (co-)propriété sur ladite somme. Cela démontre que si les comptes séparés distinguent dans les faits le pécule du patrimoine central, les éléments qui composent le *peculium* restent la propriété du maître, et font donc juridiquement toujours partie de son patrimoine central. Du D. 41, 2, 49, 1 *Papinianus* et du D. 45, 1, 38, 7-8 *Ulpianus*, on peut déduire que l'esclave ne peut en aucun cas être propriétaire civil, puisque la qualité-même de possesseur au sens civil du terme ne lui serait pas pleinement reconnue ; l'improprement dite possession « de droit » (ou « pleine » possession « juridique » : immédiate et/ou médiata, originelle et/ou dérivée) revient en effet au *dominus*, comme le rappelle le D. 41, 2, 1, 5 *Paulus* (voir en outre les développements à la note 951). Le D. 18, 1, 29 *Ulpianus*, indique qu'au moment de la vente d'un esclave, le pécule reste d'ordinaire entre les mains du maître. Il peut décider cependant d'en disposer avec l'esclave. Cette prérogative de disposition ne peut être que rattachée au droit de propriété du maître sur les éléments du pécule, avant la vente même (voir en outre les développements aux sections « Les actes effectués *cum servo sine peculio* et sans autorisation ou « préposition » », p. 325 ss, et « Les acte bilatéraux accomplis *cum servus cum peculio* », p. 336 ss). Le D. 33, 8, 8, 8 *Ulpianus*, parle du legs d'un pécule à un esclave affranchi par testament ; il apparaît donc certain que pour accomplir un tel acte de disposition, le maître testateur devait être effectivement propriétaire des éléments du pécule légué. Le D. 15, 3, 6 *Tryphoninus*, précise en outre que ce que l'esclave a ou reçoit dans son pécule rend le maître plus riche ; cela indique donc que, juridiquement et économiquement, les biens du pécule font partie du patrimoine central du *dominus*. Le D. 12, 1, 2, 4 *Paulus*, précise que pour pouvoir prêter une chose, il faut en être propriétaire. Aussi le prêt opéré par l'esclave sur les deniers de son pécule est valable et oblige. Il semble donc évident que le propriétaire de droit civil des choses pécuniaires ici prêtées ne peut être que le maître lui-même.

Voir encore et dans le même sens : le D. 15, 1, 37, 3 *Iulianus* ; le D. 15, 1, 32, pr. *Ulpianus* (*Iulianus*) ; le D. 15, 3, 5, 3 *Ulpianus*, cité et expliqué en note 1105 ; ainsi que tous les autres textes indiquant que l'esclave ne peut rien avoir en propre : cf. p. ex. Gai. 2, 87.

Voir en outre, au sujet de la propriété du maître sur le pécule : MANDRY, II, p. 8, spéc. p. 142 ss, qui précise que le maître est bien propriétaire de chaque élément de l'actif du pécule ; BUCKLAND, p. 187 ; MICOLIER, p. 485 ss et 536 ss ; KASER, I, § 14 IV 4, p. 64 ; BUTI, p. 174 ; APATHY, Z. S. S. 96 (1979), p. 406 s. ; MAYER-MALY, § 29 II 2, p. 64.

⁹⁵⁷ Il y a toutefois un paradoxe intéressant résultant notamment du *ius deductionis*. En effet, comment imaginer que le maître possède des créances grevant le pécule de son propre esclave ? Le *ius deductionis* n'est pas issu du droit naturel, ce droit (*ius*) trouve sa source dans le droit prétorien rattaché au droit civil. Donc, si juridiquement on admet que le pécule fait partie du patrimoine du *dominus*, alors le maître serait créancier de droit civil de lui-même, ce qui semble absurde. On ne peut donc concevoir de tels droits ou obligations entre *servus* et *dominus* que naturellement, soit par une matérialisation de fait de leurs « patrimoines » en se servant de comptes distincts (cf. la note 958 et la section « L'aspect technique et matériel », p. 317 ss).

Voir à ce sujet la section « Les rapports internes », p. 354 ss.

Voir en outre en ce sens : MICOLIER, p. 162 ss.

« quasi-patrimoine » (pécule) de l'esclave. L'universalité du pécule se distingue et se matérialise ainsi grâce à une sorte de (sous-)compte séparé de la comptabilité du patrimoine central et unitaire du *dominus*⁹⁵⁸.

D'un point de vue purement juridique, il n'y a en revanche pas de distinction ; le pécule fait partie du patrimoine central⁹⁵⁹. Ce n'est que dans les effets de droit issus des actes conclus au regard du patrimoine « propre » du maître ou du pécule, *de facto* distingués, que l'on observera une différence de régime, spécialement au moment de l'engagement éventuel de la responsabilité du maître quant à l'action envisageable et son étendue.

c. *La concessio et l'administratio - la définition subjective du pécule*

De manière générale, l'esclave n'a pas de capacité propre. Il acquiert, dans les cas dits « hors pécule », la possibilité d'engager son maître par rapport à la *res dominica*, seulement si ce dernier a donné son consentement. Nous avons déjà pu observer que ce consentement ou *permissum* dépend de la volonté⁹⁶⁰ du maître, mais celle-ci s'exprime par

⁹⁵⁸ Voir en effet : le D. 15, 1, 4, pr. *Pomponius*, qui présente très clairement cette conception du pécule comme un compte distingué et séparé du patrimoine central par la volonté du maître. Il ressort de plus du texte que tout ce que l'esclave possède séparément du patrimoine central du maître ne constitue pas forcément un pécule ; en effet, l'esclave peut être « possesseur » de biens attachés directement au patrimoine propre du *dominus* (p. ex. lorsqu'il est *institor* ou mandaté sur *insum*, comme cela apparaît p. ex. au D. 15, 1, 37, 1 *Iulianus*).

Nous renvoyons de plus le lecteur à la note 883, ainsi qu'à la section « L'aspect technique et matériel », p. 317 ss.

⁹⁵⁹ Dans le D. 15, 3, 6 *Tryphoninus*, les mouvements juridico-économiques au sein du même patrimoine ne semblent être possibles que d'un point de vue comptable, sur la base de rapports de droit naturel (que l'on appelle aussi « rapports de fait ») entre le maître et l'esclave.

Voir, pour ceux qui admettent l'inclusion du pécule dans le patrimoine du maître : MANDRY, II, p. 8, qui précise que le pécule n'est qu'une partie du patrimoine ; MICOLIER, p. 572, qui indique que le pécule est inclus dans le patrimoine du maître, de même que les « droits » du *subjectus* sont inclus dans ceux plus forts du maître. D'un autre avis, voir : APATHY, Z. S. 96 (1979), p. 399 s., qui pense tout bonnement que le pécule pouvait être considéré comme un patrimoine séparé.

Voir en outre la note 956.

⁹⁶⁰ Cette volonté est l'un des aspects de la *patria potestas*, qui donne au maître un pouvoir quasi-absolu sur les choses et les personnes de la maisonnée, ainsi que, d'une certaine manière, sur ses affaires commerciales.

Voir de manière générale au sujet de la volonté du maître : MANDRY, II, p. 55 ss, spéc. p. 69 ss ; BUCKLAND, p. 196, qui conçoit la concession comme un acte de volonté durable ; MICOLIER, p.

différents degrés d'intensité dans chacune des institutions étudiées dans le présent ouvrage⁹⁶¹.

L'institution du pécule prévoit un système particulier où la volonté s'exprime par l'intermédiaire de deux concessions : l'une intéresse la constitution du pécule, l'autre l'activité commerciale que l'esclave pourra accomplir avec celui-ci. L'une et l'autre *concessio* vont d'ailleurs souvent de pair, nous le verrons.

i. La *concessio* relative à la constitution du pécule

Le consentement comme expression de la volonté du maître et destiné à la constitution du pécule, tend à perdre de son importance au fil des siècles⁹⁶² ; en effet, dans les temps les plus reculés, il était exprimé par une *concessio* expresse souvent accompagnée d'une remise de biens,

230 ss ; CORNIOLEY, p. 154, qui pense que l'action de *peculio* tire principalement son origine d'une autorisation générale du maître, sans pour autant nier son attachement à l'*obligatio naturalis servi* (obligation naturelle de l'esclave) ; LONGO G., Il concetto, p. 384, qui fait référence à la volonté du maître comme base non seulement à l'existence du pécule, mais encore à la capacité d'accomplir tous les actes commerciaux, même de disposition ; LONGO G., S. D. H. I. 1 (1935), p. 401 s. et 405 s., qui parle de volonté continue une fois que la *concessio* initiale a été donnée ; BUTI, p. 6, 20 et 68, qui semble toutefois accorder beaucoup d'importance à l'*obligatio naturalis servi* comme base de l'action de *peculio* (cf. spéc. p. 186) ; BURDESE, Studi Sanfilippo I, p. 72 ss ; ALBANESE, p. 152 ; MARTINI, LABEO 26 (1980), p. 105, qui soulève toutefois l'incertitude évoquée par certains auteurs sur l'origine de l'existence du pécule ; AMIRANTE, Studi Sanfilippo III, p. 3, 5 et 11 ss, qui précise que la séparation du pécule des *rationes dominicae* ne peut être qu'une émanation de la volonté du *dominus*. Selon AMIRANTE, les deux critères pour définir la naissance du pécule sont donc le *permissum domini* (littéralement la permission du maître) et la *separatio rationum* (et la séparation matérielle - de fait - de ses comptes).

⁹⁶¹ Comme l'indique le D. 15, 3, 5, 2 *Ulpianus*, qui rappelle les conditions de l'autorisation, de la nécessité ou à tout le moins de l'utilité de l'acte de l'esclave, voire la possibilité de le ratifier.

⁹⁶² Voir en ce sens : MICOLIER, p. 289 et 482 s., qui pense qu'à la volonté du maître s'est peu à peu substituée la « personnalité » de *alieni iuris* comme source juridique du pécule. MICOLIER va jusqu'à soutenir la thèse de l'existence nécessaire du pécule à une certaine époque, indépendante de tout consentement du maître (cf. p. 290 ss). Nous estimons néanmoins que cette conception est excessive, dans le sens où elle tendrait à renverser toutes les règles de l'ancien droit relatives à la *potestas* et au *dominium*, de même que celles relatives au statut de l'esclave comme objet de droit (MICOLIER en a pourtant bien conscience : cf. p. 292 à la fin). Nous savons au contraire que les principes de l'ancien droit civil ont tant bien que mal perduré durant toute l'époque classique, mais qu'ils se sont atténués grâce aux innovations prétoriennes : cf. les sections « Conclusion », p. 430 ss, et « Remarques finales », p. 473 ss.

mais on a fini par admettre cette *concessio* aussi tacitement⁹⁶³. A l'époque classique, on trouve les deux modes, mais la nécessité d'une *concessio* expresse est petit à petit abandonnée au profit de la reconnaissance de la *concessio* par consentement tacite⁹⁶⁴.

Ce consentement tacite est concrétisé par le fait que le maître ne s'oppose pas à ce que l'esclave possède naturellement un lot de biens, voire soit le « titulaire » de droits ou même d'obligations ; ainsi, jusqu'à une opposition volontaire clairement exprimée par un retrait du pécule (acte d'*ademptio*), ou du moins jusqu'à l'avènement d'une cause d'extinction de ce pécule⁹⁶⁵, on présume que le maître le tolère⁹⁶⁶ :

⁹⁶³ Voir, dans le sens d'une *concessio* nécessaire à la constitution et à l'existence du pécule : MANDRY, II, p. 55 ss, qui reconnaît, à côté de la *concessio* proprement dite, la nécessité d'un acte de donation (la *naturalis datio*) ; BUCKLAND, p. 197, qui indique qu'à côté de la *concessio*, il fallait une *naturalis datio* ; MICOLIER, p. 230 ss et p. 264 ss, qui pense toutefois qu'à partir de la seconde moitié de l'époque classique l'exigence de la *concessio* n'était plus nécessaire à la constitution du pécule. Il en irait de même des gains provenant de la *res patris* (cf. p. 251 ss). Voir encore : LONGO G., S. D. H. I. 1 (1935), p. 405 ss, qui pense que la volonté une fois donnée est continue ; BRINKHOF, p. 237 s., qui précise que le *permisum* du maître est nécessaire aussi pour les augmentations du pécule, du fait qu'il en résulte une modification des conséquences juridiques pour le maître (notamment en ce qui concerne l'étendue de sa responsabilité) ; APATHY, Z. S. S. 96 (1979), p. 400, qui considère que l'exigence de la *concessio* a traversé toute l'époque classique ; ALBANESE, p. 152, qui pense que probablement il ne fut jamais nécessaire de constituer expressément le pécule ; BURDESE, Studi Sanfilippo I, p. 72 ss. D'un autre avis, voir : BROSZ, p. 330, BUTI, p. 15 s. et 21, et BURDESE, Studi Sanfilippo I, p. 73 ss et 79, qui semblent concevoir, toutefois avec retenue, qu'à partir d'une certaine époque, le pécule puisse exister sans *concessio* initiale.

⁹⁶⁴ Au sujet de la qualification tacite ou non du consentement du maître, cf. : MANDRY, II, p. 82 ss, qui évoque la possibilité d'une *concessio* tacite ; BUCKLAND, p. 197, qui reconnaît que la concession peut être tacite ; MICOLIER, p. 243 ss, qui semble ne pas admettre la possibilité d'une *concessio* tacite ; LONGO G., S. D. H. I. 1 (1935), p. 407, qui estime que le consentement peut être tacite et suppose la connaissance du pécule par le maître ; BUTI, p. 20 ss, qui constate que la *concessio* expresse constitutive finit par être abandonnée. A la p. 69, il semble même admettre qu'elle aurait été remplacée par la simple concession de l'*administratio*. Voir encore : BRINKHOF, p. 237, qui ne conçoit le consentement tacite que pour les augmentations qui surviendraient au pécule, non pas pour sa constitution ; BURDESE, Studi Sanfilippo I, p. 72, qui admet la *concessio* tacite comme un acte de tolérance de la part du *dominus*.

⁹⁶⁵ Voir la section « L'extinction du pécule – l'*actio annalis* », p. 288 ss.

⁹⁶⁶ Voir à ce sujet : le D. 15, 1, 3, 4 *Ulpianus*, qui précise que, pour que l'esclave d'un maître en démence puisse avoir un pécule, il n'est pas nécessaire d'en concéder un, mais uniquement de ne pas interdire qu'il en possède un. Voici l'interprétation que l'on peut donner à ce texte : le pécule, qui avait été valablement constitué avant la démence, perdure durant l'absence de « discernement ». Pour confirmer cette hypothèse, voir le D. 15, 1, 7, 1 *Ulpianus* (*Marcellus*,

D. 15, 1, 7, 1 *Ulpianus (Marcellus, Iulianus) : Et adjicit pupillum vel furiosum constituere quidem peculium servo non posse : verum ante constitutum, id est ante furorem vel a patre pupilli, non adimetur ex his causis. quae sententia vera est et congruit cum eo, quod Marcellus apud Iulianum notans adicit posse fieri, ut apud alterum ex dominis servus peculium habeat, apud alterum non, ut puta si alter ex dominis furiosus sit vel pupillus, si (ut quidam, inquit, putant) peculium servus habere non potest nisi concedente domino. ego autem puto non esse opus concedi peculium a domino servum habere, sed non adimi, ut habeat. alia causa est peculii liberae administrationis : nam haec specialiter concedenda est.*⁹⁶⁷

Ce texte d'Ulpien souligne que le caractère nécessaire d'une concession expresse était discuté à l'époque classique. Selon Ulpien, il suffirait cependant que le maître n'ait pas retiré le pécule, ce qui suppose,

Iulianus), qui indique qu'Ulpien considère en outre qu'il n'est pas nécessaire que le maître concède expressément un pécule, mais qu'il suffit qu'il ne le retire pas (*non adim*).

Voir en outre le D. 15, 1, 5, 4 *Ulpianus (Tubero, Celsus)* et le D. 41, 2, 1, 5 *Paulus*, cités en note 969, qui ne parlent pas expressément de *concessio*, mais plutôt de permission (par opposition à un acte de volonté active), terme plus général concrétisant, à notre sens, un consentement plutôt passif basé sur la tolérance d'un état de fait non interdit.

En ce sens, cf. : MANDRY, II, p. 86, qui rapporte qu'une concession expresse n'était pas nécessaire lorsque le maître avait connaissance des choses en main de l'esclave ; MICOLIER, p. 276 ss, spéc. p. 284, qui indique que le consentement du maître se transforme d'une volonté de concéder à une volonté de ne pas retirer (*permissum*) ; LONGO G., S. D. H. I. 1 (1935), p. 407, qui sans parler de tolérance, admet que le maître qui a connaissance du pécule ne doit pas le retirer ; ALBANESE, p. 152, qui reconnaît l'existence du pécule chaque fois qu'il n'y a pas eu d'interdiction ; BURDESE, Studi Sanfilippo I, p. 72 s., qui reconnaît qu'assez vite cet état de tolérance de la part du *dominus* permettait aux esclaves d'avoir un pécule et d'y faire entrer les augmentations successives.

⁹⁶⁷ Traduction : Et [Celse] ajoute qu'un pupille ou un homme en démence ne peuvent point constituer de pécule à l'esclave : cependant, le pécule que ces esclaves auront eu antérieurement, c'est-à-dire avant la démence du maître ou du vivant du père du pupille, ne sera pas censé ôté pour ces raisons. Ce sentiment est juste et conforme à ce qu'écrit Marcellus sur Julien, qu'il reprend à cet égard. S'il est vrai, dit-il, comme quelques uns le pensent, que l'esclave ne peut avoir de pécule que par la concession de son maître, il peut arriver qu'un esclave ayant plusieurs maîtres possède un pécule par rapport aux uns et n'en n'ait pas par rapport aux autres, par exemple, si l'un des maîtres est en démence ou pupille. Quant à moi, je pense qu'il n'est pas besoin que l'esclave tiende son pécule de la concession expresse de son maître, mais qu'il suffit, pour qu'il ait un pécule, que son maître ne le lui ôte pas. Il n'en sera pas ainsi de la libre administration du pécule : car il faut à cet égard une concession expresse et spéciale.

si non immédiatement, qu'à un moment donné, et au plus tard à l'ouverture éventuelle d'une action de *peculio* contre lui, il ait connaissance de l'existence de fait du pécule et qu'il ne refuse pas à son esclave d'en être en quelque sorte le « titulaire »⁹⁶⁸.

Le consentement doit donc se concevoir ici comme un acte de volonté unilatéral, permanent, général et unique⁹⁶⁹, parfois présumé dans son mode tacite, mais qui peut être anéanti par le moyen d'une *ademptio*,

⁹⁶⁸ Sur la base du D. 15, 1, 7, 2 *Ulpianus (Pomponius)*, qui traite de la connaissance du *dominus*, nous pouvons raisonner par analogie avec la *scientia* nécessaire à la constitution de la *merx peculiaris*, où nous avons admis qu'il suffit que le maître n'ait pas interdit l'activité commerciale, alors qu'il aurait pu le faire. Si nous admettons que cette dernière affirmation s'applique par analogie à la constitution du pécule, il faut que le maître conserve la capacité de s'opposer, ce qui n'est manifestement pas le cas du maître dément; cela confirme l'hypothèse selon laquelle la constitution du pécule est nécessairement liée à la volonté éclairée du maître, qu'on l'admette activement ou passivement, comme en atteste le D. 15, 1, 4, 2 *Pomponius*, qui indique que n'est considéré comme pécule que ce que l'esclave tient de la volonté du maître (*volentè*), non pas ce qu'il possède sans que le maître le sache (*ignorante domino*). Le D. 15, 1, 49, pr. *Pomponius*, ajoute que ce que l'esclave acquiert à l'insu du maître fera partie du pécule uniquement s'il apparaît que ce dernier lui aurait laissé l'acquis entre ses mains s'il en avait eu connaissance.

Au sujet de la connaissance de l'existence du pécule par le maître, cf. : BUCKLAND, p. 197, qui précise qu'il faut une connaissance générale de l'existence d'un *peculium* et le consentement.

⁹⁶⁹ Au moment où cet acte est donné, le *dominus* doit être en pleine possession de ses capacités mentales : cf. le D. 15, 1, 3, 3 *Ulpianus (Peditus)*, qui précise qu'un pupille ne peut pas constituer de pécule, même avec l'autorisation du tuteur (toutefois, la concession de l'administration peut émaner du tuteur du maître dément : cf. le D. 15, 1, 24 *Ulpianus*). Il apparaît ainsi que l'acte de volonté pour la constitution du pécule est intimement lié à la *potestas* et que seul le maître qui possède pleinement ses facultés mentales a le pouvoir de l'accorder. Voir aussi la note précédente 968.

Voir de plus, dans le sens d'un acte général émanant de la volonté du maître : le D. 15, 1, 4, pr. *Pomponius* ; le D. 15, 1, 4, 2 *Pomponius* ; le D. 15, 1, 4, 5 *Pomponius*, qui précise que, comme la concession initiale crée l'universalité, il n'est pas besoin d'en faire une autre si p. ex. le maître remet la dette que son esclave a à son égard. Le pécule peut donc diminuer, avoir un bilan négatif à cause des dettes qui le gênent, sans toutefois ne cesser d'exister ; il peut également augmenter sans que l'acte de concession doive être renouvelé ; cela souligne la portée générale de la *concessio* constituante. Voir encore en ce sens : le D. 15, 1, 16 *Iulianus* ; le D. 15, 1, 27, 2 *Gaius* ; le D. 15, 1, 5, 4 *Ulpianus (Tubero, Celsus)* ; le D. 15, 1, 7, 2 *Ulpianus (Pomponius)* ; le D. 15, 1, 39 *Florentinus* ; le D. 15, 1, 8 *Paulus* ; le D. 41, 2, 1, 5 *Paulus*.

Dans le sens de la conception générale de l'acte constitutif, cf. : MANDRY, II, p. 75 ; BUCKLAND, p. 196 ; LONGO G., S. D. H. I. 1 (1935), p. 405 ss, qui parle de volonté continue une fois que le pécule a été concédé ; BUTI, p. 34 et 185 s.

c'est-à-dire un acte de volonté antagoniste, également unilatéral, retirant à l'esclave son pécule⁹⁷⁰. Reste réservée toute autre cause d'extinction⁹⁷¹.

La constitution proprement dite du pécule⁹⁷² comme entité abstraite et patrimoniale⁹⁷³ est donc bien subordonnée au consentement du maître, comme il en va dans les autres institutions reconnaissant à l'esclave une certaine autonomie. Ce n'est cependant pas l'acte de constitution proprement dite qui accorde à l'esclave la capacité d'agir au regard de son pécule (qu'on appellera aussi capacité « péculiaire »), mais la concession de ce que les juristes appellent l'*administratio*⁹⁷⁴.

La *concessio* initiale ne vise en effet qu'à faire exister le pécule, qu'à créer une universalité de droits et d'obligations distincte du patrimoine du *dominus*, souvent composée à l'origine uniquement de quelques biens remis par le maître lui-même en vue d'exercer une activité commerciale (*ex re patris*)⁹⁷⁵, voire par des tiers (*ex re aliena*)⁹⁷⁶. Il n'était cependant pas exclu que l'esclave acquière des biens par ses propres moyens⁹⁷⁷.

⁹⁷⁰ Cette *ademptio* consiste en un acte de volonté unilatéral rattaché très vraisemblablement à la *potestas*, puisque le pouvoir (soit cette volonté) du maître peut aller jusqu'à priver le tiers de son action *de peculio*. A noter qu'il resterait alors à ce dernier encore la possibilité de démontrer un *versum* et d'actionner le cas échéant *in rem verso*.

Voir de manière générale au sujet de l'*ademptio* : le D. 15, 1, 4, pr. *Pomponius* ; le D. 15, 1, 40, pr.-1 *Marcianus* ; le D. 15, 1, 8 *Paulus*, où la seule volonté du maître suffit tant à la naissance du pécule qu'à son extinction (ce texte souligne le rapport entre ces actes de volonté et la *potestas*).

⁹⁷¹ Cf. la section « L'extinction du pécule – l'*actio annalis* », p. 288 ss.

⁹⁷² Comme cela ressort très nettement de la *ratio* du fragment du D. 15, 1, 7, 1 *Ulpianus (Iulianus, Marcellus)*.

Voir en outre au sujet de la constitution du pécule : le D. 15, 1, 6 *Celsus* ; le D. 15, 1, 4, pr. *Pomponius* ; le D. 15, 1, 3, 3 *Ulpianus (Peditus)*.

⁹⁷³ Cf. de plus : le D. 15, 1, 4, 5 *Pomponius*, qui précise que, si le pécule de l'esclave est obéré par les créances de son maître, les effets qui le composent continuent de faire partie de celui-ci. Par exemple, si le *dominus* fait une remise de dette (cf. le D. 33, 8, 6, 1 *Ulpianus* à la fin), celle-ci rétablit l'actif du pécule sans qu'il ne soit besoin d'une nouvelle concession. Ce fragment souligne à notre avis très clairement la conception abstraite du pécule en tant qu'universalité de droits et d'obligations.

⁹⁷⁴ En ce sens, cf. : MANDRY, II, p. 81 s. ; BUTI, p. 36 ss et p. 210, qui ne voit pas dans la *concessio* originaires une autorisation générale de contracter conférant à l'esclave sa capacité d'agir.

Cf. la section « L'*administratio* ou *libera administratio* », p. 300 ss.

⁹⁷⁵ Voir p. ex. : le D. 15, 1, 4, pr. *Pomponius*, qui précise que n'est considéré comme pécule que ce que le maître a voulu séparer lui-même de son compte propre en définissant le compte particulier

du pécule, et non pas ce que l'esclave tient lui-même venant directement du compte propre du maître. Dans le même sens, cf. : le D. 15, 1, 25 *Pomponius* et le D. 15, 1, 8 *Paulus*, qui précisent que la seule volonté ne suffit pas à la constitution du pécule ; il faut en plus une véritable *traditio* ou *naturalis datio* matérielle de biens. Ainsi, par ce moyen, on parvient probablement à contourner l'effet pervers du *ius adquirendi* et de la donation à soi-même impossible. Voir encore le D. 21, 1, 31, 4 *Ulpianus*, où l'esclave reçoit un pécule de son acheteur devenu son maître. Toutefois, au D. 15, 1, 16 *Iulianus*, la concession des droits de créance que le maître a contre des tiers semble suffire à la constitution du pécule.

En ce sens : MANDRY, II, p. 57 ss, qui reconnaît à la base de la formation du pécule un acte de donation de la part du maître (la *naturalis datio*) ; BUCKLAND, p. 197 s., qui précise que la *concessio* devait s'accompagner d'une sorte d'acte de donation pour permettre à l'esclave de posséder les biens du pécule. Cet acte serait exprès si les biens proviennent du patrimoine du maître. Voir encore : MICOLIER, p. 250 ss ; ALBANESE, p. 152 ; BURDESE, Studi Sanfilippo I, p. 72 s. et la note 50, p. 93.

⁹⁷⁶ Cf. p. ex. : le D. 15, 1, 27, 2 *Gaius*, qui précise que l'acquéreur d'un esclave peut lui concéder un nouveau pécule, ou alors concéder celui que celui-ci avait sous son ancien maître (le vendeur), si l'esclave est vendu *cum peculio*. Dans le deuxième cas, le pécule vient d'un tiers, mais l'acte de volonté (*concessio*) de l'acquéreur est tout de même nécessaire pour légitimer ce pécule comme celui de son nouvel esclave. Voir encore : le D. 15, 1, 39 *Florentinus*, où l'esclave reçoit pour son mérite des biens venant de tiers, qui entrent dans son pécule. Il est ici évident que le tiers vise la personne-même de l'esclave (et son pécule), mais pour que les biens soient acquis à l'esclave lui-même (de manière distincte dans son pécule), il faut encore pouvoir présumer que son maître l'ait voulu ainsi. Dans le même sens, cf. : le D. 35, 1, 44, pr. *Paulus*, qui indique qu'une libéralité successorale, ou une stipulation, faite volontairement en faveur de l'esclave d'un autre maître, se soustrait au principe du *ius adquirendi*. En effet, cette libéralité visant expressément la personne de l'esclave résulterait d'une situation de fait, puisque l'esclave n'a pas de capacité civile, mais une capacité naturelle à devenir héritier, légataire ou encore bénéficiaire de la stipulation. Ainsi, la donation ne pourrait pas être mélangée au patrimoine propre du *dominus* ; elle serait acquise au pécule si l'esclave en possède un, ou peut-être elle pourrait servir à la constitution originiaire du pécule, si le maître de l'esclave bénéficiaire ne la retire pas. Toutefois, le D. 15, 1, 40, 1 *Marciannus*, semble admettre que ce que l'esclave acquiert, mais que le maître ne doit pas nécessairement lui remettre, donne naissance au pécule. Certains auteurs ont voulu voir dans ce fragment la possibilité pour l'esclave de se constituer un pécule sans la volonté de son maître. Cette théorie nous paraît cependant inexacte. En effet, si l'on admet que l'acquisition en question est gratuite, elle devrait être automatiquement soumise au principe du *ius adquirendi*, à moins que le maître n'ait consenti à ce que cette acquisition gratuite - sans contreprestation - reste dans le pécule ou que l'on puisse raisonnablement le présumer s'il en avait eu connaissance (cf. le D. 15, 1, 49, pr. *Pomponius* et la section « Les actes d'acquisition gratuits », p. 304 ss). De plus, on ne comprendrait pas pourquoi seul l'acte d'acquisition visant des biens que le maître ne doit pas fournir à l'esclave échapperait au *ius adquirendi*. Cette hypothèse n'est donc pas pleinement convaincante, surtout que l'acte d'acquisition dont parle le texte ne semble pas être gratuit. Si nous admettons que l'acte conclu par l'esclave est onéreux, se pose alors la question de sa capacité. En effet, l'esclave qui agit pour acheter ces biens ne possède pas encore de pécule et il ne semble pas avoir reçu de *inssum* de son maître, qui entraînerait d'ailleurs l'augmentation directe de son patrimoine propre, non pas celle du pécule, et encore moins de cette manière sa constitution. Doit-on voir alors, dans cette acquisition venant de tiers, un consentement tacite du maître pour des biens destinés à un usage commercial, mais non pas personnel ? Cela semble être le cas. Dès lors, les biens

Ainsi, lorsque les biens proviennent du patrimoine propre du *dominus*, le consentement de celui-ci paraît évident⁹⁷⁸, car résultant de la donation (*naturalis datio*) elle-même, mais lorsque l'esclave en reçoit de tiers ou qu'il en acquiert par ses propres moyens, le consentement tacite avec présomption de tolérance du pécule joue pleinement son rôle jusqu'à ce que le maître en ait connaissance⁹⁷⁹. Dans cette dernière hypothèse, pour éviter en effet l'application de la règle civile du *ius adquirendi* en faveur du maître, ce dernier doit consentir à ce que l'esclave conserve ces biens et en fasse un pécule⁹⁸⁰ ; il n'est donc pas possible d'admettre, pour cette raison, que l'esclave puisse se constituer un pécule de son propre chef sans aucune intervention ou connaissance du maître⁹⁸¹.

Dès que le maître a connaissance d'acquisitions de certains biens à titre de pécule, et jusqu'à l'éventualité d'une *ademptio* de sa part ou tout

destinés au commerce péculier sont acquis naturellement par l'esclave jusqu'à la connaissance et consentement au moins tacite du maître.

Voir en outre, au sujet du D. 15, 1, 40, 1 *Marcianus* cité ci-dessus : AMIRANTE, Studi Sanfilippo III, p. 7, qui pense que ce que le maître ne doit pas nécessairement donner à l'esclave constitue le pécule. Pour Amirante, ce texte pose un critère objectif pour savoir quand naît le pécule.

De manière générale sur les acquisitions provenant de tiers, cf. : BUCKLAND, p. 197 ss, spéc. p. 199 ; ALBANESE, p. 152.

⁹⁷⁷ Voir p. ex. : le D. 15, 1, 40, 1 *Marcianus*, qui indique que le pécule peut naître des acquisitions que le maître ne doit pas nécessairement fournir à l'esclave ; le D. 15, 1, 39 *Florentinus*, qui parle d'un pécule constitué par les économies de l'esclave ; le D. 15, 1, 57, 2 *Tryphoninus* à la fin, qui traite d'acquisitions résultant du travail de l'esclave. On pourrait tout à fait imaginer que l'esclave crée ou récupère des objets abandonnés, par son propre travail, pour les commercialiser.

Nous tenons à rappeler toutefois que pour éviter l'effet du *ius adquirendi*, le maître doit, le jour où il a connaissance de ces acquisitions, au moins avoir consenti tacitement à ce que ces objets soient constitués en pécule. Jusque là, ils sont seulement présumés appartenir au pécule. Nous renvoyons le lecteur à la section « Les actes d'acquisition gratuits », p. 304 ss.

Voir en outre au sujet de ces textes, les développements en notes 976 et 1055.

Au sujet de la naissance du pécule par le travail de l'esclave, cf. : ALBANESE, p. 152 et la note 664, p. 152.

⁹⁷⁸ On peut dire qu'il a lieu par actes concluants.

⁹⁷⁹ En ce sens, cf. : BUCKLAND, p. 197 ; LONGO G., S. D. H. I. 1 (1935), p. 401 ; BUTI, p. 20 ; BURDESE, Studi Sanfilippo I, p. 72 s.

⁹⁸⁰ En ce sens : MANDRY, II, p. 117 ; BUCKLAND, p. 197.

⁹⁸¹ Cf. les notes 976 et 977.

autre événement mettant fin à son existence, le *peculium* ainsi constitué reste de fait valablement entre les mains du *servus* et lui permettra, moyennant une concession d'*administratio*, d'exercer des activités commerciales, notamment et principalement contractuelles ; peu importe qu'après la constitution, le maître ignore l'existence-même des actes particuliers intéressant le pécule⁹⁸², qu'il soit frappé d'une incapacité résultant de son état mental⁹⁸³, voire encore qu'il ait interdit de contracter avec l'esclave⁹⁸⁴. De plus, les actes de l'esclave accomplis *servi nomine* ou *peculiari nomine*⁹⁸⁵, qui n'ont vraisemblablement qu'une existence civile « boiteuse » jusqu'à ce que le maître en ait connaissance, vont trouver dès cet instant une sorte de « légitimation civile » et seront validés en quelque sorte rétroactivement, s'il apparaît que l'esclave a reçu une concession

⁹⁸² Voir p. ex. : le D. 41, 2, 3, 12 *Paulus*, où il est admis que l'esclave peut acquérir *corpore et animo suo* la possession de biens dans son pécule à l'insu de son maître.

En ce sens, cf. : BUCKLAND, p. 197.

⁹⁸³ Quant à l'esclave devenu fou, son état mental n'a aucune influence sur l'existence du pécule une fois constitué. En effet, le D. 15, 1, 7, 3 *Ulpianus (Peditus)*, précise que tout dépend de la constitution voulue par le maître. Voir encore : le D. 15, 1, 7, 1 *Ulpianus* et la note 966.

Voir à ce sujet : BUCKLAND, p. 196 ; BURDESE, Studi Sanfilippo I, p. 77.

⁹⁸⁴ Cf. : le D. 15, 1, 29, 1 *Gaius* ; le D. 15, 1, 47, pr. *Paulus* ; le D. 14, 3, 17, 4 *Paulus (Proculus)*. De tous ces textes, nous pouvons déduire que le pécule fait office de garantie pour le tiers qui contracterait *intuitu peculio* du moment qu'il a été valablement constitué par *concessio* générale (ou consentement tacite). La simple volonté opposée à l'acte particulier intéressant le pécule ne suffit pas. Ainsi, seul le retrait du pécule par l'acte général contraire d'*ademptio* permettrait d'éluder la possibilité d'actionner *de peculio*. Toutefois, voir le D. 12, 1, 11, 2 *Ulpianus*, où le contrat de prêt effectué par un esclave fugitif n'est pas valable bien qu'il ait reçu la *libera administratio*. En effet, l'esclave ne transfère pas la propriété de la somme prêtée, si le maître ne le veut pas, et celle-ci peut être revendiquée. Ici, l'interdiction visant un acte particulier l'emporte sur la volonté générale telle que conférée dans la *concessio*, voire l'*administratio*. Cette solution est certainement justifiée par des motifs de protection du maître et de son patrimoine, car celui-ci a perdu tout contrôle effectif sur son esclave fugitif.

Voir au sujet des actes interdits : MANDRY, II, p. 360 s. ; BRINKHOF, p. 241 ; APATHY, Z. S. S. 96 (1979), p. 405 ; ALBANESE, p. 154 ; BURDESE, Studi Sanfilippo I, p. 85 s., qui rapporte la possibilité d'engager le maître malgré l'interdiction contraire au *permissum* originaire.

⁹⁸⁵ Voir la section « Les actes conclus *servi nomine* ou *peculiari nomine* », p. 311 ss.

d'administration⁹⁸⁶ ; ainsi le tiers pourra actionner le maître *de peculio* pour les actes dits *ex ante gesto*, c'est-à-dire conclus avant son consentement⁹⁸⁷.

Après la constitution proprement dite du pécule, l'esclave ne peut pas encore conclure d'actes d'engagement de portée civile ; il peut tout au plus posséder naturellement des objets et en tirer les fruits naturels⁹⁸⁸. Pour que ce quasi-patrimoine permette une capacité d'agir, efficace adjectivement contre le maître, c'est-à-dire permette éventuellement à un tiers d'actionner le maître par le biais des actions adjectives, il faut donc un autre acte de volonté : l'*administratio*.

Dans le cadre de la *concessio* initiale, les règles de l'ancien droit civil s'appliquent⁹⁸⁹. L'esclave ne peut d'aucune manière disposer seul de ses biens, et les acquisitions gratuites - sans contrepartie - passent en principe à son maître, sauf manifestation de volonté contraire de celui-ci⁹⁹⁰.

Techniquement, soit comptablement, la constitution du pécule permet à l'esclave de tenir un livre de compte personnel sur lequel il inscrira des écritures qui seront reportées sur un compte-miroir distinct mais inclus dans la comptabilité centrale du maître⁹⁹¹. Il se pourrait que l'état de ces deux comptes diffère parfois, spécialement si l'esclave exerce une activité commerciale éloignée de la *domus* et que le maître ne puisse

⁹⁸⁶ Voir p. ex. : le D. 12, 6, 13, pr. *Paulus*, où il apparaît que l'esclave s'oblige naturellement lorsqu'il a la libre administration du pécule.

⁹⁸⁷ Voir de plus les développements plus loin dans le corps du texte au sujet des actes conclus *ex ante gesto* dans la section « Les actes *ex ante gesto* », p. 333 ss.

⁹⁸⁸ Voir p. ex. : le D. 15, 2, 3 *Pomponius* ; le D. 18, 1, 31 *Pomponius* et le D. 33, 8, 8, 8 *Ulpianus (Iulianus)*.

Nous renvoyons de plus le lecteur à la section « Les augmentations et diminutions du pécule », p. 269 ss.

⁹⁸⁹ Voir, sur la portée supplétive et subsidiaire des règles générales de l'ancien droit civil, la section « Le rapport entre les règles générales et spéciales », p. 213 ss.

⁹⁹⁰ Cf. les sections « Les actes d'acquisition gratuits », p. 304 ss, et « Les actes de disposition », p. 307 ss.

⁹⁹¹ Cf. p. ex. : le D. 15, 1, 4, pr. *Pomponius*.

Voir de plus la section « L'aspect technique et matériel », p. 317 ss et la note 883.

Voir en outre : AMIRANTE, Studi Sanfilippo III, p. 11 ss, qui ne conçoit la constitution du pécule que par un *permissum* et la création d'un compte séparé des *rationes dominicae*.

régulièrement en être informé⁹⁹². Lorsque le maître fait usage de son droit d'*ademptio*, ou lorsque l'esclave meurt, est aliéné ou affranchi *sine peculio*, le compte-miroir du pécule est absorbé et confondu avec la comptabilité centrale et le livre de compte personnel de l'esclave est en principe radié ; nous le verrons dans la section suivante.

ii. L'extinction du pécule – l'*actio annalis*⁹⁹³

Le pécule une fois constitué a une existence permanente, mais pas infinie : en effet, il peut s'éteindre par la mort, l'aliénation de l'esclave *sine peculio*⁹⁹⁴, voire *cum peculio*⁹⁹⁵ sans qu'un pécule ait été constitué par l'acquéreur, ou encore par son affranchissement⁹⁹⁶. Dans ces cas, le tiers aura la possibilité d'actionner l'ancien maître de l'esclave durant une année, par l'*actio annalis*⁹⁹⁷. Mais le *dominus* a encore une faculté, dépendante de sa seule volonté, qui lui permet à tout moment de retirer le pécule : c'est le moyen de l'*ademptio* pure.

Le décès de l'esclave

On peut constater que le pécule n'est pas détaché de la personne et de la personnalité telles que conçues en droit naturel et reconnues chez l'esclave ; en effet, lorsque l'esclave décède, le pécule s'éteint avec lui⁹⁹⁸. Dès cet instant, son quasi-patrimoine se confond avec dans le

⁹⁹² Voir p. ex. : le D. 21, 1, 17, 16 *Ulpianus*, où l'on apprend qu'un esclave est envoyé en Province par son maître pour travailler ; le D. 41, 2, 44, 1 *Papinianus*, qui rapporte que le maître peut ne pas avoir connaissance des acquisitions de l'esclave faite au pécule. Voir en outre les explications données sur ce texte en note 1102.

⁹⁹³ Voir en outre la section « L'*actio annalis* », p. 394 ss.

⁹⁹⁴ C'est-à-dire l'aliénation de l'esclave sans son pécule ; voir la section « L'aliénation de l'esclave *sine peculio* ou *cum peculio* », p. 289 ss.

⁹⁹⁵ C'est-à-dire l'aliénation de l'esclave avec son pécule ; voir la section « L'aliénation de l'esclave *sine peculio* ou *cum peculio* », p. 289 ss.

⁹⁹⁶ En ce sens, cf. : le D. 15, 2, 3 *Pomponius* et les D. 15, 2, 1, pr. ss *Ulpianus*.

⁹⁹⁷ Cf. en outre les développements au sujet de cette action dans la section « L'*actio annalis* », p. 394 ss.

⁹⁹⁸ Cf. p. ex. : le D. 15, 2, 3 *Pomponius* au milieu ; le D. 4, 9, 7, 6 *Ulpianus* au début ; le D. 15, 2, 1, 3 *Ulpianus*.

Voir à ce sujet : MANDRY, II, p. 196 s.

patrimonium du maître automatiquement, sans besoin d'*ademptio* ; mais ce dernier reste le cas échéant soumis à l'action *annalis*⁹⁹⁹.

L'aliénation de l'esclave *sine peculio* ou *cum peculio*

Lorsque l'esclave est aliéné, le pécule reste en principe entre les mains du maître¹⁰⁰⁰. Mais il peut arriver qu'il soit expressément aliéné avec l'esclave¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁹ Voir p. ex. : le D. 15, 2, 3 *Pomponius* ; le D. 15, 2, 1, 3 *Ulpianus*.

Voir aussi : MANDRY, II, p. 196 ; BUCKLAND, p. 228.

¹⁰⁰⁰ Cf. p. ex. : le D. 15, 1, 37, 2 *Iulianus*, le D. 18, 1, 29 *Ulpianus* et le D. 21, 2, 3 *Paulus*, où, dans le cas de la vente, le pécule est toujours censé rester en mains du maître. Cf. encore : le D. 15, 2, 1, 3 *Ulpianus*, qui indique que le pécule s'éteint si l'esclave est aliéné, c'est-à-dire qu'il est réintégré dans le patrimoine central.

¹⁰⁰¹ En ce sens, cf. : le D. 21, 1, 18, 2 *Gaius*, qui semble souligner le fait que le vendeur doit informer l'acheteur que son esclave possède un pécule (*peculiatum esse servum*) ; le D. 33, 8, 24 *Ulpianus*, qui indique que lorsque l'esclave est légué, le pécule n'est pas censé légué avec lui, à moins qu'il le soit expressément. Dans le même sens, cf. : les D. 15, 1, 35 *Iavolenus* et D. 15, 2, 1, 7 *Ulpianus* (*Caecilius, Pegasus*), qui parlent expressément de *iussum* en rapport avec le legs du pécule (soit pratiquement l'ordre de le laisser avec l'esclave), ou encore les D. 15, 1, 33 *Iavolenus* et D. 15, 1, 34 *Pomponius*. Voir encore : le D. 15, 1, 11, 8 *Ulpianus* (*Iulianus*), qui traite du cas où l'acheteur de l'esclave *cum peculio* a une créance contre le vendeur. Ainsi, le jurisconsulte met en balance l'opportunité d'actionner le vendeur *de peculio* (*annalis*) ou d'opérer une déduction sur le pécule reçu, et précise qu'il est préférable de déduire. Vu la situation, on peut imaginer que l'acheteur négocie un prix inférieur pour le pécule, comme s'il déduisait sa créance par avance et par compensation sur le *pretium* ; peut-être la négociation pourrait-elle contenir aussi la renonciation par l'acheteur à son action *annalis* contre le vendeur. En effet, l'action *annalis* de l'acheteur contre le vendeur, bien qu'elle ne vaille que *dumtaxat de peculio*, c.-à-d. sur le pécule en possession de l'acheteur ayant été déduit des créances du vendeur (au moment de l'aliénation effective de l'esclave avec son pécule), aurait toujours cet avantage de provoquer à terme un mouvement économique (l'indemnité) du patrimoine du vendeur condamné au patrimoine de l'acheteur ; tandis que, si l'acheteur devait opter pour une déduction de sa créance sur la prochaine action *de peculio* d'un tiers (qui aurait été créancier du vendeur) contre lui, cela risquerait de ne pas être à son avantage, à moins qu'il n'ait compensé par avance sa créance contre le vendeur sur le prix payé à celui-ci pour le pécule vendu. Ulpien indique de plus que ce tiers créancier peut toujours actionner le vendeur s'il estime qu'il y a encore quelque chose dans le pécule acquis à l'acheteur. L'action *annalis* contre le vendeur est également donnée *dumtaxat de peculio* ; ce qui signifie que le montant de la responsabilité du vendeur dépendra du montant effectif du pécule qui se trouve maintenant chez l'acquéreur mais non déduit des créances internes de celui-ci contre l'esclave (en effet, le D. 15, 1, 32, pr. *Ulpianus* (*Iulianus*), précise que le débiteur est plus censé libéré par ce que le créancier a effectivement touché que par le seul fait qu'il ait intenté l'action *de peculio* ; le créancier a de plus en vue tout le pécule où qu'il se trouve - *ubicumque est*-, et donc celui qui se trouve chez l'acquéreur). Cela souligne que le tiers conserve donc son rapport de droit naturel avec l'esclave aliéné, mais continue de pouvoir compter sur le patrimoine propre de l'ancien

Ainsi, si le maître garde le pécule (aliénation *sine peculio*), il est soumis « d'office » à l'action *de peculio* pendant une année, mais il ne répondra que des contrats conclus avant l'aliénation de l'esclave¹⁰⁰².

Si l'aliénation a lieu *cum peculio* (c'est-à-dire que le pécule est aussi transféré), le préteur, estimant que le tiers mérite protection, légitime certainement l'action *annalis* contre l'aliénateur par le fait qu'il recevait en principe une contreprestation pécuniaire équivalente à la valeur du pécule¹⁰⁰³.

maître en cas d'inexécution de l'obligation de ce dernier (soit le paiement du tiers créancier), du moins pendant une année à compter de l'aliénation.

Voir en outre les sections « *Le ius deductionis* », p. 364 ss, et « *L'actio annalis* », p. 394 ss.

En ce sens, cf. : BUCKLAND, p. 189 ; MICOLIER, p. 456 ss.

¹⁰⁰² En ce sens, cf. : le D. 15, 1, 38, 3 *Africanus* à la fin, qui indique clairement que le pécule resté en mains du maître lors de l'aliénation de l'esclave n'est pas chargé des obligations nées des contrats conclus après celle-ci ; le D. 15, 1, 43 *Paulus*, où le maître, actionné *de peculio*, qui vend son esclave juste avant le jugement tout en gardant son pécule, sera soumis à l'action annale pour ce que l'esclave aura reçu en pécule auprès de l'acheteur. Il devra ainsi peut-être répondre pour un montant supérieur à celui du pécule qu'il a gardé, puisqu'au moment de la condamnation, on se fonde sur le pécule effectif que l'esclave a entre ses mains à ce moment-là (dans notre cas, le pécule qui lui a été donné par l'acheteur). Voir encore : le D. 15, 1, 37, 2 *Iulianus* à la fin.

¹⁰⁰³ En ce sens, cf. : le D. 15, 1, 33 *Iavolenus* et le D. 15, 1, 34 *Pomponius*, qui indiquent clairement que, lorsque le maître reçoit une somme d'argent (*pretium*) pour le pécule qu'il aliène, on tiendra pour pécule cette somme, et non pas la *res peculiaris* acquise en mains de l'acquéreur ; ainsi, la voie à une éventuelle action *de peculio annalis* contre l'aliénateur peut être ouverte sans tenir compte ici du pécule proprement dit (peut-être même si l'acquéreur ne concède pas de pécule à son esclave nouvellement acquis), mais de la somme d'argent (*pretium*) qui lui est substituée. Dans le même sens, cf. : le D. 15, 1, 27, 6 *Gaius (Iulianus)* et le D. 15, 1, 47, 4 *Paulus (Iulianus)*, qui semblent permettre à l'acquéreur de l'esclave *cum peculio*, qui était alors créancier pécuniaire de celui-ci, d'actionner l'aliénateur *annalis*, ou de déduire, au moment où il serait actionné *de peculio*, la créance naturelle reprise contre celui qui désormais est sous sa puissance. Inversement, Nératius, au D. 15, 1, 32, 2 *Ulpianus (Neratius)*, estime que si l'esclave est aliéné *cum peculio*, mais que le vendeur ne reçoit que le prix de la valeur de l'esclave, cela ne permettrait pas l'action *annalis* contre le vendeur. Voir encore sur la question discutée du legs du pécule : le D. 15, 2, 1, 7 *Ulpianus (Caecilius, Pegasus)*, où même un héritier obligé de léguer un esclave *cum peculio* pourra être tenu de l'action *annalis* s'il ne demande pas au légataire de se porter caution. Toutefois, Javolène, au D. 15, 1, 35 *Iavolenus*, pense que la somme reçue pour le legs d'un pécule imposé par *iussum* n'est pas censée « remplacer » le pécule entre les mains de l'héritier ; en effet, l'héritier n'a pas lui-même voulu transférer le pécule et de plus, ce n'est pas lui qui l'avait concédé.

Dans le cas de la donation de l'esclave *cum peculio*, la gratuité peut ne viser que l'esclave, son pécule pouvant dans certains cas être cédé contre rémunération. Dans les cas où la gratuité concerne l'esclave et le pécule, l'action *annalis* trouve probablement sa justification dans la relation

Dans les deux cas, l'aliénateur reste donc soumis à l'action *de peculio annalis*¹⁰⁰⁴ ; celle-ci est probablement fondée sur une fiction que le maître aliénateur est encore pendant une année possesseur du compte « pécule »¹⁰⁰⁵. Il s'agit en quelque sorte d'une garantie supplémentaire pour le tiers, qui, au moment de conclure un acte d'engagement, sait qu'il pourra compter sur une action visant la personne et le patrimoine du maître aliénateur, s'il n'obtient pas l'exécution de la prestation contractuelle¹⁰⁰⁶.

Lorsque l'esclave est aliéné avec son pécule, le maître doit, au moment de l'aliénation, prendre garde de déduire ce que l'esclave lui doit sous peine de perdre ses créances déductibles¹⁰⁰⁷.

contractuelle de droit civil à raison du pécule née entre le tiers et le maître avant l'aliénation de l'esclave.

Voir, sur la question de la contreprestation au pécule vendu : SOLAZZI, *Scritti I* (p. 161 ss), p. 169 s. ; SOLAZZI, *Scritti I* (p. 109 ss), p. 112 ; BUCKLAND, p. 228 et 230 ; MICOLIER, p. 211 ss.

De manière générale, le tiers conserve presque toujours la possibilité d'actionner *de peculio* dans l'année l'aliénateur, mais les constructions juridiques (voire les fictions juridiques) pour fonder l'action et évaluer l'étendue de la responsabilité contractuelle pourront différer.

¹⁰⁰⁴ Voir en outre les développements dans la section « *L'actio annalis* », p. 394 ss.

¹⁰⁰⁵ Cela apparaît clairement dans un texte de Javolène : le D. 15, 1, 33 *Iavolenus*, qui indique [...] *penes eum videtur esse peculium, ad quem pretium peculii pervenit* – soit que le pécule est censé être entre les mains de celui qui en a reçu le prix. Dans le même sens, cf. : le D. 15, 1, 37, 2 *Iulianus* à la fin, qui fait référence au compte du pécule resté en mains du vendeur.

Voir sur le concept d'un pécule fictif : SOLAZZI, *Scritti I* (p. 109 ss), p. 113 ; MICOLIER, p. 477.

Voir de plus les développements à ce sujet dans la section « *L'actio annalis* », p. 394 ss, spéc. p. 398.

¹⁰⁰⁶ Dans l'hypothèse d'une action *de peculio*, le montant de la responsabilité du maître sera limité à concurrence du pécule ; l'effet de garantie patrimoniale de l'action *annalis* reste donc circonscrit, mais il peut devenir intéressant, si l'acquéreur confie à l'esclave un pécule plus important que celui gardé par l'aliénateur (aliénation *sine peculio* ; cf. la note 1002), ou si l'acquéreur augmente le pécule reçu avec l'esclave (aliénation *cum peculio*).

¹⁰⁰⁷ En ce sens, cf. : le D. 15, 1, 11, 7 *Ulpianus (Iulianus)*, qui indique clairement que le maître vendeur de l'esclave *cum peculio* actionné *de peculio annalis*, ne pourra plus déduire ses créances internes s'il ne l'a pas fait pas au moment de l'aliénation ; le D. 15, 1, 27, 4 *Gaius (Iulianus)*, qui traite de l'empêchement fait au maître aliénateur d'intenter action *de peculio* contre le maître acquéreur. Dans le même sens, cf. : le D. 15, 1, 27, 5 *Gaius* et le D. 15, 1, 27, 7 *Gaius (Iulianus)*. Cela ne signifie cependant pas que l'aliénateur perde ses créances naturelles contre l'esclave parvenu à l'acquéreur ; en effet, si l'esclave en mains de l'acquéreur venait à lui payer ce qu'il lui doit, il paierait un dû qui ne pourrait pas être répété. En fait, le maître semble perdre les créances

L'affranchissement

Lors de l'affranchissement testamentaire, le pécule reste en principe entre les mains de l'héritier du maître chargé de cet affranchissement, sauf disposition expresse contraire¹⁰⁰⁸. Dans le cas de l'affranchissement entre vifs, il est censé rester à l'esclave¹⁰⁰⁹. Lorsqu'il est expressément cédé à l'esclave, il deviendra d'ailleurs son propre patrimoine¹⁰¹⁰.

Toutefois, lorsque l'affranchissement se fait par le rachat de liberté, il se peut que l'esclave ne reçoive que ce qui reste d'actif, voire

naturelles internes déductibles qui sont reconnues par le droit prétorien, celles-ci ne se transformant pas en créances « civiles » contre le nouveau maître.

Voir en outre la note 1442, et les développements à la section « *Le ius deductionis* », p. 364 ss, spécialement aux notes 1337 ss.

En ce sens, voir : SOLAZZI, *Scritti I* (p. 161 ss), p. 180 ss.

¹⁰⁰⁸ En ce sens, voir p. ex. : le D. 15, 1, 57, 1 *Tryphoninus*, le D. 21, 3, 1, 4 *Ulpianus*, le D. 33, 8, 6, 3 *Ulpianus* et les Iust. Inst. 2, 20, 20, où le pécule n'est en principe pas dû à l'esclave affranchi, à moins qu'il n'ait été expressément légué. Dans le même sens, cf. : le D. 33, 8, 18 *Marcianus*, où l'héritier n'est pas tenu de léguer le pécule, à moins que l'affranchi *cum peculio* ne lui donne caution pour les actions qui seraient dirigées contre lui (en effet, par analogie au D. 14, 4, 9, 2 *Ulpianus* (*Labeo, Pomponius*)), il semble, selon Labéon, que l'héritier qui lègue le pécule ne soit pas soumis à l'action *tributoria* s'il ne reçoit rien en échange ; cependant, Pomponius estime au contraire que l'héritier sera soumis à l'action, quand bien même il n'aurait pas pris ses précautions, notamment en demandant caution à l'esclave affranchi). Au D. 15, 2, 3 *Pomponius*, on apprend même que le pécule est censé ne plus exister, c.-à-d. qu'il est confondu dans le patrimoine central. Toutefois, au D. 33, 8, 8, 7 *Ulpianus*, il est censé laissé à l'esclave, lorsqu'il est certain que le testateur l'a souhaité.

En ce sens, voir : BUCKLAND, p. 189 s.

¹⁰⁰⁹ En ce sens, cf. : le D. 23, 3, 39, pr. *Ulpianus*, qui présente le cas de deux esclaves mariés parvenant à la liberté et conservant leurs pécules respectifs que leur maître n'aura pas retirés ; le D. 15, 1, 53 *Paulus*, qui précise que le pécule est présumé laissé à l'esclave, sauf *ademptio* ; *Fragm. Vat. 261*, qui rapporte que le maître qui affranchit son esclave par amitié est présumé lui avoir donné son pécule, s'il n'a pas fait usage de son droit d'ademption. Voir, dans le même sens, toujours dans le cas de l'affranchissement entre vifs : Iust. Inst. 2, 20, 20. Au contraire, dans la vente, il est censé le lui avoir retiré : cf. p. ex. le D. 18, 1, 29 *Ulpianus*.

Voir à ce sujet : MANDRY, II, p. 197 ss, qui traite par analogie du cas du fils de famille, et qui précise que le pécule est en principe laissé au fils sauf *ademptio* et devient son patrimoine ; BUCKLAND, p. 189 ; MICOLIER, p. 205 et note 4, p. 205 ; APATHY, *Z. S. S.* 96 (1979), p. 405, selon lequel il apparaît que le pécule est très lié à l'esclave lors d'un affranchissement, puisqu'il est censé rester entre ses mains.

¹⁰¹⁰ Comme le précise p. ex. le D. 33, 8, 8, 8 *Ulpianus*, dans le cadre du legs du pécule lors de l'affranchissement testamentaire.

absolument rien¹⁰¹¹ ; de plus l'affranchissant resterait ici soumis à l'*actio annalis*, car il est censé avoir reçu une somme issue du pécule laissé à l'esclave¹⁰¹².

Qu'advient-il des différents rapports de droit formés entre le maître, l'esclave et le tiers ?

On observe que l'esclave affranchi conserve le rapport d'obligations naturelles qu'il avait avant son affranchissement envers les tiers¹⁰¹³, mais que ce rapport ne recevra cependant pas automatiquement de portée civile permettant de l'actionner, et ce même si le pécule lui est légué¹⁰¹⁴.

¹⁰¹¹ En ce sens, cf. : le D. 33, 8, 8, 5 *Ulpianus*, où la somme partielle que l'esclave a payé pour sa liberté, avant que son maître ne décède, l'affranchisse par testament et lui lègue son pécule, est bien sortie du *peculium* et le diminue de tout autant. Cependant, si l'esclave a gardé cette somme dans son pécule en attendant de pouvoir payer entièrement son maître, elle fait, au moment de sa mort, partie du pécule qui lui est légué.

Voir à ce sujet : MANDRY, II, p. 198 s.

¹⁰¹² Voir p. ex. en ce sens : le D. 15, 2, 1, 7 *Ulpianus* (*Caecilius, Pegasus*), où un héritier tenu d'un affranchissement *cum peculio* par rachat de liberté serait soumis à l'action *annalis*, car il est censé avoir reçu de l'esclave l'argent nécessaire à son affranchissement, y compris le prix relatif au pécule cédé. Dans le même sens, cf. par analogie : le D. 14, 4, 9, 2 *Ulpianus* (*Labeo, Pomponius*) 2^e partie, où l'héritier qui recevrait quelque chose pour l'affranchissement de l'esclave devrait effectivement être tenu de l'action *tributoria* « *annalis* ». Il n'en va pas de même au D. 15, 1, 35 *Iavolenus*, si le pécule est uniquement légué à un tiers donnant une somme pour celui-ci, car il n'est pas censé, dans ce cas, être resté en mains de l'héritier (voir les explications concernant ce texte à la note 1003 à la fin).

Voir à ce sujet : BUCKLAND, p. 230.

¹⁰¹³ Voir p. ex. en ce sens : le D. 46, 1, 21, 2 *Africanus* (*Trebellianus*), qui souligne la dissociation entre le rapport d'obligations civiles prétoriennes subsistant durant une année en la personne du maître affranchissant, et le rapport d'obligations naturelles suivant la personne de l'esclave affranchi.

¹⁰¹⁴ Voir de manière générale à ce sujet : le D. 34, 3, 28, 7 *Scaevola* (*Claudius*), qui indique que les esclaves affranchis ne seront pas tenus de leurs obligations conclues durant l'esclavage. Voir en outre p. ex. : Gai. 4, 78, qui précise que même si l'esclave devient *sui iuris*, il n'y aura pas d'action (civile) contre lui, car l'obligation civile adjectice qui vise le maître ne le suit pas d'office (cf. en outre les explications données au sujet de ce texte à la section « Les rapports entre maître et esclave », p. 354) ; le D. 15, 1, 50, 3 *Papinianus*, où il n'est pas question de soumettre l'esclave affranchi à une action civile pour le remboursement d'un prêt qu'il avait demandé à un tiers alors qu'il était esclave. L'action - ici *de peculio* - devra être intentée contre son ancien maître ; preuve que le rapport adjectice ne passe pas automatiquement à l'affranchi. Qui plus est, l'affranchi ne pourrait pas être actionné *de peculio*, puisqu'il n'a lui-même constitué aucun pécule par rapport auquel il pourrait être tenu *de peculio*. De plus, l'action directe du contrat passé avec l'esclave, ne

Les Romains ont ainsi évité que l'on réclame à l'esclave affranchi, en se fondant sur le droit naturel, ce qui était déjà dû par le maître en vertu du droit civil. Il s'agissait de protéger le tiers contractant en empêchant la rematérialisation directe de la portée civile de l'obligation née adjectivement en la personne du maître et visant son patrimoine propre, dans la personne de l'esclave affranchi et dans son patrimoine à peine constitué et peu sûr¹⁰¹⁵. Cette protection trouve toutefois sa limite dans le fait que l'action contre l'ancien maître n'est possible que pendant

pouvant être intentée que *de peculio* (c.-à-d. de manière adjectice) contre le maître qui n'a pas conclu personnellement la transaction, pourrait-elle renaître contre lui *in solidum* (pour le tout) ? Le D. 15, 2, 1, 7 *Ulpianus* (*Caecilius, Pegasus*), répond à cette question très clairement en affirmant que l'action *de peculio* ne sera pas donnée contre l'affranchi, même s'il a reçu son pécule, mais bien plutôt contre l'héritier selon Caecilien. Voir encore en ce sens : le D. 33, 8, 18 *Marcianus* ; le C. 4, 14, 2 *Antoninus*.

Cela ne serait possible que si l'esclave, devenu *sui iuris*, acceptait de reprendre le rapport de droit civil adjectice que son ancien maître voudrait lui céder.

A noter toutefois que si les obligations naturelles sont exécutées, l'indu ne pourra être répété. Cf. la section « *L'obligatio naturalis* – généralités », p. 172 ss.

Voir de plus à ce sujet : BUCKLAND, p. 231 s., qui indique que l'action *de peculio* ne sera pas possible contre l'affranchi, puisqu'elle présuppose la *potestas*.

¹⁰¹⁵ Les D. 46, 1, 16, 4 *Iulianus* et D. 15, 1, 41 *Ulpianus*, indiquent que l'on ne peut pas dire que l'esclave est créancier ou débiteur d'une obligation civile, sauf en abusant des termes. Ces textes expliquent que ce qui est dû à l'esclave ne pourra être demandé que par son maître et inversement, ce que doit l'esclave sera demandé par une action *in peculium* ou, si on observe un *versum, in dominum*. Dans les deux cas de toute façon, c'est bien le patrimoine du maître qui est touché par l'action (action que le D. 46, 1, 16, 4 *Iulianus* qualifie d'*aliqua actio* – c.-à-d. ici une action prétorienne dite adjectice). On en déduit que le rapport d'obligations civiles réciproques entre le tiers et le maître, né adjectivement avant l'affranchissement, ne change pas de titulaire après, et ce pour des motifs probablement de protection du tiers et du maître. Toutefois, la situation est différente lorsque le pécule est cédé d'emblée à un *sui iuris* qui n'a pas à être affranchi : cf. le D. 15, 1, 11, 8 *Ulpianus* (*Iulianus*), développé en note 1001, qui indique que le vendeur de l'esclave *cum peculio* reste soumis à l'action *annalis*, preuve que l'obligation de droit civil subsiste dans la personne de l'ancien maître, mais qu'elle se périmé au bout d'une année (dans le même sens : cf. le D. 15, 1, 26 *Paulus* à la fin). A noter que le tiers aura alors, dans cette hypothèse, momentanément deux débiteurs, en quelque sorte solidaires, de la même obligation civile, l'un (le vendeur) à titre de débiteur adjectice civil originaire, l'autre (l'acheteur) à titre de reprenant du pécule et de ladite obligation adjectice. Ici, la cession de l'obligation est automatique, l'*obligatio* semble suivre le pécule, mais elle passe directement d'un *sui iuris* à un *sui iuris* qui bénéficie donc déjà d'un patrimoine. En effet, dans le cas de l'affranchissement, les Romains ont sans doute considéré comme périlleux, voire injuste, le fait que les créances ou les obligations « civiles » soient en elles-mêmes et de manière automatique partiellement à la base de l'universalité patrimoniale autonome nouvellement constituée auprès de l'affranchi.

une année¹⁰¹⁶. Le fait que le rapport d'obligations adjectice ne passe pas directement à l'affranchi tend probablement aussi à protéger le patrimoine du maître investi de créances à faire valoir, inscrites au pécule, mais qui juridiquement et économiquement augmenteraient son avoir. Et peut-être encore, par souci d'équité, les Romains ont-ils voulu éviter d'une certaine manière que les esclaves fraîchement affranchis ne soient immédiatement obérés de dettes exigibles par voie d'actions qui mettraient en péril leur patrimoine à peine constitué¹⁰¹⁷.

Le maître se réserve cependant le choix, de concert avec son subordonné et les tiers, de céder ses droits de créance ou ses obligations civiles à l'esclave affranchi, ce qui permettrait à ce dernier d'actionner ou être actionné civilement¹⁰¹⁸. Par contre, dans l'hypothèse où l'esclave affranchi devient l'héritier du patrimoine de son maître, il faut relever

¹⁰¹⁶ En ce sens, voir : le D. 15, 1, 32, pr. *Ulpianus (Iulianus)*, qui indique que ce sont bien les héritiers qui doivent répondre civilement de l'obligation adjectice née auprès du défunt, dans l'année dès l'affranchissement ou l'aliénation. Voir en outre le titre 2 du livre XV du Digeste.

A noter que le tiers qui paierait son dû auprès de l'esclave affranchi resterait obligé civilement vis-à-vis du maître. Le paiement à l'affranchi n'entraîne en effet pas sa libération auprès de l'ancien maître, car il n'y a plus de lien de connexité par le pécule entre l'obligation de nature civile et l'obligation naturelle ; en effet, dès l'affranchissement l'esclave sort de la puissance et du patrimoine de son maître (cf. la section « Les liens entre le rapport naturel et le rapport civil – effet de solidarité et de libération », p. 346 ss). De plus, le tiers ne pourrait pas répéter ce qu'il aurait payé à l'esclave en vertu du droit naturel. Il risquerait donc d'être actionné par le *dominus* et de devoir s'acquitter une deuxième fois de ce qu'il aurait versé à l'esclave. L'adjectif « adjectice », nous le rappelons, signifie « ajouté » et non pas remplacé.

¹⁰¹⁷ En ce sens, cf. : le D. 34, 3, 28, 7 *Scaevola (Claudius)*, qui indique clairement que les affranchis ne seront pas tenus des obligations assumées durant leur esclavage.

¹⁰¹⁸ Voir en ce sens : le D. 15, 1, 53 *Paulus*, qui indique que, même si l'esclave est affranchi avec son pécule, il ne pourra point actionner ses débiteurs (naturels) si son maître ne lui cède pas ses actions (voir toutefois, le D. 46, 3, 32 *Iulianus*, qui semble tacitement inférer que si le maître laisse le pécule à l'affranchi, le tiers se libère valablement aussi civilement en payant à ce dernier, ce qui indiquerait que le rapport de droit civil aurait été cédé en même temps que le pécule, confondant le créancier naturel et le civil). Voir encore, en ce qui concerne la cession d'une créance à un esclave non affranchi : le D. 15, 1, 56 *Paulus*, expliqué en note 1098, qui précise que l'esclave devient créancier naturel du tiers. Il ne peut pas devenir titulaire d'un droit ou d'une obligation civile dès lors qu'il est esclave. Mais s'il est affranchi, il peut devenir créancier ou débiteur de droit civil et il pourra dès ce moment là actionner, comme être actionné, pour tout rapport de droit qu'il conclurait. En effet, au D. 15, 1, 51 *Scaevola*, il apparaît que le maître peut céder ses actions civiles contre des débiteurs de son esclave à un tiers à titre de paiement (*delegatio pro insta praestatione si*). Voir encore : le D. 33, 8, 19, 1 *Papinianus* ; *Fragm. Vat.* 260.

Voir aussi : BUCKLAND, p. 189.

qu'il reprend automatiquement les rapports de droits adjectives et pourra ainsi être actionné directement pour les obligations « civiles » qui grevaient la personne du maître défunt¹⁰¹⁹.

L'ademptio

L'*ademptio* est un acte de volonté unilatéral antagoniste à l'acte constitutif du pécule¹⁰²⁰ :

*D. 15, 1, 40, pr.-1 Marcianus, déjà cité plus haut :
(pr.) Peculium nascitur crescit decrescit moritur, et ideo eleganter
Papirius Fronto dicebat peculium simile esse homini. (1) [...] moritur, cum ademptum sit.*¹⁰²¹

Le maître exprime par l'*ademptio* sa volonté de retirer non seulement l'universalité du *peculium*, mais encore et partant la possibilité de l'administrer¹⁰²². L'esclave, privé de son quasi-patrimoine, verra donc

¹⁰¹⁹ Cf. : le D. 15, 1, 3, 1 *Ulpianus (Labeo)*, qui indique qu'un esclave substitué aux héritiers en deuxième ou troisième position, devient libre et héritier de l'universalité patrimoniale du *dominus* déchu, si les héritiers appelés refusent la succession. Le tiers pourra donc actionner l'affranchi directement *de peculio* ou *de in rem verso*. Dans l'hypothèse énoncée, l'esclave ne reçoit pas que son pécule, mais bien tout le patrimoine de son ancien maître ; la cession des rapports adjectives contenus dans la succession est donc automatique. Les rapports naturels et adjectives se confondent sur la propre tête de l'affranchi, fondant le tiers à l'actionner directement, comme il en irait de tout autre héritier *sui iuris* acceptant une succession contenant des dettes.

¹⁰²⁰ En ce sens, cf. : le D. 15, 1, 8 *Paulus*, qui indique que la volonté du maître est à la base non seulement de la constitution du pécule, mais aussi de son extinction.

Au sujet de l'*ademptio*, voir : MANDRY, II, p. 165 ss, qui parle de « *contrarius animus* » ; BUCKLAND, p. 205 s. ; MICOLIER, p. 339 ss, qui croit, à tort selon nous, que l'*ademptio* ne fait que vider le pécule sans l'éteindre ; KASER, I, § 14 IV 4, p. 64 et § 67 III 5, p. 288, qui relève que le maître peut à tout moment retirer le pécule ; BRINKHOF, p. 240, qui considère que le maître conserve toujours cette possibilité ; ALBANESE, p. 153 ; BURDESE, Studi Sanfilippo I, p. 75, qui conçoit l'*ademptio* comme un acte contraire à la constitution du pécule.

¹⁰²¹ Traduction : (pr.) Le pécule naît, croît, décroît et meurt. C'est ce qui faisait dire élégamment à Papirius Fronto que le pécule pouvait être comparé à un homme. (1) [...] Il meurt lorsqu'il est retiré.

¹⁰²² Cf. : le D. 15, 1, 16 *Iulianus (Marcellus)*, qui précise qu'un esclave en copropriété peut ne tenir de pécule que de l'un de ses deux maîtres, notamment si l'autre l'a retiré ; le D. 15, 1, 7, 1 *Ulpianus (Marcellus, Iulianus)*, qui indique que le pécule peut se constituer par consentement tacite, dans le sens où, lorsque le maître a connaissance des prémices de son existence et ne le retire pas (alors qu'il aurait pu le faire), on présume qu'il a consenti ; le D. 15, 1, 11, 5 *Ulpianus (Iulianus)*, où le maître peut retirer le pécule d'un vicaire (esclave acheté par un autre esclave comme suppléant – cf. GAFFIOT, Dictionnaire) dans le but de se payer ; le D. 15, 1, 53 *Paulus*, qui montre que le

son compte pécule radié et sera dès cet instant déchu de la possibilité de s'engager dans toute relation contractuelle regardant le *peculium*. Contrairement aux hypothèses ordinaires d'extinction du pécule¹⁰²³, l'*ademptio* entraîne de lourdes conséquences, tant pour le tiers que pour l'esclave : le *servus* perd ainsi toute autonomie et espoir de pouvoir un jour racheter sa liberté, tandis que le tiers perd la possibilité d'actionner le maître en cas d'inexécution, même si le contrat qui fonde l'action a été conclu alors que l'esclave avait un pécule¹⁰²⁴. L'*ademptio* n'ouvre pas la voie de l'*actio annalis* ; toutefois, en cas de mauvaise foi du maître et probablement pour des raisons d'équité, le prêteur a prévu de conserver fictivement la valeur du pécule en y imputant tout ce que le maître aurait pu en retirer, voire d'ignorer l'acte d'*ademptio*¹⁰²⁵. Dans l'hypothèse d'un retrait de bonne foi, il resterait au tiers la possibilité de démontrer un *versum*¹⁰²⁶.

maître doit retirer le pécule de l'esclave qu'il affranchit, sinon celui-ci est censé le garder ; le C. 8, 43, 3 *Gordianus*, où le tiers, qui rend une somme empruntée en mains de l'esclave avant l'*ademptio* ou avant d'en avoir connaissance, le fait valablement. En effet, dès que l'esclave est privé de l'*administratio*, il ne peut plus recevoir valablement paiement d'un tiers pour une obligation qui visait le pécule. Ce paiement doit donc être effectué en mains du maître. Voir en outre : le D. 46, 3, 18 *Ulpianus*.

¹⁰²³ Voir les sections « Le décès de l'esclave », p. 288, « L'aliénation de l'esclave *sine* ou *cum peculio* », p. 289, et « L'affranchissement », p. 292.

¹⁰²⁴ Voir p. ex. : le D. 15, 1, 45 *Paulus*, par analogie pour le cas du fils de famille, où les créanciers ne peuvent plus agir contre le père après l'*ademptio*, mais conserveraient la possibilité d'actionner le fils.

¹⁰²⁵ En ce sens, cf. : le D. 15, 1, 21, pr. *Ulpianus* (*Mela*), qui précise que le prêteur comptera au pécule tout ce dont le maître s'est défait de mauvaise foi diminuant la valeur du pécule, p. ex. lorsqu'il aurait retiré indûment le pécule à son esclave, ou empêtré les créanciers dans un sérieux embarras, ou encore, soupçonnant l'action prochaine d'un créancier sur le pécule, il l'aurait détourné entre les mains d'un tiers. Par cette garantie, le prêteur protège évidemment le tiers créancier contre des actes de mauvaise foi du *dominus*, mais d'une certaine façon, il protège peut-être aussi indirectement et objectivement le « quasi-patrimoine » du *servus*. Dans le même sens, cf. : le D. 15, 1, 9, 4 *Ulpianus* (*Pedius*) ; le D. 15, 1, 26 *Paulus*.

Voir en ce sens : BUCKLAND, p. 218 ; KASER, I, § 141 II 1, p. 606 s.

¹⁰²⁶ En ce sens, cf. : le D. 15, 3, 14 *Iulianus* (*Marcellus, Paulus*) et le D. 15, 3, 1, 1 *Ulpianus* (*Labeo*). Toutefois voir le D. 15, 3, 5, 3 *Ulpianus*, qui semble nier la possibilité du *versum*. Mais, de manière générale, l'*ademptio* doit être considérée comme dolosive : cf. le D. 15, 1, 21, pr. *Ulpianus* (*Mela*).

Voir en ce sens : BUCKLAND, p. 219.

Voir de plus la section « Le *versum in rem* et l'*actio de in rem verso* », p. 433 ss.

La seule aliénation d'un pécule, sans aliéner aussi l'esclave, consiste en un acte d'*ademptio*¹⁰²⁷. Le vendeur n'est en effet pas soumis à l'*actio annalis* ; il ne répond plus civilement, car l'obligation civile rattachée au maître vendeur par le biais du pécule a passé à l'acquéreur du *peculium*, tandis que l'esclave resté en sa propriété ne conserve que le lien obligataire de droit naturel. Du coup, si le vendeur du pécule paie quelque chose, après avoir été actionné à tort *de peculio*, il satisfait à l'obligation civile de l'acquéreur par effet de subrogation et il pourra réclamer la somme à celui-ci, mais le rapport de droit naturel subsistant entre l'esclave resté en sa possession et le tiers l'empêchera de redemander l'indu directement auprès du tiers.

L'acte d'*ademptio* est, au même titre que l'acte de *concessio*/*administratio* une émanation de la toute puissance du maître et de sa volonté absolue sur les personnes et les biens de sa *familia*¹⁰²⁸. Il est une arme redoutable, sous réserve de la bonne foi du maître, destinée sans doute à démontrer que les acquis de l'ancien droit civil demeurent une base solide de l'ordre juridique romain à l'époque classique et qu'ils ne peuvent être complètement contournés.

Le pécule in quo nihil est

Les différents moyens d'extinction du pécule ne doivent pas être confondus avec les textes qui font état d'un *peculium in quo nihil est*¹⁰²⁹ (traduit littéralement : un pécule dans lequel il n'y a rien, c'est-à-dire vide) :

¹⁰²⁷ En ce sens, cf. : le D. 15, 1, 21, pr. *Ulpianus* (*Mela*) et le D. 18, 4, 2, 12-13 *Ulpianus*, de même que les explications données dans le corps du texte à ce sujet.

¹⁰²⁸ Cela ressort très clairement du D. 15, 1, 4, pr. *Pomponius*, qui montre que l'existence du pécule ne dépend que de la volonté (*gratia*) du maître, puisqu'il a la faculté de l'augmenter, de le diminuer ou de l'ôter complètement.

¹⁰²⁹ Voir p. ex. les textes suivants faisant mention d'un pécule *in quo nihil est* : le D. 33, 8, 11 *Ulpianus*, qui précise qu'on peut valablement décider de léguer à l'esclave son pécule momentanément vide, car on peut léguer le pécule qu'il aura dans le futur et non pas celui qu'il possède actuellement.

Voir les textes cités en note 903.

Au sujet de ce pécule *in quo nihil est*, cf. : BUCKLAND, p. 206, qui pense, comme Mandry, que le *peculium in quo nihil est* signifie simplement que l'actif est dépassé par les dettes ; MICOLIER, p. 200, qui indique que l'existence d'un pécule sans actif est couramment admise à l'époque classique.

D. 42, 4, 7, 15 *Ulpianus* : *Si quis actione de peculio filii vel servi nomine conveniri possit, si latitet, eo iure utimur, ut possint bona eius possideri et venire, tametsi nihil fuerit in peculio, quia esse potest et rei iudicatae tempus spectamus, utrum sit an non sit, et quod teneat actio, etiam si nihil in peculio fuerit.*¹⁰³⁰

En effet, à partir du moment où le pécule est considéré comme un instrument commercial, il est soumis à des variations juridico-économiques. Construit sur le modèle d'une universalité, le pécule permet en effet à l'esclave d'acquérir de nouveaux droits ou de s'engager par des obligations¹⁰³¹ ; son quasi-patrimoine augmente donc et diminue en fonction des échanges commerciaux¹⁰³². Il se peut qu'à un moment donné, son actif soit nul, voire dépassé par les dettes¹⁰³³ et dans ces cas, il

¹⁰³⁰ Traduction : Si un père de famille ou un maître, contre lequel on a l'action *de peculio* suite à une obligation contractée par son fils ou son esclave, se cache pour ne pas comparaître en justice, l'usage est que ses biens peuvent être saisis et vendus, quand bien même le pécule serait vide ; car il peut s'y trouver quelque chose, et que ce n'est qu'au moment du jugement qu'on examine s'il y a quelque chose dans le pécule ou non. C'est pourquoi l'action peut être intentée, même s'il n'y a rien dans le pécule.

Pour un autre avis sur la question, voir : le D. 15, 1, 50, pr. *Papinianus*, où Papinien indique que si l'action est intentée contre un maître qui se cache, alors qu'il n'y a rien dans le pécule, on ne pourra pas valablement saisir ses biens en vue de la condamnation, parce que n'est pas censé se cacher frauduleusement celui qui devrait être absout s'il était jugé. En revanche, selon Julien, dont Papinien rapporte les propos, le fidéjusseur donné par le maître au temps où il n'y a rien dans le pécule devra répondre de l'action future pour le paiement du créancier (cf. aussi le D. 46, 1, 35 *Paulus*, qui indique que le fidéjusseur de l'esclave répond pour l'entier de l'obligation qu'il garantit, même si le pécule est vide, tandis que le fidéjusseur du maître ne répondra, lors de l'action *de peculio*, qu'à raison du pécule le jour du jugement. L'obligation naturelle de l'esclave garantie est soustraite à la limitation à raison du pécule ne visant que la responsabilité de droit civil adjectice du maître sur son patrimoine propre).

C'est bien l'interprétation d'Ulpien qu'il faut retenir, car le montant du pécule s'estime au moment du jugement seulement (cf. les nombreux textes cités à la section « Le moment de l'estimation du pécule », p. 383 ss). C'est pourquoi une procédure peut valablement être ouverte alors qu'il ne se trouve rien dans le pécule.

Sur la question, voir : MANDRY, II, p. 364.

¹⁰³¹ Il s'agit ici des obligations naturelles. Seul le maître est visé par les obligations de portée civile actionnables.

¹⁰³² Voir les développements dans la section « Les augmentations et diminutions du pécule », p. 269.

¹⁰³³ Voir : le D. 15, 1, 4, 5 *Pomponius*, où le pécule obéré par les créances du maître de l'esclave ne cesse pas d'exister.

peut être considéré comme vide. Mais en aucune manière il n'est considéré comme éteint, puisqu'il peut toujours augmenter comme en atteste le texte d'Ulpien cité plus haut¹⁰³⁴. Le tiers peut de plus intenter son action au jour où il n'y a rien dans le pécule, car l'estimation définitive de celui-ci sera faite le jour de la condamnation¹⁰³⁵. Bien évidemment, ce tiers prend le risque que le pécule ne soit vide également au jour de la condamnation¹⁰³⁶, car il ne peut pas choisir le moment de celle-ci, et peut-être n'a-t-il aucun moyen de savoir quelle est ou sera la valeur du pécule. Cependant, il bénéficiera peut-être d'une *restitutio in integrum* si l'esclave revient à meilleure fortune, mais ce moyen, rarement utilisé, nécessite une surveillance constante des affaires de l'esclave, ce qui est rendu d'autant plus difficile si l'acte conclu était isolé et passé avec un esclave commerçant de passage¹⁰³⁷.

iii. L'*administratio* ou *libera administratio*¹⁰³⁸

La concession de l'*administratio/libera administratio*¹⁰³⁹ du pécule est comprise dans un acte de volonté général distinct¹⁰⁴⁰, en principe

¹⁰³⁴ Ainsi, au D. 15, 1, 30, pr. *Ulpianus* (*Proculus, Pegasus*), il est précisé que l'action peut être intentée au moment où il ne se trouve rien dans le pécule, car l'estimation de celui-ci se fait au jour du jugement, moment où il peut s'y trouver quelque chose. Voir en outre, dans le même sens : le D. 15, 1, 32, 1 *Ulpianus*.

¹⁰³⁵ En ce sens, cf. : MICOLIER, p. 667 ss.

Voir en outre la section « Le moment de l'estimation du pécule », p. 383 ss.

¹⁰³⁶ Voir p. ex. : le D. 4, 3, 20, pr. *Paulus* (*Labeo*), qui indique qu'il n'est pas utile d'intenter l'action sur le pécule lorsque celui-ci est vide.

¹⁰³⁷ Voir au sujet du renouvellement de l'action, les développements à la section « L'étendue de la responsabilité », p. 385 ss.

¹⁰³⁸ Voir, de manière générale, au sujet de la concession de l'*administratio/libera administratio* : le D. 15, 1, 16 *Iulianus* ; le D. 15, 1, 24 *Ulpianus*.

Voir en outre : MANDRY, II, p. 86 ss ; ALBERTARIO, Studi I, p. 139 ss ; MICOLIER, p. 487 ss ; LONGO G., Il concetto, p. 367 ss ; LONGO G., B. I. D. R. 37 (1930), p. 388 ; ALBANESE, p. 153 ; BURDESE, Studi Biscardi I, p. 156 s. et 175 ; BURDESE, Studi Sanfilippo I, p. 95 ss.

¹⁰³⁹ Nous trouvons en effet une terminologie différenciée, mais au vu des textes, il ne nous semble pas que la *libera administratio* entraîne une capacité de l'esclave plus grande que l'*administratio* simple, raison pour laquelle nous ne les étudierons pas séparément.

En ce sens, voir : MANDRY, II, p. 103 s. ; LONGO G., Il concetto, p. 380 et 382 ss, ainsi que LONGO G., B. I. D. R. 37 (1930), p. 395, qui pense que l'ajout de *libera* provienne des compilateurs.

simultané à l'acte de constitution du pécule¹⁰⁴¹, voire inclus dans celui-ci¹⁰⁴² :

*D. 15, 1, 46 Paulus : Qui peculii administrationem
concedit, videtur permittere generaliter, quod et specialiter
permissurus est.*¹⁰⁴³

Ce texte illustre parfaitement le système de l'attribution de l'administration ; celle-ci une fois accordée permet en effet à l'esclave de s'engager dans toutes sortes de transactions commerciales relatives à son pécule¹⁰⁴⁴, et notamment de conclure des contrats bilatéraux¹⁰⁴⁵

¹⁰⁴⁰ Comme en atteste le D. 15, 1, 7, 1 *Ulpianus* (*Marcellus, Iulianus*) à la fin. Voir en outre : le D. 44, 3, 15, 3 *Venuleius*, le D. 6, 1, 41, 1 *Ulpianus* et le D. 41, 2, 14, pr. *Paulus*, où l'on peut constater le parallèle entre l'acte de volonté particulier et l'acte de volonté général visant l'administration d'un pécule.

En ce sens, voir : MANDRY, II, p. 111 s., qui indique que cet acte est clairement séparé de la *concessio* initiale ; ALBERTARIO, Studi I, p. 155, qui parle d'une autorisation donnée une fois pour toute et de portée générale.

¹⁰⁴¹ En ce sens, voir : MANDRY, II, p. 111.

¹⁰⁴² Il ne faut pas confondre la concession de l'*administratio* avec le système des « prépositions », car ces dernières permettent à l'esclave de gérer, non pas des biens du pécule, mais des biens issus du patrimoine propre du maître.

D'un avis contraire à la distinction de ces deux actes de volonté à l'époque classique : ALBERTARIO, Studi I, p. 140 ; LONGO G., Il concetto, p. 377 et 385, ainsi que LONGO G., B. I. D. R. 37 (1930), p. 388 et 402, qui pense que l'*administratio* est inhérente la *concessio* originaire ; KASER, I, § 67 III 5, p. 288, qui semble inclure le pouvoir d'administration dans la *concessio peculii*, puisqu'il indique qu'elle confère à l'esclave la capacité de conclure des affaires.

¹⁰⁴³ Traduction : Celui qui concède l'administration du pécule est censé permettre de manière générale ce qui devrait être autorisé spécialement.

¹⁰⁴⁴ Cf. p. ex. : le D. 46, 1, 19 *Iulianus*, qui indique que le paiement effectué par l'esclave qui se porte garant d'une dette d'autrui sans rapport avec le pécule pourra être répété. La fidéjussion doit donc être en lien avec le pécule. Dans le même sens que le précédent fragment, cf. : le D. 15, 1, 3, 5 *Ulpianus* (*Celsus*), qui indique que l'activité de l'esclave qui n'est pas en rapport avec son pécule n'engage pas le maître *de peculio*. Voir encore : le D. 2, 14, 28, 2 *Gaius* (*Iulianus*), qui précise que le pacte conclu doit viser un objet du pécule (*ea res, de qua pacti sint, peculiaris sit*) ; le D. 46, 3, 94, 3 *Papinianus*, qui précise que l'esclave qui se charge lui-même d'un paiement doit le faire *ex utilitate peculii*, car s'il est fait pour une cause étrangère au pécule, il peut être revendiqué. En effet, le paiement effectué spontanément par l'esclave avec des deniers du pécule pour le compte de son maître, sans mandat spécial de celui-ci, est non avenu. Voir encore : le D. 15, 1, 19, 1 *Ulpianus* (*Marcellus, Papinianus*) à la fin, qui indique que le contrat doit être en rapport avec un pécule – *ad id peculium pertinuit contractus* ; le C. 4, 26, 10 *Diocletianus* et *Maximianus*, où l'objet d'une vente conclue par l'esclave doit viser un élément de son pécule (*de peculio [...] vendiderunt*).

Voir en outre les notes 933, 934 et 1093.

particuliers, comme si le maître les avait autorisés par avance¹⁰⁴⁶ ou s'il avait mandaté son esclave¹⁰⁴⁷.

L'acte unilatéral d'*administratio* n'était pas expressément nommé au début de l'époque classique, ce qui ne signifie pas qu'il n'existait pas ; en effet, il devait être compris tacitement dans le consentement originare pour la constitution du pécule, donné le plus souvent expressément par *concessio* en ce temps-là¹⁰⁴⁸. Nous verrons que, si la capacité d'agir dépend de l'*administratio* ou *libera administratio*, l'action de *peculio* en cas

Au sujet du lien de connexité entre l'acte de l'esclave et le pécule, cf. : BUCKLAND, p. 220 ; MICOLIER, p. 589, qui indique que les rapports de l'esclave avec des tiers pouvaient mettre à charge du pécule des dettes ou à son profit des créances ; KASER, I, § 67 III 5, p. 288, qui souligne le rapport entre les affaires conclues par l'esclave et le pécule ; BURDESE, Studi Biscardi I, p. 148 ; BURDESE, Studi Sanfilippo I, p. 95 ss.

¹⁰⁴⁵ Voir en ce sens : MANDRY, II, p. 113 s. ; MICOLIER, p. 500 et 536 ; LONGO G., Il concetto, p. 370.

¹⁰⁴⁶ Nous renvoyons le lecteur à la section « Le *iussum* – l'*actio quod iussu* », p. 197 ss, et à la section « La « préposition » et le système des actions *exercitoria* et *institoria* », p. 215 ss, avec lesquelles le rapprochement nous paraît opportun. La différence fondamentale est que l'activité commerciale par ces derniers moyens est effectuée au regard du patrimoine propre du maître.

Pour une comparaison avec le *iussum*, voir : MANDRY, II, p. 113 s., qui précise que l'on considère que l'acte de l'esclave est conclu comme s'il avait reçu une autorisation spéciale de son maître ; BUCKLAND, p. 205 ; MICOLIER, p. 536 s. ; LONGO G., B. I. D. R. 37 (1930), p. 397.

¹⁰⁴⁷ Le rapprochement au contrat de mandat semble évident, car certains textes évoquent très nettement cette idée, révélée spécialement après l'affranchissement de l'esclave, puisqu'à cet instant il semble soumis à une véritable action pour mandat ou gestion d'affaires : cf. la note 1115. Voir encore pour comparaison : le D. 46, 3, 12, pr. *Ulpianus*, qui met en rapport le contrat de mandat avec la fonction de procureur et de gérant de tous les biens.

Voir au sujet de ce rapprochement avec le contrat de mandat : BUCKLAND, p. 205 ; ALBERTARIO, Studi I, p. 139 et 155 s., qui indique que pour que l'esclave puisse effectuer des actes qui excèdent la conservation du patrimoine du *dominus*, il faut soit la concession d'une *libera administratio*, soit un mandat spécial ; MICOLIER, p. 503 s. et p. 507, où l'auteur fait plusieurs fois référence au mandat ; LONGO G., B. I. D. R. 37 (1930), p. 388 s. et la note 3, p. 388 s., qui effectue un rapprochement avec la *procuratio*.

¹⁰⁴⁸ Voir à ce sujet : ALBERTARIO, Studi I, p. 140, qui précise que l'*administratio peculii* ne se distinguait pas de la *concessio* initiale, mais y était incluse durant toute l'époque classique ; MICOLIER, p. 490, qui pense que l'*administratio* est implicite, même dans les textes où elle n'est pas nommée ; LONGO G., Il concetto, p. 377 et 385, LONGO G., B. I. D. R. 37 (1930), p. 399 s. et 402, ainsi que LONGO G., S. D. H. I. 1 (1935), p. 421, qui pense, en suivant l'avis d'Albertario, que l'*administratio* était comprise dans l'acte constitutif du pécule et que cela n'a pas évolué durant toute l'époque classique ; BUTI, p. 48 ss, qui pense que, selon les classiques, l'*administratio peculii* aurait été inhérente à la *concessio* constitutive. D'un autre avis, voir : MANDRY, II, p. 112, qui exclut nettement que l'*administratio* soit comprise dans la *concessio peculii*.

d'inexécution n'est quant à elle subordonnée qu'à l'existence du pécule¹⁰⁴⁹.

A partir d'une certaine époque où les deux actes (*concessio* et *administratio*) sont souvent bien distingués l'un de l'autre, il semble, bien que l'hypothèse soit rare, que l'acte de concession de l'*administratio*/ *libera administratio* puisse être accordé ou retiré de manière indépendante de l'acte servant à la constitution du pécule¹⁰⁵⁰ ; mais le retrait du pécule par *ademptio* doit logiquement entraîner automatiquement le retrait de son administration¹⁰⁵¹. De plus, la faculté d'administrer s'éteint si l'esclave est

¹⁰⁴⁹ Quoique l'on puisse dire que, si l'esclave n'a pas l'*administratio*, il ne peut pas contracter, et par conséquent, que l'acte conclu doit être considéré comme nul sur le plan civil si le maître ne le ratifie pas (cf. p. ex. le C. 4, 26, 10 *Diocletianus* et *Maximianus*). Dès lors, le tiers ne pourra point tenter d'action, ou pourra se voir opposer une exception.

¹⁰⁵⁰ Voir p. ex. : le D. 15, 1, 7, 1 *Ulpianus* (*Marcellus, Iulianus*) à la fin, qui sous-entend que la concession d'administration est octroyée de manière indépendante à la concession initiale. En effet, le texte indique que, contrairement à la *concessio* initiale, l'*administratio* doit être expressément concédée. Voir encore : le D. 15, 1, 24 *Ulpianus*, qui traite de la concession de l'*administratio* par le curateur d'un homme en démence. Il semble donc que l'*administratio* puisse être accordée et retirée indépendamment de l'acte de constitution. Le texte parle en outre de la concession de l'*administratio* « *peculii* », ce qui suppose que le pécule était déjà constitué au moment où le curateur l'accorde ou la retire. Voir en outre : le C. 4, 26, 10 *Diocletianus* et *Maximianus*.

Voir à ce sujet : MANDRY, II, p. 111, qui souligne clairement la distinction entre la *concessio* originaires et l'*administratio*, tout en admettant que ces deux actes peuvent être simultanés. A la p. 114 s., il admet que l'*administratio* puisse être retirée par un acte de volonté contraire. Voir encore : ALBERTARIO, Studi I, p. 140, qui va jusqu'à croire que la concession de l'*administratio* ne se distingue de l'acte constitutif du pécule qu'à partir de l'époque de Justinien ; MICOLIER, p. 491, qui pense que l'*administratio peculii* a progressivement remplacé la *concessio* originaires à partir d'une certaine époque (celle de Marcellus) ; LONGO G., Il concetto, p. 377 et 384, LONGO G., B. I. D. R. 37 (1930), p. 389, ainsi que LONGO G., S. D. H. I. 1 (1935), p. 418, qui reprend pour l'essentiel la thèse de l'Albertario considérant que la distinction entre les deux actes (*concessio* et *administratio*) ne s'est opérée qu'à l'époque des compilateurs. Selon Longo, il n'y a de plus pas de texte où l'*administratio* semble pouvoir être retirée indépendamment du pécule. A noter que les deux auteurs précités abusent un peu de la doctrine des interpolations pour justifier leurs théories. Voir encore : BUTI, p. 56 ss, qui admet qu'à partir d'une certaine époque, on finit par distinguer la *concessio* de l'*administratio* ; APATHY, Z. S. S. 96 (1979), p. 400, qui pense que l'acte de concession de l'administration ne peut intervenir sans l'acte de constitution du pécule (*concessio*). Toutefois, à la p. 401, il relève qu'il n'y a pas de conception unanime sur les conditions de la nécessité ou non d'une *administratio peculii*. De plus, aux p. 402 ss, il semble admettre que l'*administratio peculii* a fini par remplacer la *concessio*. Voir encore : MARTINI, LABEO 26 (1980), p. 105, qui voit dans la concession de l'*administratio* un acte indépendant de la *concessio* originaires.

¹⁰⁵¹ Cf. p. ex. : le C. 8, 43, 3 *Gordianus*.

Voir en outre la note 1022.

en fuite, s'il est volé ou si l'on ne sait pas s'il est vivant ou mort ; en effet, l'état d'incertitude empêche l'esclave de pouvoir engager son maître très certainement pour des motifs de sécurité patrimoniale¹⁰⁵².

L'*administratio* ou *libera administratio* permet ainsi à l'esclave d'agir avec un impact civil, notamment dans le domaine contractuel, mais elle ne recouvre cependant pas tous les actes. Il s'agit donc de définir son étendue.

Etendue

L'*administratio* ne vise que les actes commerciaux où chacune des parties supporte une ou plusieurs obligations, tandis que les actes d'acquisition gratuite - sans contrepartie - et les actes de seule disposition restent soumis de manière générale aux règles de l'ancien droit civil.

Les actes d'acquisition gratuits

Les acquisitions purement gratuites sont soumises de manière générale au principe général du *ius acquirendi*¹⁰⁵³ ; cette règle issue de l'ancien droit civil fait que l'esclave s'interpose comme une sorte d'*instrumentum* d'acquisition du maître, et c'est le patrimoine de ce dernier qui est uniquement et directement augmenté¹⁰⁵⁴. Cette règle vaut même si l'esclave possède un pécule¹⁰⁵⁵ ; mais, si l'acquisition est en lien

En ce sens, cf. : MANDRY, II, p. 115 ; LONGO G., Il concetto, p. 380 ss.

¹⁰⁵² Cf. : le D. 15, 1, 48 *Paulus*. Toutefois, le D. 12, 1, 11, 2 *Ulpianus*, tempère le concept d'un retrait automatique de l'*administratio* lorsque l'esclave est en fuite. En effet, ce retrait n'interviendrait que si le maître démontre clairement une volonté en ce sens.

¹⁰⁵³ Voir en ce sens : MANDRY, II, p. 116 ; MICOLIER, p. 652 s. et 762, qui précise que le système de la représentation dite nécessaire ne valait qu'activement et a perduré durant toute l'époque classique ; BUTI, p. 173.

¹⁰⁵⁴ Voir essentiellement en ce sens : Gai. 2, 86 s., le D. 50, 17, 133 *Gaius* et le *Fragm. Ulp.* 19, 18.

Nous renvoyons de plus le lecteur à la section « Le cas des acquisitions gratuites - sans contreprestation - par les personnes « en puissance » », p. 132 ss.

Voir sur la notion d'*instrumentum* dans le *ius acquirendi* : MANDRY, II, p. 116, qui indique que les acquisitions passent directement dans le patrimoine du *dominus* bien que l'esclave possède un pécule ; MICOLIER, p. 21 ss, qui rappelle que les droits acquis passent directement sur la tête du *dominus*.

¹⁰⁵⁵ Voir p. ex. en ce sens : le D. 15, 1, 57, 2 *Tryphoninus*, qui précise que ce que l'esclave acquiert gratuitement (par donations ou travaux personnels), après la mort du maître et jusqu'à

suffisamment étroit avec le *peculium* (soit que l'acte du tiers soit passé *intuitu servi* ou *peculio*, soit que l'esclave lui-même effectue l'acte en rapport direct avec son pécule)¹⁰⁵⁶ et qu'il n'apparaît pas que le maître s'y serait opposé s'il l'avait su, alors elle fait partie du pécule :

*D. 15, 1, 49, pr. Pomponius : Non solum id peculium est, quod dominus servo concessit, verum id quoque, quod ignorante quidem eo adquisitum sit, tamen, si rescisset, passurus erat esse in peculio.*¹⁰⁵⁷

Ce texte prévoit l'hypothèse, très certainement la plus fréquente, où le maître n'a pas connaissance des actes particuliers effectués par son esclave (ici pour une acquisition gratuite - sans contrepartie -). Ainsi, pour atténuer l'effet d'incertitude juridique que peut créer la période où le maître n'a pas connaissance de l'acte, les jurisconsultes ont imaginé un système de présomption où l'on peut partir de l'idée que le maître aurait

l'acceptation de la succession, appartiendra aux héritiers et non pas au légataire du pécule étranger. Cela indique clairement que les actes d'acquisition purement gratuits n'entrent dans le pécule que s'ils intéressent spécifiquement la personne l'esclave, sinon ils sont acquis par l'effet du *ius adquirendi* en principe au maître, et si celui-ci est décédé, aux héritiers.

En ce sens, voir : MANDRY, II, p. 116.

¹⁰⁵⁶ Cf. p. ex. : le D. 47, 2, 52, 26 *Gaius*, où la somme reçue du voleur d'une chose issue du pécule remplit celui-ci et le libère vis-à-vis du maître, même si ce dernier est le seul à pouvoir actionner pour vol. Le lien étroit entre l'objet du pécule volé et l'indemnité reçue fait que celle-ci retourne comme acquisition au pécule et non pas au patrimoine propre du maître. Dans le même sens que le précédent texte, toujours au sujet d'un vol, voir : le D. 15, 1, 7, 5 *Ulpianus (Labeo)*, qui ajoute qu'une succession ou un legs sont, selon Labéon, aussi acquis à l'esclave. Voir encore : le D. 46, 2, 34, pr. *Gaius*, qui indique que l'esclave peut valablement nover une dette du pécule avec la *libera administratio*, et d'autant plus si, de ce fait, il rend la situation du maître meilleure, p. ex. s'il se fait promettre quelque chose par stipulation ; le D. 15, 1, 40, 1 *Marcianus*, qui souligne l'autonomie de l'esclave acquérant de son propre chef au pécule quelque chose que son maître ne doit pas lui fournir ; le D. 15, 1, 39 *Florentinus*, où l'esclave acquiert des biens pour son mérite, donc à raison de sa personne et en lien étroit avec son pécule ; le D. 41, 2, 3, 12 *Paulus*, où des objets sont acquis *peculiariter*.

Au sujet du lien de connexité entre l'acte d'acquisition et le pécule, voir : MANDRY, II, p. 117 ss, qui indique que l'esclave doit accomplir l'acte d'acquisition d'une part objectivement par rapport au contenu du pécule et d'autre part subjectivement dans l'idée de l'augmenter ; BUCKLAND, p. 198, qui indique que l'acquisition doit se faire « *ex peculio [ou] ex [ou] in peculiari re [ou] peculiari causa [ou encore] peculiari nomine* ».

¹⁰⁵⁷ Traduction : Le pécule est composé non seulement de ce que le maître a concédé à son esclave, mais encore de ce que l'esclave a acquis à son insu et que cependant il aurait laissé dans le pécule s'il en avait eu connaissance.

laissé l'acquisition au pécule, s'il en avait eu connaissance¹⁰⁵⁸. Inversement, si le maître a connaissance de l'acquisition de l'esclave, c'est son comportement qui en déterminera le sort¹⁰⁵⁹ : en principe, l'acquisition passe immédiatement dans le patrimoine propre du *dominus*, mais s'il ne dit rien et que l'esclave ne daigne pas l'inscrire sur le livre de compte central, on peut prétendre qu'il a tacitement consenti à ce qu'elle soit et reste inscrite au pécule. A noter que même dans cette hypothèse, juridiquement¹⁰⁶⁰, c'est bien le patrimoine du maître qui est augmenté, mais dans les faits, l'acquisition de l'esclave sera inscrite dans son propre compte « pécule »¹⁰⁶¹. Cependant, notons que l'acquisition que l'esclave effectuerait au pécule ou dans le patrimoine propre de son maître de sa propre volonté¹⁰⁶², ne sera pas dépourvue de toute conséquence : en effet, si le pécule est augmenté, l'étendue de la responsabilité du maître *de peculio* sera elle-aussi accrue, si un tiers créancier du pécule actionne le maître *de peculio*¹⁰⁶³. Inversement, si l'acquisition vient « enrichir » le patrimoine propre du maître, tous les créanciers qui pourront prétendre à une action dite « *in solidum* » en bénéficieront d'une certaine manière¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁵⁸ Cette présomption d'acquisition au pécule s'il y a un lien de connexité suffisamment fort entre l'acte et la personne de l'esclave (ou son pécule), permet de déjouer la règle de l'ancien droit civil du *ius adquirendi* automatique. Cependant, en ce qui concerne la constitution proprement dite du pécule *ex re alieni*, la connaissance du maître est au minimum nécessaire pour un consentement tacite : cf. la section « La *concessio* relative à la constitution du pécule », p. 279 ss.

Voir en outre : BUCKLAND, p. 198 s., qui précise que le pécule ne contient pas que ce que le maître a voulu, mais aussi ce à quoi il aurait consenti s'il en avait eu connaissance.

¹⁰⁵⁹ Voir en ce sens : BUCKLAND, p. 198.

¹⁰⁶⁰ C'est-à-dire « civilement », par rapport au droit de propriété.

¹⁰⁶¹ Du point de vue de la possession, le D. 41, 2, 3, 12 *Paulus*, prévoit que le maître possède juridiquement les biens acquis par le fait de l'esclave dans son pécule, même à son insu. Ici, l'autonomie de l'esclave apparaît très développée, puisque c'est non seulement sa possession corporelle de l'objet qui déterminera le résultat dans le patrimoine du maître, mais aussi sa seule volonté. Voir les développements de la note 951 et la section « L'élément subjectif (conscience et volonté) dans les contrats », p. 156 ss.

¹⁰⁶² Cf. : le D. 15, 1, 40, 1 *Marcianus*, cité en note 1056.

¹⁰⁶³ En effet, l'étendue de responsabilité se calcule sur la valeur du pécule au temps du jugement. Plus l'actif du pécule augmente, plus la responsabilité à raison du pécule sera étendue. Voir pour de plus amples développements les sections « Le moment de l'estimation du pécule », p. 383 ss, et « L'étendue de la responsabilité », p. 385 ss.

¹⁰⁶⁴ En effet, l'acquisition inscrite au patrimoine propre du maître augmente la garantie objective patrimoniale des créanciers directs (p. ex. ceux du *insum* ou des « prépositions ») du *dominus*.

Les actes de disposition

Les actes de disposition, c'est-à-dire ceux qui entraînent une perte effective au pécule, restent de tout temps soumis au principe de l'ancien droit civil empêchant tout acte défavorable de l'esclave envers son maître¹⁰⁶⁵ :

*D. 20, 3, 1, 1 Marcianus : Si filius familias pro alio rem peculiarem obligaverit vel servus, dicendum est eam non teneri, licet liberam peculii sui administrationem habeant : sicut nec donare eis conceditur : non enim usquequaque habent liberam administrationem. facti tamen est quaestio, si quaeratur, quousque eis permissum videatur peculium administrare.*¹⁰⁶⁶

La concession de l'administration ne comprendrait donc pas de manière générale la possibilité de disposer¹⁰⁶⁷. L'acte de disposition doit ainsi être soumis à une autorisation spéciale du maître clairement

¹⁰⁶⁵ Voir en ce sens p. ex. : le D. 2, 14, 28, 2 *Gaius (Iulianus)* au milieu, qui précise que celui qui reçoit la libre administration de son pécule ne reçoit pas la faculté de disposer des biens de celui-ci ou de le grever uniquement d'un engagement. Dans le même sens, voir : le D. 47, 2, 52, 26 *Gaius* au début, qui indique que seule la transaction *non donationis causa* conclue par un esclave, à qui a été concédée la *libera administratio*, est valable. Voir encore : le D. 39, 5, 7, pr. *Ulpianus*, qui rappelle par analogie qu'un fils de famille ne peut pas effectuer de donation, quand bien même il aurait reçu la libre administration de son pécule, car celle-ci ne doit pas avoir pour effet de faire perdre le pécule. Par analogie, ce texte s'applique sans doute d'autant plus aux esclaves.

Nous renvoyons de plus le lecteur à la section « Les règles restrictives révélant l'incapacité juridique de l'esclave », p. 127 ss.

¹⁰⁶⁶ Traduction : Si un fils de famille ou un esclave oblige les effets du pécule pour la dette d'autrui, ces effets ne seront pas valablement engagés, quand bien même il aurait la libre administration de son pécule ; de même il n'a pas reçu la faculté de les donner. Car cette administration ne lui est pas accordée sans bornes. Cependant, c'est une question de fait que de savoir jusqu'où le maître a permis d'administrer le pécule.

¹⁰⁶⁷ Voir en ce sens : MANDRY, II, p. 107 ss ; BURDESE, *Studi Sanfilippo I*, p. 103. D'un autre avis, voir : BUCKLAND, p. 201 ss, qui pense que la seule *administratio* déchargeait de manière générale le maître de consentir à chaque aliénation, mais dans des cas particuliers reconnaissait l'exigence d'une autorisation spéciale, notamment pour les donations ; LONGO G., II *concetto*, p. 377 et 384, qui estime que la possibilité de disposer des *res peculiares* était comprise dans l'acte constitutif du pécule (la *concessio*).

reconnaissable, qu'elle soit expresse et indépendante de l'*administratio*, ou contenue explicitement ou implicitement dans celle-ci¹⁰⁶⁸ :

*D. 12, 6, 53 Proculus : Dominus testamento servo suo libertatem dedit, si decem det : servo ignorante id testamentum non valere data sunt mihi decem : quaeritur, quis repetere potest. Proculus respondit : si ipse servus peculiares nummos dedit, cum ei a domino id permissum non esset, manent nummi domini eosque non per conditionem, sed in rem actione petere debet. [...].*¹⁰⁶⁹

Proculus nous indique que la somme transférée à un tiers par une donation faite par l'esclave sur son pécule en vue de son affranchissement peut être revendiquée, si le testament qui fonde la donation est nul ou si une autorisation particulière pour opérer un tel transfert fait défaut. En effet, de manière générale, si l'esclave paie une telle somme de son pécule sans en avoir reçu l'autorisation de son maître (par testament valable ou *permissum* spécial), l'acte étant nul, les deniers

¹⁰⁶⁸ Voir au sujet de cette autorisation spéciale : le D. 39, 5, 7, 2 *Ulpianus*, où un père de famille, qui a concédé la libre administration du pécule à son fils, a expressément ajouté une autorisation spéciale pour donner ; le D. 39, 5, 7, 3 *Ulpianus*, qui indique que la faculté de donner dépend parfois de la situation de la personne qui reçoit la libre administration. Ainsi, l'autorisation d'aliéner sans contrepartie est implicitement contenue dans la *libera administratio*, car, si le maître qui a la possibilité de la retirer ne l'a pas fait, il est présumé avoir aussi consenti à la capacité de donner. C'est probablement ce qui justifie que dans le D. 23, 3, 24 *Pomponius*, par analogie, une fille de famille sur le point de se marier peut donner une dot issue de son pécule dont elle a l'administration. L'autorisation spéciale découle vraisemblablement de l'accord donné par le *paterfamilias* au mariage, et par conséquent à la dot. Dans le sens d'une autorisation implicitement contenue dans l'*administratio*, voir : le D. 46, 1, 19 *Iulianus* ; le D. 20, 3, 1, 1 *Marcianus* ; le D. 13, 7, 18, 4 *Paulus*, où il importe de bien examiner la concession de *libera administratio*.

Au sujet de l'autorisation spéciale pour les actes de disposition, voir : BUCKLAND, p. 201 ss, spéc. p. 204, qui pense qu'au-delà de l'autorisation générale contenue dans l'*administratio*, il fallait une autorisation spéciale pour les donations ; MICOLIER, p. 496 ss et 512, qui indique que les libéralités restent soumises à une autorisation spéciale ; BUTI, p. 40 ss, qui toutefois reconnaît qu'elle finit par être implicitement contenue dans les actes de constitution ou d'administration ; ALBANESE, p. 153 ; BURDESE, Studi Sanfilippo I, p. 103 s.

¹⁰⁶⁹ Traduction : Un maître a affranchi son esclave par testament sous la condition qu'il donne une somme de dix ; l'esclave, ignorant que le testament n'était pas valable, m'a donné la somme de dix. On demande qui aura droit de la répéter ? Et Proculus répond : si l'esclave a payé cette somme des deniers de son pécule sans en avoir reçu la permission du maître, les deniers restent dans le patrimoine de celui-ci, et on la redemandera, non pas par une action personnelle, mais bien par une action réelle. [...].

restent dans le patrimoine juridique de celui-ci, à savoir en propriété, et il pourra les revendiquer¹⁰⁷⁰.

Toutefois, il apparaît, dans certains textes où l'esclave a la *libera administratio*, que celui-ci peut disposer à la condition qu'il reçoive d'une manière ou d'une autre une équitable compensation ; dès cet instant, l'acte de disposition s'apparentant à un acte bilatéral peut être effectué sans autorisation supplémentaire particulière¹⁰⁷¹.

Les actes bilatéraux

Dans les temps très reculés, la *concessio* permettait aux esclaves de posséder un certain nombre de biens, mais il n'était pas question alors de les employer dans des transactions commerciales contenant des obligations réciproques. Il n'y avait donc vraisemblablement pas de concession d'*administratio* indépendante et l'on ne pouvait certainement pas non plus la comprendre dans la *concessio* initiale¹⁰⁷². Les esclaves pouvaient cependant recevoir gratuitement des biens visant la masse pécuniaire¹⁰⁷³.

¹⁰⁷⁰ En effet, l'esclave n'a pas le droit de conclure de son propre chef un acte purement défavorable, comme une donation. Cela résulte d'une part du fait qu'il n'est pas propriétaire des choses à aliéner, d'autre part du fait que même s'il a un pécule dont il a l'administration, il faut une autorisation particulière, sans laquelle l'acte conclu *donandi causa* est tout simplement nul. Voir en ce sens : Gai. 2, 20 ; le D. 47, 2, 52, 26 *Gaius* et le D. 44, 7, 3, 1 *Paulus*.

¹⁰⁷¹ Voir p. ex. : le D. 2, 14, 28, 2 *Gaius (Iulianus)*, qui indique que si le *pactum de non petendo* est conclu dans un but de pure libéralité, il est nul et ne devrait pas être ratifié. Mais, si pour déterminer le fils ou l'esclave à conclure un tel pacte, on lui a donné quelque chose d'équivalent, il sera valable et la *libera administratio* suffira. Dans le même sens, cf. : le D. 20, 6, 8, 5 *Marcianus*, où est mise en balance la possibilité pour l'esclave avec *libera administratio* de remettre le gage reçu avec l'impossibilité générale de disposer. La solution proposée trouve son aboutissant dans l'idée que, si l'esclave reçoit quelque chose en contrepartie à la remise du gage, il peut disposer de l'objet du pécule, comme s'il s'agissait d'une vente. Or, la concession de la *libera administratio* permet la conclusion d'un acte bilatéral. Inversement, au D. 14, 6, 3, 2 *Ulpianus (Iulianus)*, on apprend que le prêt inéquitable effectué par un fils de famille sous tutelle à un tiers malaisant est nul, même si son père lui a accordé la libre administration de son pécule, car le but de celle-ci n'est pas de faire perdre des éléments pécuniaires. Le contrat de prêt s'apparentant à un acte purement défavorable n'est dès lors pas compris dans la concession de l'administration. Dans ce cas, il faut pour cela une autorisation spéciale venant du tuteur.

En ce sens, voir : BURDESE, Studi Sanfilippo I, p. 99 s. et 111.

¹⁰⁷² Voir l'introduction de la présente section « L'*administratio* ou *libera administratio* », p. 300 ss.

¹⁰⁷³ Voir la section concernant « Les actes d'acquisition gratuits », p. 304 ss.

Puis, semble-t-il, dès les premiers temps de l'époque classique, on a fini par admettre que la *concessio* du pécule entraîne la possibilité d'administrer celui-ci, c'est-à-dire de conclure tout acte favorable ou bilatéral intéressant le *peculium*, et notamment de s'engager dans un rapport contractuel bilatéral :

*D. 12, 1, 2, 4 Paulus : In mutui datione oportet dominum esse dantem, nec obest, quod filius familias et servus dantes peculiares nummos obligant : id enim tale est, quale si voluntate mea tu des pecuniam : nam mihi actio acquiritur, licet mei nummi non fuerint.*¹⁰⁷⁴

Dans ce fragment, Paul conçoit que le prêt accordé par l'esclave sur son pécule oblige tant le maître que le tiers.

Certains textes semblent toutefois expressément mettre en rapport la concession de l'*administratio* et la possibilité de conclure un acte commercial, notamment et spécialement bilatéral¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁷⁴ Traduction : Dans le contrat de prêt, il importe que celui qui prête soit propriétaire de la chose prêtée. Il n'y a pas de différence pour le fils de famille ou l'esclave qui prêteraient des deniers de leur pécule ; en effet ils obligent. Il en va de même si tu donnes de l'argent de ma propre volonté, car j'acquiers l'action contre le tiers, quoique les deniers ne fussent pas à moi.

¹⁰⁷⁵ Cf. p. ex. : le D. 46, 3, 84 *Proculus*, qui précise que l'esclave qui a reçu l'administration de son pécule peut valablement effectuer des paiements et libérer ainsi ses fidéjusseurs ; le D. 12, 2, 21 *Gaius*, qui indique que l'*administratio peculii* permet inversement à l'esclave de recevoir des paiements et de nover des obligations. Voir encore : le D. 12, 1, 11, 2 *Ulpianus*, où il apparaît qu'un esclave fugitif qui a reçu la libre administration de son pécule peut conclure un contrat de prêt (dans le même sens, voir : le C. 8, 43, 3 *Gordianus* ; le D. 14, 6, 3, 2 *Ulpianus (Iulianus)*, cité en note 1071, donne en exemple qu'un prêt effectué peut être nul car inéquitable) ; le D. 44, 3, 15, 3 *Venuleius*, le D. 6, 1, 41, 1 *Ulpianus* et le D. 41, 2, 14, pr. *Paulus*, qui indiquent que la vente est valable et transmet la possession, si l'esclave l'a conclue de la volonté du maître ou qu'elle est effectuée par l'un de ses procureurs (hypothèse vraisemblablement du *iussum* et des « prépositions »), sinon il faut que l'esclave soit au bénéfice de l'*administratio* du pécule. On constate le parallèle entre l'acte de volonté général de gestion (*administratio*) et l'acte de volonté particulier. Voir encore : le D. 12, 2, 20 *Paulus*, qui indique que l'esclave qui a reçu la concession de l'administration peut transiger ; le D. 15, 1, 48, 1 *Paulus*, où l'esclave qui a reçu l'administration peut charger son débiteur de payer son créancier ; le D. 13, 7, 18, 4 *Paulus*, où l'esclave qui a reçu la libre administration de son pécule est autorisé à donner en gage des effets de celui-ci. A ce stade, il n'y a pas encore d'acte de disposition, car la propriété du gage reste entre les mains du maître jusqu'au moment éventuel de la réalisation. La réalisation du gage est possible sans autorisation spéciale du maître (cf. le D. 13, 7, 18, 4 *Paulus* à la fin), car elle entre dans les facultés accordées par la concession de l'administration. En effet, le dépôt d'un gage chez un tiers est souvent en rapport avec une créance de celui-ci ; dès lors la réalisation proprement dite n'est pas un acte purement défavorable, mais elle correspond en quelque sorte à la contreprestation

C. L'esclave agit-il comme un représentant de son maître vis-à-vis du tiers contractant ?

Lorsque l'esclave conclut des actes avec des tiers, on ne peut pas dire qu'il intervient comme représentant direct de son maître¹⁰⁷⁶. De fait, il n'agit pas au nom et pour le compte de son *dominus*. Les actes de l'esclave sont conclus *servi nomine* ou *peculiari nomine*¹⁰⁷⁷. Ces deux termes nous indiquent d'une certaine manière que les actes de l'esclave sont conclus de manière autonome ; ils sont régulièrement employés dans les différentes sources qui traitent de l'institution du pécule.

a. *Les actes conclus servi nomine ou peculiari nomine*

i. Les actes conclus *servi nomine*

Lorsque les juriconsultes évoquent des actes accomplis *servi nomine* (par l'esclave en son nom), ils font certainement référence à la personne de l'esclave¹⁰⁷⁸ telle qu'elle est reconnue par le droit naturel¹⁰⁷⁹. Ainsi l'on

inexécutée du débiteur de cette créance. Il en va différemment au D. 20, 6, 8, 5 *Marcianus*, qui traite d'un pur acte de disposition du gage : cf. la note 1071. Voir en outre : le D. 12, 6, 13, pr. *Paulus* (*Pomponius*), qui indique qu'un esclave, qui avait reçu la libre administration de son pécule, paie valablement une dette après son affranchissement, car il reste obligé naturellement. Ici, la cause de la dette n'est pas mentionnée, mais elle provient certainement d'un acte bilatéral. De plus, voir : le C. 4, 26, 10 *Diocletianus* et *Maximianus*, qui montre que les esclaves avec libre administration du pécule peuvent conclure des contrats de vente sur des objets qui en font partie.

Voir en outre la plupart des textes cités dans la section « Les actes bilatéraux accomplis *cum servo cum peculio* », p. 336 ss, qui font état de l'*administratio* ou *libera administratio* en rapport avec les actes conclus par l'esclave.

¹⁰⁷⁶ Voir en ce sens : BUCKLAND, p. 208, qui le justifie notamment par le fait que le maître est engagé même s'il a interdit l'acte (voir aussi la note 984) ; MICOLIER, p. 572.

Voir en outre les explications évoquées dans la note introductive de la section « Les actes juridiques – le principe de la non-représentation », p. 121 ss, et dans la section « Les actes contractuels bilatéraux accomplis par l'esclave – le système de la « représentation » », p. 189 ss.

¹⁰⁷⁷ C'est-à-dire par l'esclave en son nom (*servi nomine*) ou pour le compte de son pécule (*peculiari nomine*).

¹⁰⁷⁸ On dit de ces actes qu'ils sont conclus *intuitu personae* – au regard de la personne.

¹⁰⁷⁹ P. ex. au D. 15, 1, 19, pr. *Ulpianus*, on distingue l'acte passé au nom de l'esclave dit « ordinaire » de celui passé au nom du « vicaire ». Dans le même sens, voir : le D. 15, 1, 38, 2 *Africanus* ; le D. 15, 1, 27, 1 *Gaius* ; le D. 15, 1, 23 *Pomponius*.

peut distinguer la personne visée par le rapport juridique conclu par l'esclave : en effet, si l'esclave agit *domini nomine*, il apparaît vis-à-vis des tiers comme une sorte de représentant direct de son maître¹⁰⁸⁰ ; tandis que s'il agit *servi nomine*, cela signifie qu'il agit en son propre nom et de manière autonome¹⁰⁸¹. Du point de vue du droit civil au sens large, cela n'a aucune répercussion, vu que l'esclave est privé de personnalité juridique civile¹⁰⁸². Mais du point de vue du droit naturel, cette terminologie prend tout son sens, car l'esclave possède en quelque sorte une personnalité de droit naturel ; il existe dans les faits en tant qu'être humain doué de raison et de volonté¹⁰⁸³. Cette reconnaissance de personnalité naturelle implique ainsi parallèlement une capacité d'agir naturelle permettant à l'esclave d'entrer en contact avec ses semblables ou des *sui iuris* et de nouer des relations de droit naturel ; celles-ci

¹⁰⁸⁰ Nous nous rapportons ici aux hypothèses hors pécule. Lorsque l'esclave possède cependant un pécule, la volonté de son maître, mais surtout la sienne, prennent une importance considérable. En effet l'impact d'un acte accompli *servi nomine* ne sera pas le même qu'un acte accompli *domini nomine* : selon le mode choisi, l'action que le tiers pourra tenter déterminera une étendue de responsabilité du maître différente.

Nous rappelons de plus que pour produire des effets valables, les actes doivent être en principe conclus par la personne qui les passe en son propre nom : cf. le D. 44, 7, 11 *Paulus*. Les actes conclus *servi nomine* sont donc à la base valablement conclus en droit naturel.

Voir en outre les explications évoquées dans la note introductive de la section « Les actes juridiques – le principe de la non-représentation », p. 121 ss, et dans la section « Les actes contractuels bilatéraux accomplis par l'esclave – le système de la « représentation » », p. 189 ss.

¹⁰⁸¹ En ce sens, voir : le D. 15, 1, 27, pr. *Gaius (Julianus)*, qui fait référence à un acte conclu par des servantes en leur nom (*ancillarum nomine*), ce qui crée la possibilité d'actionner leur maître *de peculio* ; le D. 18, 1, 12 *Pomponius*, qui distingue la personne de l'esclave qui agit en son nom propre de celle de son maître. Dans ce texte, bien que le maître soit présent à la transaction commerciale faite par son subordonné, on s'intéresse à la conscience et à la volonté de celui qui passe l'acte, soit le *servus*. Dans le même sens, voir : le D. 21, 1, 23, 4 *Ulpianus*.

Sur le rôle de l'intention de *alieni iuris*, voir : MANDRY, II, p. 121 ss ; BUCKLAND, p. 198 s., qui soulève la question sans toutefois donner son avis, mais qui relève que certains auteurs retenaient l'intention de l'esclave comme essentielle ; MICOLIER, p. 193, qui précise que l'intention de l'esclave est déterminante pour savoir s'il conclut l'acte au regard de son pécule ou plutôt vis-à-vis du patrimoine propre de son maître.

¹⁰⁸² Voir à titre de rappel : le D. 50, 17, 32 *Ulpianus*.

Nous renvoyons de plus le lecteur à la section « L'esclave et la notion juridique de « personne » », p. 89 ss, et à la section « Les règles restrictives révélant l'incapacité juridique de l'esclave », p. 127 ss.

¹⁰⁸³ Cf. : MICOLIER, p. 21.

projetent toutefois déjà quelques effets en droit civil au sens large : par exemple, le paiement d'un dû ne pourra pas être répété civilement¹⁰⁸⁴. Cependant, il n'existe aucune action de droit naturel proprement dite permettant l'exécution ou la réparation pour inexécution de l'obligation naturelle non exécutée visant l'esclave¹⁰⁸⁵.

Le préteur, sous l'influence de facteurs socio-économiques et de la philosophie du droit naturel de l'époque classique, a introduit ou reconnu, dans l'ordre juridique romain, certaines institutions qui permettent à l'esclave d'engager son maître civilement¹⁰⁸⁶. On observe en effet qu'un rapport d'obligations de droit civil naît parallèlement à celui

¹⁰⁸⁴ Voir : le D. 21, 3, 1, 4 *Ulpianus*, qui indique que, si le maître affranchit son esclave avec son pécule, avant d'avoir acquis la propriété sur les choses achetées par lui, car non encore transférées par *traditio*, seul l'affranchi pourra opposer une exception à la revendication du vendeur, après la *traditio*. En effet, faute de *traditio* avant l'affranchissement, le *dominus* n'a jamais pu devenir propriétaire de droit civil, et par conséquent, pu céder d'exception de droit civil sur les marchandises au *servus* affranchi. Cette exception ne sera donc fondée qu'en fait, car elle ne découle que du rapport de droit naturel avec le vendeur ; l'affranchi étant lui-même esclave au moment de l'acte, il est en effet impossible qu'il ait pu agir civilement ou bénéficier d'une exception valable en droit civil. La livraison de l'objet acheté étant due, il ne pourra pas être répété après la *traditio* par le vendeur, et l'esclave affranchi pourra le cas échéant opposer l'exception de fait issue du droit naturel.

Au sujet des effets de l'obligation naturelle et notamment de l'impossibilité de répéter un dû, voir : MICOLIER, p. 606.

¹⁰⁸⁵ Voir p. ex. : le D. 44, 7, 14 *Ulpianus* et le D. 3, 5, 18, pr.-1 *Paulus* (*Scaevola, Sabinus*), qui précisent que l'esclave est bien débiteur de droit naturel avant même son affranchissement, bien que le pécule soit vide, et qu'après avoir accédé à la liberté, il sera toujours obligé naturellement et devra toujours payer en continuation de la transaction conclue alors qu'il était sous puissance. Selon l'avis de certains juriconsultes, il sera même le cas échéant soumis à une action pour mandat ou gestion d'affaire. En effet, si le rapport de connexité entre la personne de l'esclave et l'acte conclu alors que celui-ci était sous puissance est si grand qu'il ne peut pas rendre les comptes pour cet acte au moment de son affranchissement, on octroiera l'action du mandat à son ancien maître ou de la gestion d'affaires, comme s'il était devenu lui-même mandataire ou gérant de l'affaire de son maître : cf. le D. 3, 5, 16 *Ulpianus*, le D. 3, 5, 17 *Paulus* (*Proculus, Pegasus, Neratius*) et le D. 3, 5, 18, pr.-2 *Paulus* (*Scaevola, Sabinus, Labeo*).

Voir en outre les notes 1014 et 1015, qui rappellent qu'après l'affranchissement, l'esclave n'est en principe pas obligé civilement, et donc même pas susceptible d'être actionné par une action civile *lato sensu*.

¹⁰⁸⁶ Cf. la section « *Le ius naturale* », p. 55 ss et la section « Réminiscence du droit naturel », p. 72 ss.

de droit naturel voulu par l'esclave et conclu en son propre nom¹⁰⁸⁷. Ce rapport d'obligations civiles permettra d'une part au maître d'actionner le cas échéant civilement le tiers pour le contrat conclu par son *servus*, et d'autre part il donnera au tiers la possibilité de sanctionner le *dominus* par une action civile prétorienne¹⁰⁸⁸. Les actions qui visent le maître ont ainsi été surnommées « adjectices », parce qu'elles font référence à ce rapport de droit civil sanctionnable qui, littéralement, vient s'ajouter à celui de droit naturel dépourvu d'action¹⁰⁸⁹.

ii. Les actes conclus *peculiari nomine*

Les actes conclus *peculiari nomine* correspondent dans les faits à un acte conclu *servi nomine*, c.-à-d. par l'esclave en son nom ; mais lorsque les sources parlent d'un acte conclu *peculiari (peculii) nomine* ou *peculiariter*, elles

¹⁰⁸⁷ Comme cela ressort du D. 15, 1, 1, 6 *Ulpianus*, qui indique que le maître pourra être actionné pour les actes conclus par ses esclaves en leur propre nom, ou lorsque ils y ont tous deux participé. Voir aussi : le D. 15, 1, 9, 8 *Ulpianus*, qui précise que, lorsque le maître est obligé civilement par le fait de son esclave qui agit en son nom (*servi nomine*), il pourra déduire. Le *ius deductionis* puise sa source ici dans l'obligation adjectice prétorienne grevant le maître et son patrimoine propre. En effet, lorsque l'acte est accompli par l'esclave en son nom, il ne peut fonder qu'un rapport d'obligations adjectices entre le tiers et son maître, et non pas naturelles, car celles-ci ne peuvent naturellement pas intéresser un tiers (ici le *dominus*) à la relation contractuelle de base conclue *intuitu personae* entre le tiers et l'esclave. Voir, dans le même sens : le D. 15, 1, 57, pr. *Tryphoninus* ; le D. 15, 1, 11, 8 *Ulpianus (Iulianus)*, où il est question d'un créancier qui possède une action contre le maître pour un acte conclu par son esclave en son nom propre.

Voir à ce propos, les explications données dans le corps du texte dans la section « Les actes bilatéraux effectués *cum servus cum peculio* », p. 336 ss, où nous admettons que lorsque l'esclave agit en son nom, il ne crée pas de rapport de droit naturel entre le tiers et son maître, mais uniquement de droit civil prétorien adjectice, s'il possède un pécule.

Voir en outre : MONIER, I, p. 251 ; KASER, I, § 141 I 1, p. 605 ; BUTI, p. 168 ; BURDESE, *Studi Sanfilippo* I, p. 84.

¹⁰⁸⁸ Cf. : le D. 15, 1, 41 *Ulpianus* et le D. 50, 16, 10 ss *Ulpianus*, qui précisent que seul le créancier de droit civil peut actionner.

En ce sens, voir : BUCKLAND, p. 188.

¹⁰⁸⁹ Cf. p. ex. : le D. 46, 1, 16, 4 *Iulianus* et le D. 15, 1, 41 *Ulpianus*. Le terme « adjectice » est de plus inspiré du D. 14, 1, 5, 1 *Paulus* à la fin ; voir à ce sujet le note 645.

Voir en outre, sur la définition de l'obligation civile actionnable : MICOLIER, p. 607 s., qui précise que toute obligation sanctionnée d'une action peut être considérée comme une obligation civile, qu'elle appartienne au *ius proprium civium* ou au *ius gentium*, ou encore au droit prétorien.

se rapporteraient plutôt au quasi-patrimoine¹⁰⁹⁰ et aux biens qu'il contient¹⁰⁹¹ qu'à la personne du *servus*¹⁰⁹². L'acte bilatéral conclu par l'esclave en son nom doit en effet viser un élément du pécule¹⁰⁹³ et non pas le patrimoine propre du maître, car s'il visait le patrimoine propre du maître, il faudrait que ce dernier y ait consenti par le biais d'un *iussum* ou d'une « préposition », à défaut de quoi il pourrait être considéré comme nul, sous réserve de la démonstration d'un *versum* si le tiers a déjà exécuté sa prestation.

Quant au tiers, il est important pour lui de connaître à quel titre il conclut la convention avec l'esclave, car cela déterminera d'une part le choix de son action et d'autre part l'étendue de la responsabilité du *dominus* sur laquelle il pourra compter pour se satisfaire¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁹⁰ Voir p. ex. : le D. 15, 1, 37, 3 *Iulianus*, qui permet de savoir au nom de quel pécule on pourra déduire, notamment dans le cas où un esclave possède deux pécules, l'un appartenant au propriétaire, l'autre à l'usufruitier ; le D. 15, 3, 3, 5 *Ulpianus* (*Pomponius*), où les termes employés (*peculiare nomen*) permettent de savoir quel « patrimoine » (de l'esclave ou du maître) sera augmenté d'une créance vis-à-vis d'un tiers, fondant alors peut-être un *versum* permettant l'action de *in rem verso* plutôt que l'action de *peculio*.

¹⁰⁹¹ Voir p. ex. : le D. 15, 1, 4, 5 *Pomponius* ; le D. 15, 1, 34 *Pomponius* ; le D. 15, 1, 22-23 *Pomponius*, où la terminologie permet de distinguer un immeuble faisant partie du pécule et non pas du patrimoine propre du maître ; le D. 15, 1, 9, 1 *Ulpianus*, pour le cas du vol d'un objet du pécule ; le D. 15, 3, 6 *Tryphoninus* et le D. 15, 3, 5, 3 *Ulpianus*, où il est fait référence expressément aux deniers ou biens matériels du pécule qui serviront peut-être à un *versum* dans le patrimoine propre du maître ; le D. 33, 6, 9, 3 *Ulpianus*, qui distingue le vin que le maître a dans son patrimoine, de celui qui se trouve dans le pécule à l'usage exclusif des esclaves.

¹⁰⁹² Cf. les textes qui emploient la terminologie *servi nomine*.

¹⁰⁹³ Rappel : la majorité des biens composant le pécule sont en effet des biens destinés au commerce.

Cf. p. ex. : le D. 21, 1, 51, pr. *Africanus*, qui parle de l'influence de la conscience et volonté de l'esclave par rapport aux actes qu'il conclurait *peculiari an domini nomine* ; le D. 15, 1, 57, 2 *Tryphoninus*, où les termes *ex rebus peculiaribus* utilisés permettent de distinguer ce qui augmentera plutôt le pécule, comme le croît du bétail, ou plutôt le patrimoine propre du maître, comme les acquisitions par donations faites au *servus* ou par le travail de l'esclave, soumises au *ius acquirendi* ; le D. 21, 3, 1, 4 *Ulpianus*, qui traite d'un achat de *merces peculiariter*, c'est-à-dire de marchandises destinées à un commerce particulier, entrant dans le pécule par subrogation ; le D. 15, 1, 47, 1 *Paulus*, qui souligne le rapport de connexité avec le pécule, dans le cas d'un *servus* fidéjusseur. Voir en outre les textes étudiés en note 1044.

Voir encore : MANDRY, II, p. 118 ss.

¹⁰⁹⁴ P. ex. au D. 15, 1, 27, pr. *Gaius* (*Iulianus*), si l'esclave agit *peculiari merce*, le tiers pourra bénéficier de l'action *tributoria* en lieu et place de l'action de *peculio*. Ici la terminologie *peculiari* vise

En ce qui concerne la problématique résultant des actes *ex ante gesto*, l'emploi que fait l'esclave de cette terminologie au moment où il agit vis-à-vis du tiers aura son importance, car elle permettra en quelque sorte de « guérir » le rapport d'obligations de droit civil - parallèle à celui de droit naturel – inexistant, boiteux ou suspendu jusqu'à ce qu'un pécule soit éventuellement constitué, ce qui ouvrira alors la voie à l'action de *peculio*¹⁰⁹⁵.

Techniquement, soit d'un point de vue comptable, la terminologie *peculiari nomine* permet de différencier les divers comptes (pécule et patrimoine propre du maître)¹⁰⁹⁶ où sont inscrites les opérations de l'esclave et souligne donc aussi le fait que l'acte doit être inscrit dans le compte « pécule »¹⁰⁹⁷.

Enfin, les termes *peculiari nomine* mettent en relief l'institution telle que conçue en droit prétorien ; on se détacherait donc du pur aspect de l'« obligation naturelle » *intuitu personae* pour rejoindre celui de l'obligation naturelle telle que relevante vis-à-vis d'un « patrimoine » de fait conçu « *iure praetorii* » (c.-à-d. le pécule)¹⁰⁹⁸. En effet, seule la constitution du pécule et la concession de l'*administratio*, conditions établies par le droit

à spécifier qu'il s'agit de marchandises destinées à un commerce particulier faisant partie du pécule de l'esclave.

¹⁰⁹⁵ Nous renvoyons le lecteur aux développements effectués dans les sections « Les actes effectués *cum servo sine peculio* », p. 325 ss et « Les actes *ex ante gesto* », p. 333 ss.

¹⁰⁹⁶ Cf. le D. 15, 1, 15 *Ulpianus*, où l'acte conclu *peculiari nomine* permet, lorsqu'un esclave est commun à deux maîtres et qu'il possède deux pécules, de distinguer le compte sur lequel sera inscrit le rapport d'obligations et de savoir lequel des deux maîtres pourra le cas échéant être actionné. Voir encore : le D. 15, 3, 3, 5 *Ulpianus (Pomponius)*, où l'acte de l'esclave doit être inscrit sur le compte du maître pour induire un *versum* et non pas sur celui du pécule.

¹⁰⁹⁷ Voir, pour un développement au sujet de ces comptes : la note 883 et les explications données dans la section « L'aspect technique et matériel », p. 317 ss.

¹⁰⁹⁸ Voir p. ex. : le D. 15, 1, 56 *Paulus*. Voir encore : le D. 15, 1, 43 *Paulus*, qui indique que l'aliénateur, actionné de *peculio*, qui aliénerait l'esclave avant la condamnation, tout en gardant le pécule, sera tenu néanmoins *peculii nomine* pour le pécule acquis chez le nouveau maître de l'esclave.

Dans le sens de la conception du pécule comme un patrimoine de fait reconnu « *iure praetorii* », voir : BUCKLAND, p. 207 ; MICOLIER, p. 660 s. ; BROSZ, p. 335 ; APATHY, Z. S. S. 96 (1979), p. 406 s. ; ALBANESE, p. 151 s.

prétorien¹⁰⁹⁹, confèrent à l'esclave la capacité d'agir efficacement *iure civile* au sens large en son nom et par rapport à son pécule¹¹⁰⁰.

b. *L'aspect technique et matériel*¹¹⁰¹

Les actes conclus par l'esclave engagent en première ligne son pécule ; ce n'est donc qu'en conséquence que le patrimoine du maître est affecté. Les différentes transactions sont en effet *primo loco* inscrites sur un compte « pécule » en possession de l'esclave, et dans un deuxième temps, quand le maître désire prendre connaissance de l'état de celui-ci, vraisemblablement retranscrites dans le livre de comptes central sur le sous-compte (ou poste) dit « pécule »¹¹⁰² ; elles ne sont inscrites directement sur le compte central du patrimoine propre du *dominus*¹¹⁰³

¹⁰⁹⁹ Bien que ces conditions soient proposées par le droit prétorien objectif, l'accomplissement de celles-ci reste dépendant de la volonté du maître, probablement pour ne pas violer les acquis de l'ancien droit civil relatifs à la *potestas* du *dominus* et éviter d'ouvrir une brèche qui permettrait à l'esclave d'accéder d'une certaine manière au statut partiel de sujet de droit civil (c.-à-d., sujet du droit prétorien).

Voir de plus à ce sujet les développements effectués dans la section « Le « titulaire » du pécule », p. 271 ss.

¹¹⁰⁰ Cf. la note 1107.

En ce sens, voir : BUCKLAND, p. 188.

¹¹⁰¹ Nous renvoyons de plus le lecteur aux notes 1096 et 1097, ainsi qu'à la note 883.

¹¹⁰² Voir p. ex. : le D. 33, 8, 19, pr. *Papinianus* et le D. 33, 8, 8, 7 *Ulpianus*, où un esclave est prié de « rendre » ses comptes avant son affranchissement. Dans le même sens, mais une fois affranchi, voir : le D. 3, 5, 44, 1 *Ulpianus*, où l'esclave n'a plus besoin de rendre les comptes. Voir encore et toujours dans le même sens : le D. 35, 1, 32 *Africanus* ; le D. 3, 5, 16 *Ulpianus* et le D. 3, 5, 18, 1 *Paulus* (*Scaevola, Sabinus*). En matière de possession, voir : le D. 41, 2, 44, 1 *Papinianus*, où le maître devient possesseur des objets composant le pécule sans qu'il ait besoin de s'enquérir des écritures inscrites au pécule ou des différentes causes d'acquisition (*ne cogereantur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere*). Ce texte semble être un témoignage de l'existence d'un sous-compte pécule sur lequel seront reportés les actes au sujet desquels le maître peut, dans un premier temps, ne pas être renseigné. Cela implique parallèlement la reconnaissance d'un compte pécule géré de manière autonome par l'esclave. Voir encore : le D. 26, 7, 58, pr. *Scaevola* ; le D. 34, 3, 28, 7 *Scaevola* (*Claudius*).

Au sujet de la conception du pécule comme un compte distinct du livre de comptes central, voir : MANDRY, II, p. 61 ; MICOLIER, p. 247 ss ; AMIRANTE, Studi Sanfilippo III, p. 3, qui souligne la double comptabilité.

¹¹⁰³ Cette hypothèse apparaît très nettement dans le texte de Gaius au D. 41, 1, 43, 2 *Gaius*, où, lorsque l'esclave est en usufruit et qu'il possède deux pécules, l'un provenant du nu-proprétaire, l'autre provenant de l'usufruitier, il semble, dans un premier temps, détenir naturellement et inscrire l'objet reçu dans ses propres comptes péculeurs. Et ce n'est que dès l'instant où l'on sait

qu'en cas de *versum*¹¹⁰⁴. Il arrive parfois que le maître n'ait d'ailleurs pas connaissance de chaque acte particulier conclu par son subordonné, ainsi l'on observera souvent un décalage entre l'état du compte « pécule » géré par l'esclave lui-même et le sous-compte central où sont reportées les opérations faites par l'esclave ; ce sous-compte fonctionne comme une sorte de miroir du compte « pécule »¹¹⁰⁵.

par rapport à quel pécule l'esclave effectue la contreprestation, que l'acquisition sera reportée sur le compte central correspondant, fondant l'acquisition effective de la propriété et permettant ainsi au tiers d'obtenir l'action *de peculio* ou les autres actions prétoriennes (à savoir *tributoria* ou *de in rem verso*) en cas d'inexécution : cf. le D. 15, 1, 2 *Pomponius*. Voir encore : le D. 41, 2, 44, 1 *Papinianus*, expliqué en note 1102.

En ce sens, voir : STURM, Symposium Wieling, p. 227, qui emploie le mot « Sklavenkasse » - caisse - pour indiquer ce que nous appelons « compte ». Il précise que la « caisse de l'esclave d'où proviendra l'argent déterminera qui, du nu-propriétaire ou de l'usufruitier, sera propriétaire de l'objet acquis par l'esclave.

¹¹⁰⁴ Voir : le D. 33, 8, 6, 4 *Ulpianus* (*Pegasus, Nerva, Gneus Domitius, Atilicinus*), où les comptes de l'esclave et ceux du maître sont clairement distingués. En effet, lorsque le pécule est légué à l'esclave, il n'est pas censé contenir ce qui a été directement versé (ou inscrit) par l'esclave sur le compte du patrimoine propre du *dominus* (*quam se in rationem domini impendisse dicit*). Voir encore : le D. 40, 7, 3, 2 *Ulpianus* (*Labo, Servius, Cassius*), qui souligne bien également la distinction sur le plan interne entre le compte du pécule et le compte du patrimoine propre du maître. En effet, si l'esclave a avancé de l'argent à son maître qu'il a versé sur le compte central (*quod in domini rationem plus erogaverit*), l'héritier de ce dernier devient débiteur (naturel) de l'esclave et s'il n'actionne pas le tiers débiteur « civil » du défunt maître pour le montant de la somme avancée, ou qu'il refuse de la reverser au compte péculier de l'esclave qui attend d'être affranchi, celui-ci parviendra tout de même à la liberté, dans la mesure où le défaut de la somme l'empêche d'y accéder. Dans le même sens, voir : le D. 15, 1, 56 *Paulus*, où l'esclave qui s'est porté spontanément garant pour un débiteur de son maître devra déduire la somme de son pécule et l'inscrire vraisemblablement au crédit du compte du patrimoine propre de son maître. Comme le tiers débiteur « civil » du maître n'est pas libéré par cet acte de portée interne, lorsque le maître actionné pratiquera la déduction sur le compte du pécule et la reportera dans sa comptabilité centrale, le droit de créance qu'il a contre le tiers devra de toute façon être transposé sur le compte du pécule. Voir encore : le D. 17, 1, 22, 8 *Paulus*, qui présente le cas d'un esclave mandaté par un débiteur du maître pour un paiement libératoire entre les mains de celui-ci. Si l'esclave emprunte de l'argent à un tiers et le crédite sur les comptes du maître dans le but de libérer le débiteur (*rationibus tuis quasi a me receptam intulerit*), celui-ci sera libéré.

¹¹⁰⁵ Voir en ce sens : le D. 15, 3, 5, 3 *Ulpianus*, où l'on observe qu'une somme d'argent peut être comptabilisée *de facto* dans un premier temps dans le pécule et passer ensuite dans les comptes du patrimoine du maître, ce qui peut entraîner un *versum* (voir la section « *Le versum in rem* et l'*actio de in rem verso* », p. 433 ss). A noter que le texte exclut le *versum* lorsque le maître ôte le pécule ; dans ce cas, faisant appel à une prérogative du droit civil, on ne tient plus compte de la distinction des comptes en droit naturel et il y a en quelque sorte confusion, car la somme versée au pécule est considérée comme faisant partie juridiquement du patrimoine central dès l'*ademptio*. Voir encore

Dans tous les cas, il est cependant évident que juridiquement, soit du point de vue civil au sens large, c'est bien le patrimoine du maître qui est directement augmenté ou diminué des droits ou des obligations civils nés de l'activité du *servus*¹¹⁰⁶ ; en effet, le pécule lui « appartient » de droit et il est le seul à pouvoir activement actionner par une action civile le tiers en exécution¹¹⁰⁷, ou passivement, à répondre d'une éventuelle action

le développement concernant le D. 41, 2, 44, 1 *Papinianus*, cité en note 1102. Voir en outre les explications données à la note 1106.

Au contraire, lorsque l'esclave agit sur la base d'un *iussu* ou d'une « préposition » de son maître, la transaction, qui peut vraisemblablement être inscrite dans un premier temps dans un livre de compte en possession de l'esclave désignant le patrimoine propre du maître, est reportée directement dans le livre de compte central du patrimoine propre du *dominus* : cf. le D. 15, 1, 37, 1 *Iulianus*, qui traite du cas d'un esclave chargé d'acheter un vicaire pour 8 deniers venant directement du patrimoine du maître et qui finalement le paie 10 deniers. Cet esclave n'inscrit au compte central que la somme de 8. Il en découle que le maître ne sera responsable directement et pour le tout (*quod iussu p. ex.*) qu'à raison de ce qui est inscrit sur le compte de son patrimoine, et pour le surplus (dans le texte les deux deniers non compris dans l'autorisation du maître et non inscrits), il ne le sera qu'à raison d'un *versum* éventuel, voire du pécule si l'esclave en a un.

¹¹⁰⁶ Au D. 41, 2, 44, 1 *Papinianus*, il apparaît que le maître ignorant les actes d'acquisition du *servus* au pécule n'en devient pas moins automatiquement possesseur de droit civil par son intermédiaire. Papinien affirme que cette jurisprudence a été introduite par une raison d'utilité publique afin d'éviter au maître de devoir s'enquérir à tout moment des choses qui font partie du pécule et des causes qui les y ont fait entrer. Ces causes doivent s'entendre de toutes transactions commerciales, notamment contractuelles, visant le pécule. Voir encore : le D. 46, 1, 16, 4 *Iulianus* et le D. 15, 1, 41 *Ulpianus*, qui semblent bien indiquer *a contrario* que le maître devient créancier ou débiteur d'une obligation de droit civil par l'entremise de son esclave. Quant au *servus*, ce ne serait qu'en abusant des termes qu'on pourrait le considérer comme créancier ou débiteur d'une obligation ; celle-ci doit s'entendre donc plus d'une obligation de fait ou de droit naturel, que d'une obligation de droit civil.

¹¹⁰⁷ En ce sens, voir : le D. 12, 1, 2, 4 *Paulus*, qui précise que le maître acquiert l'action directe et civile du prêt contre le tiers, même si les deniers prêtés proviennent du pécule ; le D. 15, 1, 53 *Paulus*, où il semble que seul le maître peut actionner civilement les tiers débiteurs. Il devra d'ailleurs céder ses actions civiles à l'esclave qu'il a affranchi, s'il souhaite que celui-ci puisse à son tour actionner les débiteurs civils. L'esclave affranchi ne récupère pas d'office les rapports de droit civils créés entre le tiers et le maître par son intermédiaire alors qu'il était esclave ; il conserve cependant selon toute vraisemblance les rapports connexes de droit naturel (voir en ce sens, pour le cas des rapports internes : le D. 12, 6, 64 *Tryphoninus*, qui indique que la dette naturelle du maître payée à son esclave affranchi ne peut être répétée). Voir encore : le D. 15, 1, 7, 6 *Ulpianus*, qui précise que le résultat de l'action du maître contre le tiers entre en principe dans le pécule ; le D. 15, 1, 41 *Ulpianus*, cité en note précédente, qui rapporte à l'évidence que l'action civile pour ce qui est dû à l'esclave par un tiers appartient au maître.

Voir à ce sujet : BUTI, p. 167 ss et 180, qui affirme que le résultat de la demande en justice par le *dominus* des droits de créance issus de la convention conclue par l'esclave revient au pécule.

civile (prétorienne) d'un tiers, en cas d'inexécution de l'obligation conclue par son esclave¹¹⁰⁸.

L'on peut donc concevoir que l'esclave agit dans les faits¹¹⁰⁹ en son nom (*servi nomine*) et pour son compte (ou celui du pécule – *peculiari nomine*), mais juridiquement¹¹¹⁰, pour le compte de son maître ; les effets civils de ses actes visent en effet directement et automatiquement la personne du *dominus* et engagent son patrimoine « propre »¹¹¹¹.

L'idée d'un concept de représentation directe doit être rejetée en raison du fait que le maître est directement et automatiquement responsable des actes de son esclave, et ce, même s'il les a expressément interdits¹¹¹². Il apparaît ainsi que l'esclave possède une grande autonomie, puisqu'il peut conclure de sa propre initiative tout acte juridique bilatéral en rapport avec son pécule, et peut engager son maître, même contre sa volonté, sauf *ademptio*. L'esclave a de plus le pouvoir de décider seul s'il

¹¹⁰⁸ Voir en ce sens : le D. 15, 1, 41 *Ulpianus*, cité dans les deux notes précédentes, qui indique que le maître est tenu par l'action *de peculio* pour ce que l'esclave doit au tiers créancier, voire par l'action *de in rem verso* si quelque chose est parvenu dans son patrimoine propre.

Voir en outre les explications concernant l'action *de peculio* dans la section « L'actio de peculio », p. 377 ss.

¹¹⁰⁹ On pourrait remplacer l'expression « dans les faits » par « selon le droit naturel », comme cela résulte du rapport intrinsèque entre le D. 46, 1, 16, 4 *Iulianus* et le D. 15, 1, 41 *Ulpianus*, où il semble très clairement qu'Ulpien distingue le rapport d'obligations de droit civil de celui de droit naturel, qu'il dénomme simplement *factum* dans le deuxième texte. Voir encore, dans le même ordre d'idées : le D. 15, 1, 9, 8 *Ulpianus*, qui parle d'une exception de fait que l'esclave affranchi pourrait opposer au vendeur-revendicateur qui lui aurait livré un bien acheté alors qu'il était esclave. L'exception *in factum* vise ici le rapport de droit naturel (voir les explications sur ce texte en note 1087).

¹¹¹⁰ Le terme de « juridiquement » doit s'entendre comme « selon le droit civil au sens large ».

¹¹¹¹ Nous constatons en effet que lorsque ni l'esclave, ni le maître, n'exécutent, l'un naturellement, l'autre civilement, l'obligation qui les grève, l'action *de peculio* ne visera que le patrimoine propre du maître sans affecter le pécule. Voir à ce sujet les développements dans la section « L'étendue de la responsabilité », p. 385.

Notons que celui qui bénéficie d'une situation avantageuse sur l'esclave, notamment la possession de celui-ci, remplace, aussi longtemps que dure cet état, le vrai propriétaire dans les droits et les obligations « péculiaires » : cf. p. ex. le D. 15, 1, 50, 3 *Papinianus* ; le D. 15, 1, 1, 6 *Ulpianus*. Nous nous limiterons à la situation ordinaire du *dominus* propriétaire de l'esclave.

Voir en outre la section « L'esclave en copropriété et les personnes ayant une situation avantageuse sur celui-ci », p. 139 ss.

¹¹¹² Cf. : le D. 15, 1, 29, 1 *Gaius* ; le D. 15, 1, 47, pr. *Paulus* ; le D. 14, 3, 17, 4 *Paulus (Proculus)*.

veut augmenter de fait son pécule ou le patrimoine propre de son maître, ce qu'il faut entendre d'une opération purement comptable inscrite directement de sa volonté soit dans son compte « pécule », soit dans celui du patrimoine propre du *dominus* (par exemple par *versum*), puisqu'en définitive, c'est juridiquement toujours le patrimoine du *dominus* qui est augmenté¹¹¹³.

L'étendue de la responsabilité du *dominus* dépendra donc également de la seule volonté de l'esclave ; elle sera respectivement limitée *dumtaxat de peculio* ou donnée *in solidum* (pour *versum*), même si le tiers choisit d'intenter l'action *de peculio aut de in rem verso*¹¹¹⁴.

c. *S'agit-il d'un phénomène de représentation indirecte ?*

Dans le cadre des actes conclus vis-à-vis d'un pécule peut-on envisager une construction juridique apparentée à la représentation indirecte ? Cette hypothèse doit être rejetée, car l'esclave qui agit n'a pas reçu de mandat¹¹¹⁵. De plus, le fait que les effets de droit civil se produisent directement dans la sphère juridique de son maître, sans

¹¹¹³ Voir : MANDRY, II, p. 121, qui reconnaît qu'il appartient à la volonté du *subjectus* possédant un pécule de décider du sort de ses acquisitions.

¹¹¹⁴ En effet, il n'y aura en fin de compte qu'une seule condamnation : ou *de peculio* ou *de in rem verso*.

¹¹¹⁵ Quoique, nous le verrons, la *concessio* de l'administration puisse par analogie être rapprochée du mandat, il convient cependant immédiatement de préciser qu'à la différence du contrat de mandat, qui est un acte juridique bilatéral, la *concessio* consiste en un acte juridique unilatéral.

Voir toutefois : le D. 15, 1, 49, 1 *Pomponius*, qui, dans le cas d'une gestion d'affaire sans mandat, indique que l'esclave qui administre les affaires du maître à son insu devient son débiteur, comme il en irait d'un homme libre (cf. aussi : le D. 15, 1, 9, 4 *Ulpianus (Pedius)*). On voit très nettement dans ce texte les rapports internes indirects entre maître et esclave fondés sur le droit naturel (cf. aussi : le D. 3, 5, 18, pr. *Paulus (Proculus, Pegasus, Neratius)*). Voir de plus, dans le même sens : la série des D. 3, 5, 16 ss *Ulpianus et Paulus (Proculus, Pegasus, Neratius, Scaevola, Labeo)*, où l'on apprend qu'il est permis d'actionner le *servus* une fois affranchi, par l'action du mandat ou de la gestion d'affaire pour les obligations naturelles conclues par ce dernier alors qu'il était en esclavage, celles-ci continuant en sa personne une fois qu'il est libéré. De plus, le D. 3, 5, 18, 2 *Paulus (Labeo)*, indique qu'on ne peut pas considérer qu'un homme libre *bona fide serviens* puisse être soumis à un contrat de mandat. En effet, Labéon, que reprend Paul, indique qu'on ne peut le qualifier de mandataire, car il ne peut pas agir librement (comme un véritable homme libre mandaté), mais plutôt par nécessité de l'esclavage (*quasi ex necessitate servili*). Et c'est, parce qu'il est à la base un homme libre susceptible d'être obligé, qu'il devra répondre tout de même d'une action pour *negotiorum gestio*.

nécessiter de cession d'un patrimoine à l'autre, empêchent de pouvoir concevoir la représentation indirecte¹¹¹⁶.

La grande autonomie dont jouit l'esclave dans cette institution ne doit pas nous tromper. En effet, celle-ci dépend objectivement de l'existence d'un pécule, mais l'existence de ce pécule dépend elle-même d'un acte de volonté originaire du maître particulier : la *concessio*. De plus, sans la concession de l'*administratio*, également tributaire de la *voluntas* du maître, l'esclave ne peut pas s'engager dans des transactions commerciales bilatérales. A tout le moins, peut-il arriver que l'acte conclu par un esclave sans consentement préalable ou pécule entraîne un *versum* dans le patrimoine propre du *dominus* si la prestation du tiers qui visait l'intérêt du maître est déjà effectuée, ou est éventuellement à l'origine de la constitution d'un pécule si le tiers a agi *intuitu personae servi* ou *peculiari nomine* et que le maître veuille bien constituer un pécule au moment où il le sait.

d. Synthèse

Nous avons pu constater qu'en dehors de l'institution du pécule, l'esclave devient une sorte de quasi-représentant direct de son maître, agissant le plus souvent au nom et pour le compte de celui-ci, mais dans l'institution du pécule, une certaine dualité demeure : en effet, les actes sont accomplis dans les faits¹¹¹⁷ au nom de l'esclave et pour son compte, mais juridiquement¹¹¹⁸, pour le compte de son maître¹¹¹⁹.

L'institution du pécule est probablement celle qui confère à l'esclave la plus grande autonomie personnelle, puisque, moyennant la constitution de son quasi-patrimoine, l'esclave devient un véritable acteur autonome de la scène économique-juridique du droit civil au sens large. Si la personnalité de droit naturel de l'esclave nous saute aux yeux, il

¹¹¹⁶ Bien que l'on puisse rapprocher le *ius deductionis* de cet acte de cession, il apparaît que cette prérogative unilatérale n'intervient qu'au moment où le maître est actionné par le tiers *de peculio* et qu'elle ne vise que les dettes et créances de droit naturel internes.

¹¹¹⁷ Cf. : le D. 15, 1, 41 *Ulpianus*.

¹¹¹⁸ Qu'il faut comprendre dans le sens de « civilement ».

¹¹¹⁹ Voir au sujet de la représentation : MANDRY, II, p. 208, qui parle de système circonstancié de représentation ; BUCKLAND, p. 208, qui exclut que l'on puisse parler de représentation.

n'accède cependant jamais à celle de droit civil tant qu'il est esclave. En effet, dans l'institution du pécule, l'esclave n'a pas de capacité propre qui résulterait du droit prétorien¹¹²⁰ ; il ne devient pas sujet de droit prétorien et encore moins de droit civil *lato sensu*¹¹²¹. L'esclave n'accède à l'institution du pécule et à tous ses avantages que de la volonté du maître qui reste le seul et unique titulaire du droit civil. L'ordre juridique romain au sens large se sert en quelque sorte de ce droit civil pour ceinturer le statut de l'esclave et en faire un outil économique au profit des maîtres propriétaires. Mais en même temps, il lui permet d'accéder, par les diverses institutions créées par le préteur, à plusieurs domaines et rapports juridiques où il acquiert une très large autonomie à l'image de celle de l'homme libre. Cette autonomie lui permet d'interagir sur la scène du droit en qualité de quasi-mandataire de son maître¹¹²² ; elle lui permet de gérer lui-même les affaires afférentes au pécule, de devenir créancier ou débiteur de droit naturel par le biais de contrats¹¹²³ ; il peut valablement payer ou recevoir paiement¹¹²⁴. Tous les actes accomplis par l'esclave naturellement trouvent de plus leur conséquence dans le droit civil, puisqu'en parallèle, c'est le maître qui engage ou est engagé, même à son insu ; ce dernier est en effet le seul à pouvoir actionner ou être actionné en responsabilité en cas d'inexécution contractuelle¹¹²⁵.

¹¹²⁰ Bien que l'on doive reconnaître qu'une fois le pécule constitué, l'esclave bénéficie indirectement d'une protection objective (ou naturelle) par l'intermédiaire des règles du droit prétorien. Cela se vérifie notamment dans les limites imposées à la toute puissance du maître sur le pécule.

¹¹²¹ En ce sens, voir : le D. 28, 1, 20, 7 *Ulpianus*, qui nous rappelle que l'esclave n'accède pas au droit civil, ni même aux règles contenues dans l'Edit du préteur.

Voir également en ce sens : MICOLIER, p. 18.

¹¹²² Nous employons la terminologie de « quasi-mandataire », car l'acte de l'esclave entraîne un effet de représentation directe en la personne de son maître, en l'obligeant civilement de manière adjectice. Voir en outre les développements dans la section « S'agit-il d'un phénomène de représentation indirecte », p. 321 ss.

¹¹²³ Cf. : le D. 44, 7, 14 *Ulpianus*.

¹¹²⁴ Cf. p. ex. : le D. 12, 6, 13, pr. *Paulus*.

Voir en outre les développements de la section « Les liens entre le rapport naturel et le rapport civil – effet de solidarité et de libération », p. 346 ss.

¹¹²⁵ Cf. : le D. 15, 1, 41 *Ulpianus*. Voir en outre la note 1107.

Cette approche dualiste montre les différents niveaux d'existence juridique : le maître comme titulaire des droits émanant des « deux ou trois ordres juridiques » composant les deux couches de normes¹¹²⁶, l'esclave comme seul titulaire du droit naturel ; mais, le fait que les actes accomplis dans l'ordre juridique fondamental du droit naturel projettent leurs effets dans la seconde sphère du droit romain ne manque pas de créer certaines difficultés, voire parfois quelques paradoxes juridiques¹¹²⁷.

¹¹²⁶ D'une part, le *ius naturale* – première couche de normes, d'autre part le *ius gentium* et le *ius civile* – deuxième couche de normes. Nous rappelons que ce que nous appelons « droit civil au sens large » englobe l'ancien droit civil, le droit civil prétorien et le droit des gens, le droit des gens ne constituant pas à proprement parler un ordre juridique à part entière, puisque ses normes ne seraient qu'une émanation d'un *ius civile* commun à toutes les Cités civilisées.

Voir, pour de plus amples développements : MICOLIER, p. 592 ss.

Voir aussi : la section « Les sources du droit », p. 52 ss.

¹¹²⁷ A ce sujet, voir : MICOLIER, p. 542, qui précise que la situation de l'esclave est complexe et paradoxale ; BUTI, p. 93, qui relève que des situations quasi-paradoxaes se vérifient lorsque l'esclave interagit dans le monde du droit. Aux p. 237 ss, BUTI met en relief l'embarras des jurisconsultes à concilier la capacité naturelle de l'esclave avec ses implications « civiles ».

D. Les rapports externes

Les hypothèses concernant les acquisitions purement gratuites ou les actes purement défavorables ayant été traitées dans la section « L'*administratio* – libera administratio », p. 300 ss, quelques explications doivent être données au sujet des conditions d'accès aux autres rapports externes entre l'esclave et le tiers.

L'esclave n'accède à la capacité d'agir « pécuniaire » que si son maître lui a constitué un pécule et lui a conféré l'*administratio* de celui-ci.

A titre préliminaire, il convient donc de se demander quelle est la situation juridique issue de la relation contractuelle conclue avec un esclave dépourvu de pécule (*sine peculio*), puis il s'agira d'examiner la situation où l'acte serait conclu par l'esclave avant qu'il ne possède un pécule (actes *ex ante gesto*) et enfin à celle où l'acte serait effectué par rapport à un pécule déjà constitué (*cum peculio*).

a. *Les actes effectués cum servo sine peculio et sans autorisation ou « préposition »*

Si un esclave agit en son nom sans concession d'*administratio*, ou pis encore, sans qu'un pécule lui ait été concédé, les rapports générés devraient en principe être considérés comme nuls en droit civil, sous réserve d'un *versum*. Le maître ne serait en effet lié par aucun rapport d'obligations contractuel civil adjectice, mais son esclave resterait cependant soumis à un rapport de droit naturel fondant des obligations naturelles entre le tiers et lui s'il agit en son nom¹¹²⁸. En ces circonstances, ni le maître, ni le tiers ne pourraient en exiger l'exécution ou ne pourraient actionner en responsabilité, car, nous l'avons vu, ces prérogatives sont réservées aux rapports de droit civil au sens large, et

¹¹²⁸ Cf. p. ex. : le D. 44, 7, 14 *Ulpianus*, qui précise que le débiteur naturel de l'esclave se libère en lui payant ce qu'il lui doit.

En ce sens, voir : MICOLIER, p. 608 et 624, qui précise que la faculté des esclaves à obliger ou s'obliger naturellement ne dépend pas de l'existence du pécule ; KASER, I, § 67 III 3, p. 287 et § 113 II, p. 480 s., qui pense toutefois que la notion d'obligation naturelle ne s'est développée que depuis le milieu de l'époque classique.

non à ceux de droit naturel¹¹²⁹. Cependant, si l'acte est valablement conclu par chacune des deux parties en leur nom selon le droit naturel, l'obligation de l'esclave une fois exécutée resterait en quelque sorte civilement « boiteuse » jusqu'au moment où le maître aurait connaissance de l'acte conclu et exécuté, soit qu'il le ratifie, soit qu'il le révoque¹¹³⁰. En effet, dès cet instant, le *dominus* conserverait la possibilité de priver de ses effets l'obligation naturelle exécutée par son esclave¹¹³¹, les règles de l'ancien droit civil lui accordant une protection spéciale renforcée, tandis que le tiers devrait se soumettre à l'effet civil consistant en l'impossibilité de répéter¹¹³² ce qu'il aurait payé naturellement à l'esclave¹¹³³.

Quel est le sort effectif d'un paiement ou d'une livraison de biens fondés sur un rapport de droit naturel entre le tiers et l'esclave sans pécule ?

Naturellement, de fait, l'esclave a la capacité d'acquérir ou d'engager des objets faisant partie du patrimoine du maître sans que celui-ci en ait connaissance. Civilement, comme les effets de tels actes se

¹¹²⁹ Voir la section « Généralités », p. 151 ss, et la section « Les actes contractuels bilatéraux accomplis par l'esclave – le système de la « représentation » », p. 189 ss.

¹¹³⁰ Jusqu'à la connaissance du maître, l'acte de l'esclave est en principe valable en droit naturel et peut être naturellement exécuté : cf. Gai. 2, 65. Par contre, comme les actes de l'esclave déploient leurs effets civils en la personne du maître, celui-ci excipant d'une règle spéciale de l'ancien droit civil pourrait toujours infirmer les effets civils dus à l'exécution de l'obligation naturelle et répéter : c'est pourquoi, nous utilisons le terme de « boiteux ».

¹¹³¹ Cf. : le D. 12, 6, 13, pr. *Paulus*, où ce qu'un esclave, au bénéfice de la libre administration de son pécule, paie à un créancier après son affranchissement ne pourra être répété. Toutefois, si l'esclave n'avait pas l'*administratio* de son pécule, l'exécution de l'obligation naturelle auprès du tiers n'entraînerait pas pour son maître l'effet civil de l'impossibilité de répéter. En effet, l'obligation naturelle ne vaudrait qu'entre le tiers et l'esclave, et le maître, restant protégé par les principes de l'ancien droit civil, pourrait toujours décider de considérer l'obligation de son *servus* comme nulle dès qu'il en aurait connaissance. Inversement, l'obligation naturelle du tiers resterait valable et son exécution entraînerait pour lui l'impossibilité de répéter. Il ne lui resterait qu'à tenter de démontrer un *versum* au patrimoine du *dominus*.

¹¹³² Notamment la *condictio indebiti*.

¹¹³³ Cf. p. ex. : le D. 46, 3, 32 *Julianus*, où un débiteur du pécule paie et se libère valablement en mains de l'esclave, même après que son maître est mort et avant que l'héritage ne soit accepté, ou encore après que l'esclave a été affranchi *sine peculio*, pour autant qu'il ait ignoré ces circonstances. Il apparaît ainsi que le tiers conserve son obligation naturelle envers l'esclave et que le paiement de la dette naturelle en mains de celui-ci a pour effet d'une part de le libérer et d'autre part d'empêcher la répétition de ce qui a été versé.

déployeront en la personne du *dominus*, leur validité va dépendre de leur objet et parfois de la prise de conscience de leur existence par celui-ci.

Ainsi, si l'acte est purement favorable, les règles de l'ancien droit civil s'appliquent, et le maître, même s'il ignore l'acte conclu, en deviendra automatiquement bénéficiaire, l'esclave ne pouvant être tout au plus que détenteur de fait immédiat¹¹³⁴ de l'objet ou de l'argent reçu¹¹³⁵. Le droit naturel a donc dans cette hypothèse une portée très limitée. A tout le moins, il joue un rôle en permettant naturellement à l'esclave de conclure l'acte avec le tiers, sans l'intervention de son maître¹¹³⁶; toutefois remarquons que les effets, dès l'exécution de la libéralité, sont immédiatement régis par l'ancien droit civil fondant l'acquisition directe et civile du maître¹¹³⁷. A supposer que le maître ne soit jamais au courant de l'acte d'acquisition, il n'en deviendra pas moins propriétaire des biens acquis, qui seront soumis instantanément au deuxième principe de l'ancien droit civil qui consiste à ce que l'esclave ne puisse détériorer la situation juridique de son maître, notamment par un acte de disposition de ceux-ci¹¹³⁸. En effet, si l'acte est purement défavorable¹¹³⁹, il est en principe nul de plein droit, car l'esclave n'a pas le pouvoir de rendre de sa propre initiative la situation juridique de son

¹¹³⁴ Cf. : le D. 41, 2, 44, 1 *Papinianus* à la fin, qui indique qu'en dehors du cas de l'acquisition au pécule, il ne peut à proprement pas être qualifié de possesseur, car tant que le maître ignore le fait que l'esclave a quelque chose entre ses mains, il n'est que détenteur de pur fait (ou, peut-on dire, de droit naturel). Si le maître a connaissance de la détention de son esclave, cette connaissance apporte la dimension juridique de droit civil manquante (cf. le D. 44, 2, 49, 1 *Papinianus*) à la détention de pur fait de droit naturel et dès cet instant, on peut qualifier l'esclave de véritable possesseur pour le *corpus* (objet - corps matériel), tandis que c'est le maître qui appose son *animus* (volonté). Ici, on peut considérer l'esclave comme un véritable *instrumentum* d'acquisition (cf. p. ex. Gai. 2, 89). Voir en outre sur ces textes les explications de la note 951.

¹¹³⁵ Cf. la section « Le cas des acquisitions gratuites - sans contreprestation - par les personnes « en puissance » », p. 132 ss, et les textes cités en note 401.

¹¹³⁶ P. ex. : accepter une donation en sa faveur.

¹¹³⁷ A titre de rappel, voir : Gai. 1, 52 : « *quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur* », ou encore le D. 29, 2, 79 *Ulpianus*, qui précise que la chose acquise par un subordonné passe directement à la personne qui a la puissance, sans rester un seul instant en la personne qui l'a acquise.

Voir également les explications données à la section « Les actes d'acquisition gratuits », p. 304 ss.

¹¹³⁸ Cf. : le D. 50, 17, 133 *Gaius*.

¹¹³⁹ P. ex. : tout acte d'engagement ou de disposition.

maître plus mauvaise¹¹⁴⁰ ; la détention de l'objet dont veut disposer l'esclave n'est pas distinguée de celle de son maître¹¹⁴¹, et la règle du *ius adquirendi* est ainsi complémentaire à celle du D. 50, 17, 133 *Gains*. Ce que l'esclave sans pécule détient, appartient de droit quiritaire à son maître¹¹⁴², et il ne peut normalement en disposer sans le consentement exprès de ce dernier¹¹⁴³. Ces deux règles s'appliquent spécialement et l'emportent sur l'acte de droit naturel tendant à la diminution du patrimoine central ; l'acte de disposition naturel est ainsi considéré comme nul et ne déploie de surcroît aucun effet civil.

Si le maître ignore les actes de disposition néanmoins exécutés par son esclave, le rapport de droit naturel lui-même « boiteux » entre le tiers et l'esclave n'a partant également qu'un effet civil « boiteux ou incertain »¹¹⁴⁴, et ce, jusqu'à ce que cet acte parvienne éventuellement à la connaissance du maître, car si celui-ci vient à connaître l'acte conclu, voire exécuté, il lui sera toujours possible d'en faire constater la nullité et

¹¹⁴⁰ Voir à titre de rappel : le D. 50, 17, 133 *Gains*. Voir en outre la note 1070.

¹¹⁴¹ Tout ce que peut détenir un esclave sans pécule appartient de droit quiritaire à son maître. Cela signifie techniquement qu'il n'y a aucune comptabilité séparée du patrimoine central et unitaire du *dominus*. L'esclave détient des biens faisant partie intégrante du patrimoine du maître, et à ce titre, ils sont protégés par le droit civil ancien de manière objective. Cette garantie est certainement en rapport avec la puissance du maître.

¹¹⁴² Soit, en vertu des règles de la possession et du *ius adquirendi* : cf. la note 951.

¹¹⁴³ Voir p. ex. : le D. 39, 5, 7, pr. *Ulpianus*, où par analogie, un fils de famille ne peut pas disposer des objets de son pécule sans l'autorisation de son père. Il apparaît donc d'autant plus justifié que l'esclave n'ait pas le droit de disposer d'objets faisant partie du patrimoine propre de son maître sans son autorisation.

Voir en outre les développements à la section « Les actes de disposition », p. 307 ss.

¹¹⁴⁴ Voir p. ex. en matière de perte de possession : le D. 41, 2, 44, 2 *Papinianus*, qui précise que le maître ne perd la possession des biens tenus par l'esclave que si le tiers en devient effectivement possesseur, mais seulement au moment où le maître en a connaissance, car sinon il censé encore les posséder (cf. le D. 41, 2, 46 *Papinianus*). Cela corrobore la règle selon laquelle l'esclave ne peut rendre la situation juridique du maître plus mauvaise sans son consentement. On peut percevoir ici l'idée que l'acte de droit naturel de l'esclave provoquant la perte de possession reste donc en quelque sorte boiteux jusqu'à ce que le maître ait connaissance de l'acquisition de la possession par le tiers (*traditio*). Dès cette connaissance, soit il revendique l'objet comme lui appartenant encore et l'acte de droit naturel conclu, voire exécuté par l'esclave, est donc considéré comme non avenu ; soit il ne fait rien et il est donc censé avoir consenti tacitement, ce qui valide complètement l'acte conclu et exécuté par l'esclave en droit naturel, tout en lui conférant en parallèle une portée de droit civil dès cet instant.

d'en interdire l'exécution ou, s'il est déjà exécuté, peut-être répéter le bien qui aurait été transmis au tiers¹¹⁴⁵.

Dans cette hypothèse, la force dérogatoire de l'ancien droit civil empêche donc de pouvoir considérer l'acte lui-même comme pleinement valable en droit naturel, ou du moins elle en infirmera ou évitera les effets¹¹⁴⁶.

S'agissant des actes bilatéraux onéreux, ceux-ci induisent un rapport d'obligations naturelles réciproques où, à une obligation de l'une des parties correspond une obligation plus ou moins équivalente de l'autre¹¹⁴⁷. Dès lors, si d'un côté l'esclave rend la situation juridique de son maître plus mauvaise, de l'autre il la rend aussi meilleure.

Deux situations peuvent alors se présenter : lorsque l'esclave conclut un acte bilatéral avec un tiers, soit il le fait en son nom, mais dans l'intérêt du maître, soit il le fait en son nom et pour son propre compte. Respectivement, le tiers doit avoir conscience de conclure un acte soit en faveur du maître, soit en faveur de l'esclave.

¹¹⁴⁵ Voir en ce sens : le D. 12, 6, 54 *Papinianus*, qui précise que si la cause de l'obligation est nulle ou privée d'effet, on pourra répéter l'indû ; le D. 12, 6, 29 *Ulpianus* à la fin, qui complète le texte précédent en disant que si la somme existe encore matériellement, elle sera revendiquée par une action réelle (la *vindicatio*), et que si elle n'existe plus, elle sera répétée par une action personnelle (la *condictio*) ; le D. 12, 6, 65 *Paulus*, qui rappelle les principes de la répétition.

Le tiers de bonne foi pourra tout au plus tenter d'opposer l'usucapion de bonne foi (cf. : le D. 41, 3, 1 *Gaius* et le D. 41, 3, 3 *Modestinus*), mais les conditions de l'usucapion sont très strictes et elle doit reposer sur une cause. La cause, ici le contrat efficace en droit naturel, étant invalidée, les chances de succès semblent ténues.

En matière de vente d'un objet du pécule, l'acheteur peut p. ex. valablement usucaper : cf. le D. 41, 3, 34 *Alfenus-Varus*. L'esclave semble bien avoir dans cette hypothèse transféré la possession au tiers de son propre mouvement : cf. les développements au sujet de la possession à la note 951.

Voir à ce sujet encore : BURDESE, Studi Sanfilippo I, p. 98.

¹¹⁴⁶ Il y a donc une certaine perméabilité entre les différents niveaux normatifs de l'ordre juridique romain : cf. la note 47.

¹¹⁴⁷ En ce sens, voir : le D. 44, 7, 14 *Ulpianus*, où, nous le rappelons, l'esclave peut s'engager naturellement par ses contrats.

Dans la Rome classique, personne (ni même l'esclave) ne peut s'obliger - serait-ce naturellement - au nom d'un autre sans son consentement¹¹⁴⁸.

La première situation a incité le prêteur, probablement pour des raisons d'équité et de justice, à créer des règles spéciales devant corriger la rigidité de l'ancien droit civil, mais sans le supplanter¹¹⁴⁹. C'est ce qu'il a fait en octroyant la possibilité au tiers, qui aurait déjà effectué sa prestation dans l'intérêt du maître, d'actionner celui-ci pour *versum*, s'il ne reçoit rien en retour. En effet, le *versum* implique que la prestation du tiers ait été inscrite sur le compte du patrimoine central du *dominus*, provoquant une sorte d'enrichissement de celui-ci, et donc objectivement une situation favorable, correspondant à l'effet du *ius acquirendi*¹¹⁵⁰. Dans cette perspective, le prêteur a aussi voulu protéger le rapport d'obligations naturelles réciproques conclu entre le tiers et l'esclave en leur nom, mais à la condition que se soit opéré le *versum*. Les effets civils adjectives de l'acte seraient donc ici subordonnés, non seulement à la

¹¹⁴⁸ Voir à ce sujet les développements à la section « Les actes juridiques – le principe de la non-représentation », p. 121 ss.

¹¹⁴⁹ Au sujet de l'élaboration et de la valeur d'une *lex specialis*, voir la note 122. Toutefois, voir : les D. 1, 3, 19-21 *Iulianus, Neratius, Celsus* et le D. 1, 4, 2 *Ulpianus*, qui soulignent que l'on devait, dans l'élaboration d'un nouveau droit ou son interprétation, éviter autant que possible de contrevenir aux principes ancestraux.

¹¹⁵⁰ De plus, la prestation, une fois exécutée sur la base d'un acte valable en droit naturel, ne peut en principe pas être répétée civilement ; ce qui probablement explique aussi pourquoi le prêteur a créé l'institution du *versum*. A ce sujet, voir la section « L'*obligatio naturalis* – généralités », p. 172 ss.

Voir p. ex. : le D. 7, 1, 25, 1 *Ulpianus*, qui décrit la situation d'un esclave en usufruit qui a conclu un contrat et reçu la marchandise. Jusqu'à ce que la prestation soit inscrite, soit sur le compte du patrimoine du nu-propriétaire, soit sur celui de l'usufruitier, l'acquisition de l'objet résultant de la convention conclue et exécutée par le tiers est incertaine ou suspendue et elle sera rétroactivement validée soit auprès du maître, soit auprès de l'usufruitier, dès que l'on sait par rapport à quel patrimoine l'esclave effectue la contreprestation ([...] *in pendenti esse dominium ejus et numerationem pretii declaraturam, cujus sit : nam si ex re fructuarii, retro fructuarii fuisse [...]*). S'il n'effectue pas la contreprestation, hypothèse non couverte par le texte, le tiers sera probablement fondé à démontrer le *versum* et obtenir l'action de *in rem verso* contre qui de droit (cf. le D. 15, 1, 2 *Pomponius*, qui parle d'*actio de peculio ceteraque honorariae*). Dans le même sens, voir : Gai. 3, 164 ; le D. 21, 1, 43, 10 *Paulus*.

Voir à ce sujet les développements de : STURM, Symposium Wieling, p. 223 ss, spéc. p. 228.

Voir de plus les sections « Les actes juridiques – le principe de la non-représentation », p. 121 ss et « La conclusion d'un acte par l'esclave sur la base d'un *iussum* de son maître est-elle distinguée de celle effectuée au nom de ce dernier ? », p. 205 ss.

condition de l'exécution par le tiers de sa prestation en mains de l'esclave, mais encore à l'augmentation objective du patrimoine du *dominus*¹¹⁵¹. Si la convention est exécutée par les deux parties sans que le maître le sache, dès que celui-ci en aurait connaissance, il pourrait toujours priver de ses effets civils l'obligation naturelle exécutée par son esclave et répéter le bien ou l'argent transmis en invoquant la suprématie des principes de l'ancien droit civil¹¹⁵². Dans cette hypothèse, la nullité viserait l'obligation adjectice hypothétique du maître exécutée par le *servus* qui n'a pas de pécule et partant priverait indirectement d'effets civils l'obligation naturelle, soit l'impossibilité de répéter auprès du tiers ; le *dominus* étant protégé par le principe de l'interdiction de diminution de son actif, il pourra éventuellement revendiquer ce que l'esclave a transmis au tiers en provenance de son patrimoine¹¹⁵³. Quant au tiers, il n'aura que la possibilité d'espérer prouver un *versum*, qu'il peut tenter d'opposer à l'action en revendication ; en effet, sa propre prestation ne pourra être répétée, car elle est non seulement fondée sur une obligation naturelle valablement exécutée¹¹⁵⁴, mais encore, étant soumise au principe du *ius adquirendi* automatique, le maître pourra toujours le cas échéant brandir son droit préférentiel de propriété absolu sur l'objet acquis¹¹⁵⁵.

¹¹⁵¹ Avant l'exécution par le tiers de sa prestation, le tiers pourrait toujours se départir de la convention, sans conséquences. Cela sera spécialement utile s'il vient à apprendre, après la conclusion de l'acte, que l'esclave a agi sans pécule ; ainsi, il ne prendra peut-être pas le risque d'exécuter sa prestation, le *versum* n'étant pas toujours aisé à prouver.

¹¹⁵² A noter toutefois, p. ex. au D. 4, 5, 8 *Gaius* ou au D. 7, 7, 2 *Ulpianus*, qu'une obligation personnelle issue de la propre initiative de l'esclave visant une pure prestation de service serait pleinement valable en droit naturel, puisqu'elle n'engagerait que la personne de l'esclave et ses compétences propres, sans toucher à un quelconque intérêt économique de son maître. Le tiers n'aurait cependant aucun moyen de la faire valoir civilement. Au D. 7, 7, 1 *Paulus*, on apprend que les services qu'on retire d'un esclave consistent en des actes. Ils n'existent qu'au jour de leur exécution. Ce fragment évoque sans doute qu'on ne peut demander l'exécution de ces prestations naturelles par une action avant leur exécution effective. Tout ce que paierait le tiers pour ce travail serait cependant acquis civilement au maître et protégé par la règle du *ius adquirendi* (cf. p. ex. : le D. 41, 1, 19 *Pomponius*).

¹¹⁵³ L'obligation naturelle de l'esclave étant privée des effets juridiques civils, elle n'entraînerait pas, pour le maître, l'impossibilité de revendiquer ou répéter auprès du tiers.

¹¹⁵⁴ La privation des effets civils de l'obligation naturelle de l'esclave n'entraîne pas forcément la nullité ou la privation des effets civils de celle du tiers.

¹¹⁵⁵ Il n'appartiendrait qu'à son bon vouloir de rendre ce que le tiers a transmis. On constate à quel point cette situation est aléatoire et dangereuse pour le tiers.

Dans la seconde hypothèse¹¹⁵⁶, si l'acte ne vise pas l'intérêt du maître, mais l'intérêt propre de l'esclave, on observe, en distinguant chacune des obligations des parties individuellement, l'application des deux principes de l'ancien droit civil¹¹⁵⁷.

En effet, si du côté actif, ce que l'esclave acquiert devrait automatiquement être acquis au maître¹¹⁵⁸, du côté passif, l'acte d'engagement - s'il est exécuté - ne pourrait valoir ni civilement, ni pleinement en droit naturel.

Avant l'exécution de la convention bilatérale, celle-ci ne peut valoir qu'en droit naturel ; du coup, il n'y aurait aucun moyen pour le tiers ou le maître de demander l'exécution des prestations ou la réparation pour leur inexécution.

L'acte lui-même est valablement conclu en droit naturel même à l'insu du maître, mais dès qu'il est exécuté, il devient « boiteux » tant que le maître n'en a pas connaissance¹¹⁵⁹. Cela signifie que si le *dominus* vient à avoir connaissance de l'acte conclu, voire exécuté, par son esclave, il lui appartiendra d'en décider le sort : il pourra dès lors soit considérer que l'obligation naturelle exécutée est tout simplement privée de ses effets civils, ce qui implique qu'il puisse répéter l'objet transmis par son esclave au tiers et décider de rendre ou non l'objet reçu en contrepartie et devenu automatiquement sa propriété par *ius acquirendi*¹¹⁶⁰ ; soit, dans le cas où le tiers a exécuté sa prestation, laisser à l'esclave la possibilité d'exécuter la contreprestation sur la base d'une autorisation, ratifier l'obligation non encore exécutée par l'esclave et permettre au tiers

¹¹⁵⁶ Cf. p. 329.

¹¹⁵⁷ Il s'agit des principes du « *ius acquirendi* » et du « *melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest* ». Voir à ce sujet la section « Conclusion intermédiaire », p. 143 ss et la section « Les actes contractuels bilatéraux accomplis par l'esclave – le système de la « représentation », p. 189 ss.

¹¹⁵⁸ En pratique, on imagine que tout ce que l'esclave sans pécule inscrirait sur un compte « propre », sans que le maître en ait connaissance, n'aurait qu'une portée de fait.

¹¹⁵⁹ C'est-à-dire que chacune des parties peut exécuter sa prestation alors que le maître ignore la situation, mais que celle de l'esclave pourra être remise en cause si le maître vient à le savoir.

¹¹⁶⁰ Si le contrat entre le tiers et l'esclave n'est pas encore exécuté, l'invalidation ne touchera que l'obligation civile adjectice et l'obligation naturelle de l'esclave. Les conséquences seront minimales pour le tiers qui se gardera bien d'exécuter sa prestation.

d'accéder à l'institution du *versum*, voire du *iussum*¹¹⁶¹, ou encore, consentir expressément ou tacitement à ce que l'acte soit à la base d'une constitution de pécule ouvrant ainsi la voie à la responsabilité de *peculio*¹¹⁶².

Dans cette dernière hypothèse se poserait alors la question de l'existence d'actes conclus *ex ante gesto* (cf. la section ci-après) et notamment de la validation rétroactive de leurs effets civils.

Dans tous les cas, le tiers insatisfait qui ne saurait pas trop par quel moyen procéder pourrait tenter l'action commune comprenant les deux chefs de condamnation de *peculio et de in rem verso*; cette action particulière permettrait ainsi de parer partiellement au moins à l'incertitude relative, tant au statut de l'esclave qu'à la qualité en laquelle il agirait¹¹⁶³.

b. *Les actes ex ante gesto*

L'esclave peut-il engager civilement son maître pour des actes conclus avant la constitution de son pécule ?

La réponse semble être affirmative, bien qu'elle ait été discutée¹¹⁶⁴.

Lorsque l'esclave reçoit un pécule avec la concession de l'*administratio*, il y a en quelque sorte réparation des effets civils de l'acte

¹¹⁶¹ Voir à ce sujet les notes 1635 et 1641. L'hypothèse de la ratification est par contre discutée pour l'institution du *iussum* : cf. la note 672.

¹¹⁶² Une large interprétation du D. 7, 8, 16, 2 *Pomponius*, pourrait conduire à concevoir que ce que l'esclave acquiert par une donation que lui ferait son maître ou « tout usager de celui-là » peut entrer dans un pécule qu'il tiendrait de lui. Il en irait de même des transactions que le *servus* effectuerait au regard du patrimoine de celui qui l'utilise.

¹¹⁶³ Voir à ce sujet les développements dans la section « Le *versum in rem* et l'*actio de in rem verso* », p. 433 ss.

Voir de plus : BUCKLAND, qui souligne les difficultés rencontrées pour savoir s'il existe ou non un pécule et si un objet fait ou non partie de celui-ci.

¹¹⁶⁴ Voir p. ex., pour le cas analogue du fils de famille : le D. 15, 1, 42 *Ulpianus (Sabinus, Cassius)*, où Sabin et Cassius, contrairement à d'autres jurisconsultes, semblent ne pas admettre la possibilité d'actionner un père adrogateur pour les actes *ex ante gesto*.

Au sujet des actes *ex ante gesto*, voir : MANDRY, II, p. 361 ; SOLAZZI, Scritti I (p. 161 ss), p. 178 ss ; BUCKLAND, p. 212 s. et 223 ; MICOLIER, p. 457, 659 et 663 ; LONGO G., S. D. H. I. 1 (1935), p. 409 ; KASER, I, § 141 II 1, p. 607, qui relève que le sujet est controversé ; BURDESE, Studi Sanfilippo I, p. 86.

naturel conclu qui est jusque là incertain sur le plan civil¹¹⁶⁵. Le maître qui a concédé un pécule à l'esclave sera ainsi tenu objectivement des actes accomplis par ce dernier *ex ante gesto* comme si le *servus* les avait accomplis avec un pécule¹¹⁶⁶.

L'acte naturel à la base de la « guérison civile » doit cependant être accompli *servi nomine* ou *peculiari nomine*¹¹⁶⁷, c'est-à-dire viser un pécule hypothétique, sinon il ne pourra pas provoquer les effets attendus en droit civil, notamment concernant la responsabilité adjectice *de peculio* du maître.

A l'époque classique, le fait de posséder un pécule était à ce point répandu que le tiers pouvait de bonne foi présumer que l'esclave en avait un¹¹⁶⁸.

Dans l'acte *ex ante gesto*, la capacité naturelle ne semble pas détachée d'une notion au moins momentanément fictive d'un patrimoine naturel rattaché à la personne de l'esclave¹¹⁶⁹. En fait, si le tiers contracte avec un esclave sans intention de traiter avec lui ou sans avoir en vue son pécule hypothétique, mais qu'il vise bien plutôt, par son intermédiaire, un rapport contractuel avec le maître, l'acte conclu alors avec l'esclave au

¹¹⁶⁵ C'est-à-dire en quelque sorte suspendu jusqu'à la réalisation de la condition suspensive de la constitution proprement dite du pécule et la concession de l'*administratio*.

¹¹⁶⁶ En effet, l'Edit ne semble pas insister sur l'existence nécessaire du pécule au moment de la conclusion de l'acte, mais se contente d'indiquer qu'il vient à s'appliquer dès qu'un contrat est conclu avec une personne se trouvant sous la puissance d'autrui – *quod cum eo qui in alterius potestate esset, negotium gestum erit* : cf. le D. 15, 1, 1, 2 *Ulpianus*. Voir toutefois : le D. 15, 1, 3, pr. *Ulpianus*, qui indique que le prêteur accorde l'action *de peculio* même si l'esclave n'est pas sous puissance, lorsqu'il se trouve dans une succession vacante avant acceptation.

¹¹⁶⁷ Il peut arriver qu'au moment où l'esclave accomplit l'acte, il le fasse effectivement *peculiari nomine*, mais qu'il change de maître et de pécule avant l'ouverture d'action. Dans ce cas, le tiers pourra néanmoins actionner le nouveau maître *de peculio* pour un acte accompli avant la cession d'un nouveau pécule : cf. le D. 15, 1, 27, 2 *Gaius* et le D. 15, 1, 47, 4 *Paulus* 2^e moitié.

Voir en outre la section « Les actes *ex ante gesto* », p. 333 ss.

¹¹⁶⁸ Cela semble notamment résulter du D. 14, 5, 1 *Gaius* à la fin, où l'action subsidiaire du pécule semble être la règle dans tous les cas où une autre action ne peut être intentée. Voir aussi : *Gai.* 4, 74 et 74a.

En ce sens : *BUCKLAND*, p. 187.

¹¹⁶⁹ En ce sens, voir : *SOLAZZI*, *Scritti* I (p. 161 ss), p. 179 s., qui met l'acte *ex ante gesto* en rapport avec la reconnaissance de plus en plus marquée d'une personnalité de l'esclave et du pécule comme son patrimoine.

nom du maître sera également non avenu en droit naturel, même si le *dominus* finit par lui concéder un pécule. En effet, le pécule qui serait concédé par la suite n'a pas de lien¹¹⁷⁰ avec le rapport de droit naturel qui doit être accompli par celui qui le passe en son nom propre (*intuitu personae*)¹¹⁷¹. Or, l'esclave ne peut d'aucune manière agir naturellement au nom de son maître, il ne peut le faire qu'en son propre nom (*servi nomine*)¹¹⁷². Il n'y aurait donc de surcroît aucun rapport de droit naturel, et encore moins civil, créé entre le tiers et le maître par l'entremise de l'esclave agissant au nom du maître. Ainsi, si le maître n'a pas donné d'autorisation de contracter (*iussum*) ou de « préposition » générale¹¹⁷³ à l'esclave, antérieure à la conclusion de l'acte, le tiers ne pourra compter que sur une éventuelle responsabilité pour *versum* objectif, et ce, pour autant qu'il ait déjà effectué sa prestation (« aspirée » par le *ius adquirendi*) et que les autres conditions restrictives de l'institution du *versum* soient démontrées¹¹⁷⁴.

Pendant, si le maître concède seulement le pécule sans l'*administratio*, pourra-t-on lui opposer l'action de *peculio* pour des actes bilatéraux conclus *ex ante gesto* ? En d'autres termes, la concession de l'administration est-elle aussi nécessaire à la réparation du rapport d'obligations civiles parallèle s'instaurant entre le tiers et le maître ?

Au moment où l'acte est accompli par l'esclave en son nom, il n'existe que le rapport de droit naturel qui s'est créé entre le tiers et lui, et ce rapport est pleinement « efficace » sans autre condition, mais il n'est valable qu'entre eux¹¹⁷⁵. Au moment de l'ouverture d'action, il suffit que

¹¹⁷⁰ Cf. la note 1044.

¹¹⁷¹ Voir sur la notion de *servi nomine*, ou sur celle de *peculiari nomine* qui lui est apparentée, les développements à la section « Les actes conclus *servi nomine* ou *peculiari nomine* », p. 311 ss.

¹¹⁷² Nous renvoyons le lecteur aux sections « Les actes juridiques – le principe de la non-représentation », p. 121 ss, et « Les actes contractuels bilatéraux accomplis par l'esclave – le système de la « représentation » », p. 189 ss.

¹¹⁷³ Seules hypothèses fondant l'esclave à agir au nom de son *dominus*.

¹¹⁷⁴ Voir la section « Le *versum in rem* et l'*actio de in rem verso* », p. 433 ss.

¹¹⁷⁵ Cf. p. ex. : le D. 44, 7, 14 *Ulpianus*. De plus, on observe que lorsque l'esclave est aliéné sans pécule, le nouveau maître qui lui en accorde un semble récupérer sur le plan civil tous les rapports de droit naturel créés entre le tiers et l'esclave avant l'acquisition et pour lesquels il n'avait pas donné d'*administratio*.

le pécule existe et le tiers n'a pas besoin de prouver que l'esclave en a reçu l'*administratio* ; à ce stade, rien ne semble pouvoir bloquer l'accès à l'action de *peculio*¹¹⁷⁶. Toutefois, au cours du procès, le maître pourrait éventuellement opposer au tiers l'exception qu'il n'aurait pas cédé le pécule pour des transactions commerciales bilatérales, ce qui empêcherait finalement le tiers d'obtenir satisfaction sur le pécule. En effet, le maître ne reconnaîtrait pas l'existence du rapport civil adjectice (*id est* ajouté) au rapport d'obligations naturelles conclu par son esclave, et ne permettrait même pas l'effet civil qui est intrinsèquement propre à ce dernier, soit l'impossibilité de répéter une prestation due exécutée¹¹⁷⁷. Dans cette hypothèse également, le tiers qui se serait exécuté pourrait néanmoins tenter de prouver un *versum*.

c. *Les actes bilatéraux accomplis cum servo cum peculio*

i. Introduction

L'acte accompli par l'esclave est le plus souvent de nature contractuelle bilatérale et il a pour but des rapports principalement commerciaux. Ainsi, la plupart des textes font état d'un *negotium* ou *contractum* à la base de la relation juridique entre le tiers et l'esclave¹¹⁷⁸. Le *servus* peut donc p. ex. conclure un contrat d'achat/vente¹¹⁷⁹, location¹¹⁸⁰,

¹¹⁷⁶ Cf. Gai. 4, 74. Voir en outre les développements à ce sujet dans la section « Conditions à l'ouverture d'action », p. 379 ss.

¹¹⁷⁷ Donc, même ce que le maître paierait au tiers par erreur pourrait être répété comme indu car il n'y aurait aucune cause reconnue entre le tiers et lui - aucun rapport de droit civil, ni naturel (puisqu'il n'a pas lui-même agi en son nom).

¹¹⁷⁸ Voir à ce propos le titre V du livre XIV du Digeste : « *Quod cum eo qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur* » - traduit littéralement : « Au sujet des conventions passées avec ceux qui sont sous la puissance d'autrui », qui reprend les termes de l'Edit : cf. le D. 15, 1, 1, 2 *Ulpianus*. Le terme employé est indistinctement celui de *negotium* ou *contractum* comme cela ressort en outre des textes suivants : Gai. 4, 72a ; Gai. 4, 74 ; le D. 14, 5, 1 *Gaius* ; le D. 15, 1, 27, pr. *Gaius (Iulianus)* ; le D. 15, 1, 49, 1 *Pomponius* ; le D. 14, 5, 2, pr. *Ulpianus* ; le D. 15, 1, 3, pr. *Ulpianus* ; le D. 15, 1, 19, 1 *Ulpianus (Marcellus, Papinianus)* ; le D. 15, 1, 36 *Ulpianus (Pomponius)*.

¹¹⁷⁹ Voir p. ex. : le D. 44, 3, 15, 3 *Venuleius* ; le D. 6, 1, 41, 1 *Ulpianus* ; le D. 41, 2, 14, pr. *Paulus* ; le C. 4, 26, 10 *Diocletianus et Maximianus*.

¹¹⁸⁰ Cf. : le D. 19, 2, 60, 7 *Labeo*.

prêt¹¹⁸¹, mandat¹¹⁸², société¹¹⁸³, gage¹¹⁸⁴, effectuer un emprunt¹¹⁸⁵, une transaction¹¹⁸⁶, une novation¹¹⁸⁷, une remise de dette¹¹⁸⁸, une « remise » de gage¹¹⁸⁹, un paiement¹¹⁹⁰ ou encore un recouvrement¹¹⁹¹, etc..., tout cela de manière très autonome¹¹⁹².

¹¹⁸¹ Voir p. ex. : le D. 12, 1, 2, 4 *Paulus* ; D. 12, 1, 11, 2 *Ulpianus* et les explications données sur ce dernier texte en note 984. Voir en outre : le C. 8, 43, 3 *Gordianus*.

¹¹⁸² Voir p. ex. : le D. 46, 2, 34, pr. *Gaius*, qui indique que l'esclave peut mandater un tiers (le mandataire) de se faire promettre pour nover une créance du pécule. Le maître de l'esclave acquiert ainsi l'action directe *mandati peculio* contre lui. Mais il ne faut pas que l'acte de l'esclave soit effectué dans un esprit de pure libéralité. Voir encore : le D. 3, 5, 41 *Paulus*.

¹¹⁸³ Voir p. ex. : le D. 17, 2, 18 *Pomponius* et le D. 17, 2, 58, 3 *Ulpianus*.

¹¹⁸⁴ Voir p. ex. : le D. 20, 3, 1, 1 *Marcianus*, où un esclave ne peut engager un effet du pécule pour la dette d'autrui que s'il apparaît que cette éventualité est couverte par l'*administratio* conférée à l'esclave. Voir l'exégèse de ce fragment dans le corps du texte de la section « Les actes de disposition », p. 307 ss. Dans le même sens, voir : le D. 13, 7, 18, 4 *Paulus*.

Voir en outre : le D. 12, 6, 13, pr. *Paulus*, où il semble qu'un esclave qui a la libre administration de son pécule puisse mettre en gage un effet du pécule pour une dette naturelle.

¹¹⁸⁵ Voir p. ex. : le D. 13, 6, 3, 4 *Ulpianus*.

¹¹⁸⁶ Voir p. ex. : le D. 47, 2, 52, 26 *Gaius*, où un esclave peut valablement conclure une transaction avec un tiers-voleur d'un effet du pécule pour le libérer. En effet, bien que l'action du vol soit acquise au maître contre le voleur, elle vise un élément du pécule ; ainsi, si l'esclave reçoit quelque chose de suffisant de la part du voleur en guise de réparation, celui-ci sera libéré vis-à-vis du maître aussi.

¹¹⁸⁷ Voir p. ex. : le D. 46, 2, 34, pr. *Gaius*, où l'esclave peut nover une créance du pécule en se faisant promettre quelque chose par autrui, surtout si cela rend la situation plus favorable. Voir encore : le D. 12, 2, 20 *Paulus* et le D. 12, 2, 21 *Gaius*, qui indiquent de manière générale que l'esclave qui a l'administration de son pécule peut nover une « obligation ».

A ce sujet, voir : BUCKLAND, p. 203 s.

¹¹⁸⁸ Voir p. ex. : le D. 2, 14, 28, 2 *Gaius*, où un esclave peut valablement remettre une dette du pécule s'il reçoit quelque chose d'équivalent en échange. Voir encore les explications données en note 1071.

¹¹⁸⁹ Voir p. ex. : le D. 20, 6, 8, 5 *Marcianus*, qui prévoit la possibilité d'un pacte de remise de gage pour autant que l'esclave reçoive quelque chose qui corresponde plus ou moins à ce qu'il aurait pu toucher de la vente de ce gage. Voir en outre les explications données sur ce texte à la note 1071.

¹¹⁹⁰ Voir p. ex. : le D. 12, 6, 53 *Proculus*, qui indique que la somme que l'esclave paie de son pécule en vue de son affranchissement peut être revendiquée par son maître si l'affranchissement est fondé sur un testament non valable ; le D. 46, 3, 94, 3 *Papinianus*, qui indique que le paiement de l'esclave doit être en rapport avec son pécule, sinon il pourra être répété (dans le même sens : cf. le D. 46, 1, 19 *Iulianus*) ; le D. 12, 6, 13 *Paulus*, où le paiement fait par un esclave une fois affranchi pour une dette de son pécule le libère et l'argent ne peut être répété. Voir encore : le D. 46, 3, 84 *Proculus*.

La caractéristique de ces contrats est d'englober un rapport d'obligations réciproques : à une prestation de l'une des parties correspond une contreprestation plus ou moins équivalente de l'autre. Nous ne sommes donc pas dans les hypothèses des actes purement favorables ou défavorables, mais dans la voie intermédiaire de l'acte bilatéral¹¹⁹³.

On observe que se crée alors une relation juridique triangulaire entre le tiers et l'esclave, le tiers et le maître (les rapports externes), et enfin le maître et l'esclave (le rapport interne).

ii. Le rapport naturel entre tiers et esclave

Le rapport entre le tiers et l'esclave est établi dans le droit naturel et il est indépendant de l'institution du pécule ; il est à la base de tout acte conclu par l'esclave en son nom propre¹¹⁹⁴, comme une sorte de témoin de son autonomie¹¹⁹⁵. Il existe en tant que tel du seul fait que, selon le droit naturel, l'esclave est le semblable de l'homme libre :

¹¹⁹¹ Voir p. ex. : le D. 46, 3, 32 *Iulianus* (expliqué en note 1133) ; le D. 12, 2, 21 *Gaius*.

¹¹⁹² Voir au sujet de ces contrats : MANDRY, II, p. 228 ss ; MICOLIER, p. 655 s. ; BUTI, p. 159 ; ALBANESE, p. 154 ; MARTINI, LABEO 26 (1980), p. 104 ; BURDESE, Studi Biscardi I, p. 151 ss.

¹¹⁹³ Voir les développements dans la section « *L'administratio ou libera administratio* », p. 300 ss.

¹¹⁹⁴ C.-à-d. conclu *servi nomine*. Lorsque les textes parlent de *peculiari nomine*, ils indiquent aussi que l'esclave agit en son nom : voir les explications données dans la section « Les actes conclus *servi nomine* ou *peculiari nomine* », p. 311 ss.

¹¹⁹⁵ En ce sens, voir : le D. 15, 1, 50, 2 *Papinianus*, qui souligne l'indépendance du lien de droit naturel entre le tiers et l'esclave du lien de droit civil adjectice entre le tiers et le maître. La somme due naturellement que l'esclave paierait au tiers, juste après que celui-ci ait obtenu une condamnation de *peculio* auprès du maître, ne pourra pas être répétée, comme s'il n'y avait pas eu de jugement ; la caution de l'esclave sera par ailleurs valablement obligée. L'obligation naturelle reste assumée par l'esclave et elle n'est pas dépendante du conflit civil, c.-à-d. qu'elle ne sera en quelque sorte pas soumise à *litis contestatio*, ni au résultat de la condamnation civile. Voir encore en ce sens : le D. 46, 1, 16, 3 *Iulianus*, Gai. 3, 119a et le D. 46, 1, 35 *Paulus*, qui prévoient la possibilité de cautionner l'obligation naturelle de l'esclave, preuve de son indépendance. Le fidéjusseur de l'esclave sera ainsi obligé pour le tout, contrairement à celui qui cautionnerait le maître obligé alors que *dumtaxat de peculio*. Voir en outre : le D. 12, 6, 13, pr. *Paulus (Pomponius)*, qui parle de l'obligation naturelle de l'esclave envers un tiers (voir les explications sur ce texte données en notes 1131 et 1228) ; le D. 46, 1, 16, 4 *Iulianus* et le D. 15, 1, 41 *Ulpianus*, développés dans le corps du texte de la section « Le rapport « civil » *lato sensu* adjectice entre tiers et maître », p. 340 ss.

Voir, dans le sens de la reconnaissance des rapports entre esclave et tiers régis par le droit naturel : BUCKLAND, p. 208 et 217 ; MICOLIER, p. 624, 625 ss et 652 s., qui, tout en reconnaissant

D. 44, 7, 14 *Ulpianus* : *Servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent : ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. denique si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor.*¹¹⁹⁶

Ce texte illustre parfaitement le concept exposé ci-dessus : l'esclave s'oblige et oblige naturellement par ses contrats. Inversement, il ne s'oblige pas civilement ; il n'a en effet pas la capacité d'actionner ou d'être actionné, mais s'il paie un dû naturel ou exécute une prestation naturelle, son maître ne pourra en principe pas les répéter¹¹⁹⁷, exception faite des cas où l'obligation naturelle du *servus* peut être nulle ou privée de ses effets¹¹⁹⁸. Nous pouvons constater que le texte ne semble pas exclure que l'esclave oblige civilement¹¹⁹⁹ ; ce qui est bien le cas dans le rapport adjectice entre le tiers et le maître où ceux-ci s'obligent civilement.

la qualité de débiteur naturel chez l'esclave, semble toutefois nier sa qualité de créancier naturel. Nous pensons que Micolier fait une confusion entre la notion de créancier civil et celle de créancier naturel. En effet, seul le maître peut être qualifié de créancier civil, car il est le seul à pouvoir actionner le tiers ; mais cela n'empêche pas que l'esclave puisse naturellement recevoir paiement du tiers à titre de créancier naturel. Nous renvoyons à ce propos le lecteur à la section « Les liens entre le rapport naturel et le rapport civil – effet de solidarité et de libération », p. 346 ss. Voir encore dans le même sens : KASER, I, § 67 III 3, p. 287 et § 113 II, p. 480 s. ; ALBANESE, p. 147.

¹¹⁹⁶ Traduction : Il est certain que les esclaves sont obligés par leur délits, et même s'ils sont affranchis, ils restent obligés, mais ils ne peuvent pas être obligés civilement en conséquence de leurs contrats. Cependant, ils s'obligent et obligent naturellement. C'est la raison pour laquelle, si je paie à l'esclave qui m'a prêté de l'argent, je suis libéré.

¹¹⁹⁷ Voir l'effet de solidarité des débiteurs exposé à la section « Les liens entre le rapport naturel et le rapport civil – effet de solidarité et de libération », p. 346 ss. Le D. 12, 6, 13, pr. *Paulus* (*Pomponius*), indique que ce que quelqu'un ou un fidéjusseur paierait au nom de l'esclave, c.-à-d. pour son obligation naturelle, ou ce que l'esclave lui-même paierait une fois affranchi, alors qu'il avait la libre administration du pécule, ne pourra pas être répété. Le texte ne mentionne pas l'hypothèse où l'esclave sous puissance paierait lui-même, mais il va de soi qu'elle doit être sous-entendue. En effet, ce fragment insiste sur le fait que l'on ne peut répéter civilement un dû naturel, or l'esclave ne peut pas répéter lui-même en son nom civilement tant qu'il est sous puissance, faute de capacité civile, ce qui ne veut pas dire qu'il ne paierait pas lui-même en cet état un dû naturel, que son maître ne pourrait pas répéter.

¹¹⁹⁸ Nous renvoyons aux cas exposés dans les sections « Les actes effectués *cum servo sine peculio* et sans autorisation ou « préposition », p. 325 ss et « Les actes *ex ante gesto* », p. 333 ss.

¹¹⁹⁹ En comparant le *civiliter quidem non obligantur* avec le *naturaliter et obligantur et obligant*, on relève que le texte n'exclut pas d'emblée que l'esclave oblige civilement. En effet, le texte est silencieux à ce sujet.

L'obligation naturelle de l'esclave en faveur du tiers a une portée entière, c'est-à-dire pour le tout (*in solidum*)¹²⁰⁰. Elle se rapprocherait ainsi fondamentalement, dans sa portée, de l'obligation civile ordinaire qui serait issue d'un contrat conclu entre *sui iuris*.

Le pécule confère à l'esclave le droit d'exécuter son obligation de fait (ou naturelle) en puisant directement dans son pécule¹²⁰¹, sans que le maître puisse s'y opposer, sauf en cas d'*ademptio*. En effet, cette exécution doit diminuer le patrimoine de fait de l'esclave et non pas le patrimoine propre du maître, car à ce stade, elle n'est que l'expression de la capacité de fait conférée à l'esclave par le biais de son patrimoine de fait ; en d'autres termes, elle est l'expression de son autonomie personnelle reconnue en droit naturel et prétorien. Dès que le tiers est obligé de faire usage d'un moyen civil (l'action *de peculio*), l'exécution ou plutôt la réparation pour inexécution, vise, non plus directement l'obligation naturelle de l'esclave, mais bien l'obligation civile adjectice grevant le maître. On comprend dès lors pourquoi c'est le patrimoine propre du maître uniquement qui devra supporter les conséquences juridiques et économiques de l'inexécution contractuelle¹²⁰².

iii. Le rapport « civil » *lato sensu* adjectice entre tiers et maître

Lorsque le *servus* reçoit un pécule et le droit de l'administrer¹²⁰³, l'institution du pécule telle que conçue en droit prétorien¹²⁰⁴ a

¹²⁰⁰ Voir p. ex. en ce sens : le D. 46, 1, 35 *Paulus*, qui précise que le fidéjusseur de l'esclave s'engage pour le tout, même si le pécule est vide, tandis que celui qui garantirait l'obligation civile adjectice du maître ne s'engagerait au maximum qu'à raison du montant du pécule tel que défini au moment du jugement. Ce texte souligne donc bien que si le fidéjusseur s'est engagé pour l'obligation naturelle de l'esclave, la condamnation civile *de peculio* contre le maître n'aura pas d'influence sur l'étendue de sa garantie. Le fragment fait également état de la distinction entre l'obligation naturelle et l'obligation civile prétorienne. Voir encore en ce sens : le D. 15, 1, 44 *Ulpianus*, où par analogie, si l'obligation du père ne vaut que *dumtaxat de peculio*, l'obligation du fils, elle, vaut pour le tout (*in solidum*).

¹²⁰¹ Voir en ce sens : le D. 10, 2, 20, 1 *Ulpianus*, par analogie, qui prévoit que, si le fils est obligé *de peculio*, il devra exécuter son obligation en puisant dans son propre pécule – *peculium praecipiet*. Nous pensons qu'il en va de même pour les obligations de fait, appelées aussi naturelles, grevant les esclaves.

¹²⁰² Voir la section « L'actio de peculio », p. 377 ss.

¹²⁰³ Prérogatives découlant d'une certaine manière de la volonté du *dominus*.

précisément pour effet d'ajouter un rapport de droit civil entre le tiers et le maître, dit adjectice ; celui-ci naît parallèlement à celui de droit naturel¹²⁰⁵ :

Si toutefois, il n'y a pas concession de l'*administratio*, le rapport d'obligations né sur le pécule n'existera que naturellement, mais n'entraînera pas, du côté du maître, l'effet civil de l'impossibilité de répéter ce que son esclave aurait transmis au tiers. En effet, le maître peut toujours considérer que l'obligation naturelle de son esclave ne produit pas d'effets. Au contraire, le tiers qui paierait ne pourrait pas répéter : cf. les explications données au sujet des actes *ex ante gesto* où l'administration du pécule ne serait pas accordée dans la section « Les actes *ex ante gesto* », p. 333 ss.

¹²⁰⁴ Cf. : le D. 12, 6, 13, pr. *Paulus*.

¹²⁰⁵ Voir en ce sens : le D. 15, 1, 9, 8 *Ulpianus*, qui précise que le maître est obligé *servi nomine*, c.-à-d. qu'une obligation civile adjectice se crée parallèlement sur la tête du *dominus* par le fait de son esclave au bénéfice d'un pécule ; le D. 13, 5, 1, 8 *Ulpianus*, où l'obligation prétorienne se distingue de l'obligation naturelle, car elle ne permet pas au maître qui promet paiement pour l'obligation prétorienne de promettre au-delà de ce qui peut se trouver dans le pécule au moment de la promesse. De même, s'il promet en son nom et non pas au nom du pécule (*peculiariter*), il ne sera pas obligé au-delà du montant déterminé du pécule au jour du jugement (ou de la promesse), car en promettant de la sorte, il entend probablement ne viser que le rapport adjectice limité et non pas celui naturel valant pour le tout, comme c'est le cas par analogie au D. 13, 5, 2 *Iulianus* pour un fils de famille (voir en outre : le D. 12, 6, 11 *Ulpianus* et le D. 46, 1, 35 *Paulus*, cités ci-dessous). Au D. 46, 4, 8, 4 *Ulpianus*, il est intéressant de constater qu'un esclave peut se faire libérer en recevant quittance formelle (acceptilation) de son obligation naturelle envers un tiers, et qu'en même temps, il libère de la sorte son maître des éventuelles *honorariae obligationes*. Ces obligations prétoriennes, dont parle le texte, représentent ce que nous appelons les obligations civiles adjectices du *dominus*. Voir encore : le D. 40, 7, 3, 2 *Ulpianus* (*Labeo, Servius, Cassius*), qui indique que le tiers est le débiteur naturel de l'esclave (qui doit être affranchi), et en même temps, le débiteur civil des héritiers du maître décédé. Si les héritiers n'actionnent pas le tiers débiteur (*nec velit heres debitorem convenire*), l'esclave parviendra néanmoins à la liberté. Le texte faisant allusion à l'action contre ce tiers souligne très nettement le rapport d'obligations civiles adjectice actionnable. Voir encore : le D. 12, 6, 11 *Ulpianus*, qui met en connexion le lien de droit civil et naturel et l'effet de solidarité des débiteurs civils (*dominus*) et naturels (*servus*) envers le tiers créancier (voir aussi le D. 46, 1, 16, 3 *Iulianus* et le D. 46, 1, 35 *Paulus*, qui distinguent le fidéjusseur garantissant l'obligation naturelle de l'esclave de celui garantissant l'obligation de droit civil du maître) ; le D. 22, 1, 32, 3 *Marcianus*, par analogie, qui indique que le père est tenu par le contrat né en la personne de son fils, à cause soit d'un *insum*, soit d'un *versum*, soit d'un *peculium* ; le D. 15, 1, 56 *Paulus* (*Neratius*), qui distingue clairement un double rapport de droit, l'un civil envers le maître, l'autre naturel envers l'esclave ; voir en outre les explications relatives à ce texte en note 1098.

Voir en outre : le D. 46, 2, 1, 1 *Ulpianus* et le D. 20, 1, 5, pr. *Marcianus*, qui distinguent les obligations civiles (au sens étroit), prétoriennes (soit civiles au sens large) et naturelles.

La fidéjussion possible de l'obligation adjectice révèle évidemment son existence : voir la section « La fidéjussion », p. 375.

*D. 15, 1, 41 Ulpianus : Nec servus quicquam debere potest nec servo potest deberi, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus quam ad ius civile referimus obligationem. itaque quod servo debetur, ab extraneis dominus recte petet, quod servus ipse debet, eo nomine in peculium et, si quid inde in rem domini versum est, in dominum actio datur.*¹²⁰⁶

*D. 46, 1, 16, 4 Iulianus : Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest : nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse.*¹²⁰⁷

Ces textes semblent attester que le rapport de droit naturel entre le tiers et l'esclave est indépendant de toute institution élaborée ou développée par le prêteur. Ce rapport prévoit en lui-même un effet de droit civil consistant à ne pas pouvoir répéter ce qui serait payé par le tiers comme dû naturellement (cf. le deuxième texte), d'autant plus quand le paiement est soumis au *ius acquirendi*, mais qui, en dehors de l'application des institutions prétoriennes adjectives, quand le paiement se ferait en mains du tiers¹²⁰⁸, resterait néanmoins « boiteux » jusqu'à ce

Voir, au sujet du rapport d'obligations civiles adjectice : MANDRY, II, p. 276 ss et 301 ss, qui précise que le maître est bien soumis à une obligation envers le tiers et qu'il ne s'agirait pas simplement d'un devoir de défendre à l'engagement de l'esclave ; BUCKLAND, p. 217, qui distingue l'engagement naturel de l'esclave de l'engagement « édictal » du maître.

¹²⁰⁶ Traduction : Un esclave ne peut être à proprement parler, ni débiteur, ni créancier. Ce n'est qu'en abusant des termes qu'on lui reconnaît l'une ou l'autre qualité ; on entend plutôt désigner l'état de fait que l'obligation que nous rapportons au droit civil. Ainsi, ce qui est dû à un esclave par les tiers, le maître a l'action pour le demander. Ce qui au contraire est dû par l'esclave, le maître en est tenu, ou par l'action sur le pécule, ou par l'action *de in rem verso*.

¹²⁰⁷ Traduction : Nous ne considérons pas seulement comme obligations naturelles, celles qui prévoient qu'une certaine action (adjectice) pourra être interjetée en leur nom, mais encore celles qui empêcheront de pouvoir répéter ce qui a été payé. Car, quoique les débiteurs naturels soient moins proprement appelés débiteurs, en détournant un peu l'acception, on peut les considérer comme tels, et ceux qui reçoivent d'eux de l'argent seront censés avoir reçu leur dû.

Voir en outre le D. 44, 7, 10 *Ulpianus* qui reprend quasiment mot pour mot le texte de Julien (*Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam eo, si soluta pecunia repeti non possit*).

¹²⁰⁸ Voir aussi : le D. 15, 1, 50, 2 *Papinianus*, où ce que l'esclave paie en fonction de son obligation naturelle envers le créancier ne pourra être répété comme indu (par son maître).

que le maître en ait connaissance et l'accepte¹²⁰⁹. Si ce rapport naturel vient à être encadré par une institution prétorienne, que ce soit l'institution du pécule ou l'institution du *versum* (cf. le premier texte), alors naît parallèlement (ou adjectivement) un rapport de droit civil au sens large entre le maître et le tiers¹²¹⁰, permettant dès lors à ceux-ci de s'actionner civilement et réciproquement en cas d'inexécution du contrat¹²¹¹. Dans un deuxième temps, cela permettra de demander, le cas échéant après jugement, la *venditio bonorum* du débiteur (cf. le D. 15, 1, 51 *Scaevola*, cité ci-dessous)¹²¹².

Ainsi, l'obligation du tiers envers le maître correspond à l'obligation civile ordinaire pour le tout telle qu'elle est issue du contrat, tandis que l'obligation adjectice du maître envers le tiers a cette particularité de ne valoir « pour le tout » que tant que celui-ci n'obtient pas un jugement. En effet, jusqu'au jugement, elle correspond dans son étendue à l'obligation naturelle de base entre l'esclave et le tiers¹²¹³ ; du coup, pour se libérer civilement¹²¹⁴ auprès du tiers, le maître qui exécuterait spontanément son obligation devra par exemple livrer l'objet¹²¹⁵ ou s'acquitter d'un montant correspondants à ceux de l'obligation naturelle « *in solidum* » de son esclave¹²¹⁶.

¹²⁰⁹ Voir à ce sujet la section « Les actes effectués *cum servo sine peculio* et sans autorisation ou « préposition » », p. 325 ss.

¹²¹⁰ Il y aura évidemment autant de rapports adjectices sur la tête du *dominus* qu'il y aura de tiers créanciers ou de débiteurs contractuels : ainsi, si le maître paie à un créancier qui n'est pas celui qui l'actionne *de peculio*, il paiera de son côté un dû « civil ». A noter que le paiement fait spontanément par le maître à un tiers créancier du pécule aura pour conséquence de créer une créance naturelle du maître contre l'esclave déductible : voir les notes 1283 et 1284.

¹²¹¹ Voir la note 1107.

¹²¹² Voir encore : le D. 15, 1, 50, pr. *Papinianus* et le D. 42, 4, 7, 15 *Ulpianus*.

La *venditio bonorum* du débiteur est évidemment le dernier acte d'exécution forcée possible, après l'obtention du jugement.

¹²¹³ Voir la note 1391.

¹²¹⁴ C.-à-d. pour que le tiers soit satisfait et pour éviter qu'il ne puisse l'actionner.

¹²¹⁵ A noter que l'on parle plutôt de montants pécuniaires, car il est difficilement concevable que le maître puisse p. ex. livrer lui-même l'objet particulier d'une vente contenu dans le pécule de son esclave, surtout si ce dernier est à l'étranger.

¹²¹⁶ En effet, avant le jugement, on ne connaît pas la valeur exacte du pécule ; l'obligation civile adjectice ne peut par conséquent pas être limitée *dumtaxat de peculio*, si elle est supérieure au

Lorsque l'action est intentée par le tiers, l'obligation adjectice du maître « pour le tout »¹²¹⁷ se transformera, dès la rédaction de la condamnation et la soumission au juge, en une obligation « civile » de réparer le dommage résultant de l'inexécution de la convention ; celle-ci sera de plus limitée dans tous les cas où le montant du pécule est inférieur à la valeur de l'obligation adjectice originaire¹²¹⁸.

Le deuxième texte parle à juste titre d'une *aliqua actio* donnée contre le maître¹²¹⁹. Ainsi, si le maître peut actionner le tiers par une action directe ou contraire fondée sur une créance (ou obligation) civile valable pour le tout (*in solidum*) issue du contrat¹²²⁰, le tiers ne pourra

pecule. Ce n'est qu'au moment du jugement qu'on peut établir la valeur du pécule et donc, déterminer l'éventuelle étendue effective de l'obligation adjectice servant de base pour déterminer le montant maximal de la responsabilité du maître.

Voir en outre les développements aux sections « Le moment de l'estimation du pécule », p. 383 ss et « L'étendue de la responsabilité », p. 385 ss.

¹²¹⁷ Avant jugement.

¹²¹⁸ Voir la section « L'étendue de la responsabilité », p. 385 ss.

¹²¹⁹ En effet, le *eorum* du texte original semble se rapporter aux *alieni iuris* (soit les *naturales debitores*) et le fragment prendrait alors tout son sens, à savoir que l'obligation naturelle donne effectivement naissance à une action adjectice contre le maître (la *aliqua actio*) en leur nom (*eorum nomine*), c.-à-d. pour un acte conclu de manière autonome en leur propre nom (des *alieni iuris*).

Si l'on remplaçait le *eorum* par *earum*, en considérant le texte altéré comme le prétendent certains auteurs, le texte parlerait d'une action particulière qui serait intentée au nom des obligations naturelles – *naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua [earum] nomine competit*. Mais il faudrait alors n'entendre ici que les obligations naturelles des esclaves, et non les obligations naturelles dans leur dénomination abstraite, pour lesquelles il n'y a par définition pas d'action possible. Nous pensons que le remaniement du texte compliquerait inutilement la théorie des obligations naturelles en obligeant la distinction entre les obligations naturelles « pures » et les obligations naturelles des esclaves.

Voir au sujet de la définition de la *aliqua actio* : BUTI, p. 234, qui conçoit que l'*actio aliqua* peut comprendre non seulement l'*actio de peculio*, mais aussi toute autre action modifiée qui ne serait pas dirigée contre le débiteur naturel, mais contre un *sui iuris* au nom de ce débiteur naturel ; MARTINI, LABEO 26 (1980), p. 106 ss, qui, tout en relatant les difficultés vécues par certains auteurs quant aux deux critères (*solutio retentio – aliqua actio*) servant à la qualification de l'obligation naturelle de l'esclave, pense finalement que le texte de Julien (le D. 46, 1, 16, 4 *Iulianus*) est probablement altéré et qu'à l'origine il indiquait que les obligations naturelles étaient celles qui n'avaient pas d'action et pour lesquelles on ne pouvait répéter le dû.

¹²²⁰ Voir p. ex. : le D. 40, 7, 3, 2 *Ulpianus* (*Labeo, Servius, Cassius*), qui indique que le maître (ou ses héritiers) sont fondés à actionner le tiers débiteur de l'esclave par l'action directe ou contraire *in solidum* issue très vraisemblablement d'un contrat, dans le cas présenté par le texte.

Voir en outre la note 1107.

actionner le maître que par une action spéciale dite « adjectice ». Cette action spéciale correspond improprement à l'action directe ou contraire issue de la convention conclue avec l'esclave ; elle ne peut viser que le maître par « effet de représentation », l'esclave étant exempt de la capacité d'être partie au procès¹²²¹. Cette action adjectice du tiers aura comme particularité de se solder, en cas d'inexécution, par une condamnation pécuniaire en réparation pour inexécution, parfois limitée¹²²². En effet, sans doute dans le but de protéger le patrimoine central du maître, le prêteur a estimé que, dans presque tous les cas, la condamnation ne devait pas dépasser les « forces » du pécule¹²²³ ; le contrat qui induit cette condamnation est conclu de manière autonome par l'esclave au regard du *peculium*, sans que le maître en ait forcément connaissance. Comme celui-ci a lui-même constitué le pécule et permis à son esclave de l'administrer, le prêteur a certainement pensé que le *dominus* pouvait être tenu pour responsable de l'inexécution du contrat, mais seulement à raison de ce pécule.

Après le jugement, si le maître paie plus que ce qui se trouve dans le pécule, il ne pourra pas répéter¹²²⁴ ; cela indique que la condamnation *dumtaxat de peculio* n'entraîne que la libération de l'obligation civile adjectice du maître et que l'obligation naturelle de l'esclave subsiste pour l'éventuel surplus, entraînant les effets civils qu'on connaît¹²²⁵.

¹²²¹ Le D. 13, 5, 1, 8 *Ulpianus*, indique à juste titre que le maître n'est pas obligé selon le droit civil au sens étroit, mais bien par le droit prétorien (droit civil *lato sensu*), qui permet l'action *de peculio* contre lui. Il n'est pas obligé par l'action directe ou contraire du contrat, mais bien par l'action prétorienne, appelée adjectice.

Voir, sur le rapport entre l'action adjectice et l'action directe du contrat : MANDRY, II, p. 254 s., qui admet qu'il y a identité entre l'action adjectice et l'action directe.

¹²²² La responsabilité du maître ne sera pas toujours limitée : dans le cas où l'obligation adjectice est inférieure à la valeur du pécule établie le jour de la condamnation *de peculio*, la responsabilité du maître sera de fait donnée *in solidum*.

¹²²³ Mais, si un *versum* est prouvé, l'étendue de responsabilité pourra le cas échéant être plus grande que dans le cas *de peculio* ; voir à ce sujet la section « Le *versum in rem* et l'*actio de in rem verso* », p. 433 ss.

¹²²⁴ En ce sens, cf. : le D. 12, 6, 11 *Ulpianus*.

Voir en ce sens aussi : BUCKLAND, p. 217.

¹²²⁵ Le D. 12, 6, 13 *Paulus*, indique que l'esclave reste obligé naturellement et que si quelqu'un paie en son nom ou au regard du pécule, il ne pourra pas répéter. On peut en conclure que rapport

L'effet de « représentation directe » échéant en la personne du maître par l'intermédiaire de son esclave et les rapports internes seront réglementés de manière assez restrictive, nous le verrons.

iv. Les liens entre le rapport naturel et le rapport civil – effet de solidarité et de libération

Existe-t-il des liens entre le rapport des obligations naturelles et celui des obligations civiles telles qu'issues du contrat conclu par l'esclave au regard de son pécule ? En d'autres termes, l'exécution d'une de ces obligations naturelle ou civile a-t-elle un impact respectivement en droit civil ou en droit naturel ? De plus, le tiers est-il libéré de son obligation civile envers le maître s'il exécute sa prestation en mains de l'esclave ou à l'inverse, est-il libéré du rapport d'obligations naturelles s'il s'affranchit de son dû auprès du maître ?

Ces questions méritent d'être développées pour souligner à la fois la singularité des rapports créés et leur corrélation¹²²⁶.

solidaire entre l'obligation naturelle et civile ne vaut que pour le montant couvert par la condamnation civile, le montant non couvert subsistant pour le surplus naturellement. Toutefois, ce que le maître, débiteur solidaire, paierait en plus au nom de l'obligation naturelle de son esclave, et qui ne peut être répété contre le tiers (comme l'indique le D. 12, 6, 11 *Ulpianus*), se transformera en principe en une créance naturelle interne contre l'esclave déductible. Inversement, au D. 13, 5, 1, 8 *Ulpianus*, on apprend que ce que le maître aurait promis en son nom pour ce qui dépasserait le montant de la condamnation de *peculio*, ne l'obligera pas. Il faut comprendre la promesse du maître en son nom (*suo nomine*) comme visant l'obligation civile adjectice ; du coup, cette promesse ne dépassera pas le montant de l'obligation civile « de réparer » issue de la condamnation effective à raison du pécule, tandis qu'au D. 13, 5, 2 *Iulianus*, par analogie, la promesse du père faite au nom de son fils (*filii nomine*) visera l'obligation naturelle de celui-ci, et s'il s'avère au jour de la condamnation que le montant du pécule est inférieur au montant de la promesse, le maître sera tenu à raison de l'entier de celle-ci, donc aussi pour le surplus naturel. Mais l'on pourrait aussi concevoir que, comme le fils est aussi tenu personnellement de l'obligation civile, à côté de son père (contrairement à l'esclave), celle-ci serait alors de la même étendue que l'obligation naturelle, et le maître qui s'engagerait par une promesse civile le ferait donc pour le tout.

En ce sens, voir : SCHWANERT, p. 426 s. ; VAZNI, p. 172 s. ; BUTI, p. 234 ss.

Voir aussi les développements des sections « Les liens entre le rapport naturel et le rapport civil – effet de solidarité et de libération », p. 346 ss, et « L'étendue de la responsabilité », p. 385 ss.

¹²²⁶ Voir à ce sujet : MANDRY, II, p. 288 ss et 301 ss, qui reconnaît qu'il y a deux débiteurs pour le même contrat, l'un pour l'obligation principale, l'autre pour l'obligation dite accessoire, c.-à-d. l'obligation adjectice. Les deux obligations entretiendraient d'ailleurs un rapport de connexité.

Nous constatons qu'il existe une sorte de solidarité aussi bien active que passive entre le maître et l'esclave, créanciers ou débiteurs respectivement civils et naturels¹²²⁷. Celle-ci est donnée tant que l'esclave reste sous la puissance du maître qui lui a constitué un pécule dont il a l'administration ; ainsi, l'exécution par le tiers de la convention en mains de l'un entraîne la libération auprès de l'autre¹²²⁸.

Dans l'hypothèse où le maître retire le pécule à son esclave par *ademptio*¹²²⁹, le tiers qui exécuterait sa prestation en mains de l'esclave ne serait pas libéré auprès du *dominus*, car la connexion interne entre le maître et son esclave, basée sur la concession du pécule, serait cassée ;

Voir encore : BUCKLAND, p. 211 s., qui rejette la terminologie de « principal » et « accessoire » et le concept de solidarité entre l'obligation de l'esclave et celle du maître.

¹²²⁷ La solidarité entre le débiteur civil (soit le maître) et le débiteur naturel (soit l'esclave) nous semble évidente au D. 12, 6, 11 *Ulpianus*, qui précise que le maître qui paierait au-delà de la valeur du pécule de son esclave ne pourra point répéter. Cette hypothèse semble bien donnée lorsque la valeur abstraite de l'obligation naturelle est supérieure à celle que le tiers a pu faire valoir civilement. En effet, d'une certaine manière le maître qui ne paierait pas civilement l'entier de la dette resterait obligé solidairement pour le surplus à cause de l'obligation naturelle de son esclave. Il répond en effet solidairement avec lui tant que l'esclave est sous sa puissance et qu'il possède un pécule dont il a l'administration. Dans un sens équivalent, voir : le D. 46, 1, 35 *Paulus*, qui indique en effet que le fidéjusseur de l'obligation naturelle est obligé *in solidum*, c.-à-d. pour la valeur totale de l'obligation naturelle, contrairement à celui garantissant l'obligation adjective. Inversement, au D. 46, 4, 8, 4 *Ulpianus*, l'esclave qui accepte d'être libéré par le tiers de son obligation naturelle, libère aussi son maître de l'obligation prétorienne adjective. L'acte de l'esclave (ici une acceptation) fait en son nom libère solidairement son maître.

¹²²⁸ Voir p. ex. en ce sens : le D. 47, 2, 52, 26 *Gaius*, où il apparaît que la transaction conclue entre l'esclave et le voleur d'un objet de son pécule est valable, et que si le voleur paye quelque chose à titre d'indemnité au *servus* lui-même, il se libérerait vis-à-vis du maître, normalement le seul à pouvoir actionner pour vol ; le D. 44, 7, 14 *Ulpianus*, qui précise que le tiers qui paie à l'esclave ce qu'il lui doit se libère également civilement vis-à-vis de son maître ; le D. 12, 6, 13, pr. *Paulus*, qui indique que ce que paie un tiers pour libérer l'esclave de son obligation naturelle empêche le maître de pouvoir répéter. L'esclave ayant la libre administration du pécule a donc conclu un contrat générateur d'un rapport d'obligations naturelles valables, et, adjective, un rapport de droit civil. Dès lors, d'une part, l'obligation naturelle est valablement exécutée et la prestation exécutée ne pourra être répétée auprès du créancier et, d'autre part, cela entraînera la libération civile du maître vis-à-vis du créancier naturel. Donc le créancier entièrement satisfait sur le plan naturel ne pourra pas actionner civilement le maître *de peculio*.

Voir au sujet de la solidarité : MANDRY, II, p. 310 ss ; BUCKLAND, p. 203 ; MICOLIER, p. 628, qui indique que le paiement d'un dû naturel investit le *paterfamilias* de plein droit ; BUTI, p. 161 ss.

¹²²⁹ Voir la section « *L'ademptio* », p. 296 ss.

sera excepté le cas où le tiers ignore ce fait¹²³⁰. Si le tiers connaît l'*ademptio*, ce qu'il exécuterait en mains de l'esclave *sine peculio* d'une part ne pourrait pas être répété par l'effet conjugué du droit naturel et du *ius adquirendi*, et d'autre part ne le libérerait pas civilement auprès du maître ; mais, ce que l'esclave *sine peculio* et réduit au rôle d'*instrumentum* d'acquisition acquérait du tiers pourrait le cas échéant constituer un *versum*¹²³¹.

Quant à ce que l'esclave privé de pécule exécuterait en mains du tiers, cela pourrait toujours être répété par le maître qui en aurait connaissance et l'effet civil produit par l'exécution de l'obligation naturelle serait vidé de son contenu. En effet, celle-ci pourrait toujours être considérée comme nulle ou privée de ses effets au vu des règles de l'ancien droit civil empêchant de rendre la situation juridique du maître plus mauvaise¹²³². A l'inverse, le maître qui retirerait le pécule par *ademptio* ne perdrait pas la capacité d'actionner le tiers¹²³³ si celui-ci ne s'exécute

¹²³⁰ Voir, par analogie, le D. 12, 6, 26, 8 *Ulpianus*, qui expose parfaitement cette situation. En effet, le débiteur du pécule qui paie en mains du fils en ignorant que le pécule lui a été retiré se libère valablement et civilement auprès du père. L'ex-débiteur du pécule pourra vraisemblablement opposer au père qui intenterait l'action civile du contrat contre lui, le fait qu'il s'est affranchi de son obligation naturelle en mains du fils, entraînant sa libération civile auprès du père. Si au contraire il connaît l'acte d'*ademptio*, le texte parle de l'impossibilité de répéter ce qu'il paierait alors comme « indu » auprès du fils. Cet « indu » ne doit pas s'entendre à notre avis du point de vue naturel, mais du point de vue civil, c.-à-d. par rapport à l'obligation civile visant le père et pour laquelle l'effet de solidarité des créanciers, permettant la libération civile du débiteur auprès du maître par le paiement en mains du fils, a cessé.

Voir aussi sur la question : MICOLIER, p. 511 s.

¹²³¹ Bien que le tiers ne puisse pas répéter ce qu'il aurait payé en mains de l'esclave comme dû naturel et qu'il ne soit pas libéré auprès du maître à cause du défaut du lien péculier qu'il connaît (cf. le D. 12, 6, 26, 8 *Ulpianus* par analogie), il pourrait tenter de démontrer un *versum*. Les chances de parvenir à satisfaire toutes les conditions du *versum* sont cependant ténues (voir la section « Le *versum in rem* et l'*actio de in rem verso* », p. 433 ss).

¹²³² Voir à ce sujet aussi la section sur « Les actes effectués *cum servo sine peculio* », p. 325 ss.

¹²³³ En effet, le rapport de droit adjectice né en la personne du maître au moment de la conclusion du contrat semble toujours subsister en parallèle à celui de droit naturel, même si le pécule n'existe plus réellement, voire si l'esclave est affranchi : cf. le D. 12, 1, 2, 4 *Paulus*, qui précise que le maître acquiert le droit de créance civil (cf. le D. 23, 3, 46, pr. *Iulianus* au début : *obligatio domino acquiritur*) et l'action correspondante (*actio adquiritorum*) pour un contrat de prêt conclu par son esclave. A noter que le D. 15, 1, 7, 6 *Ulpianus* et le D. 15, 1, 41 *Ulpianus*, indiquent que l'action du maître contre le tiers vise plus le côté personnel de l'obligation de l'esclave que le côté matériel de quasi-patrimoine du pécule. De plus, au D. 15, 1, 53 *Paulus*, que le pécule soit

pas. En effet, le tiers ne pourrait opposer aucune exception protectrice tirée du droit civil, mises à part l'*exceptio doli*, l'*exceptio non numeratae pecuniae*¹²³⁴, puis plus tard, l'*exceptio non adimpleti contractus*, si ni le maître, ni l'esclave n'ont encore offert d'exécuter leur prestation, et si le tiers n'a pas déjà exécuté la sienne.

En cas d'affranchissement¹²³⁵, la relation entre maître et esclave par le pécule est également rompue ; l'exécution par le tiers de sa prestation en mains de l'un ne le libérera plus auprès de l'autre, car il aura ainsi deux créanciers¹²³⁶, sauf s'il ignore le fait de l'affranchissement¹²³⁷. Il se gardera donc bien d'exécuter sa prestation en mains de l'esclave affranchi, qui n'a aucun moyen coercitif de faire valoir sa créance naturelle (non transformée d'office en créance civile au moment de son affranchissement). Inversement, le paiement de la dette naturelle par l'esclave affranchi ne pourra pas être répété¹²³⁸ et ne libérera pas son

cédé à l'affranchi ou retiré par l'*ademptio*, le maître semble bien conserver seul les actions directes ou contraires contre le tiers, à moins d'une cession explicite de ces dernières à l'affranchi.

¹²³⁴ Cf. : le D. 17, 1, 29, pr. *Ulpianus*, qui présente le problème en rapport avec une action en restitution d'un prêt, alors que celui-ci n'aurait pas été honoré. Dans ce cas, l'emprunteur pourrait valablement opposer une exception au prêteur qui l'actionnerait en remboursement.

Voir en outre à ce sujet : SCHMIDLIN/CANNATA, p. 96.

¹²³⁵ Voir les explications données dans la section « L'affranchissement », p. 292 ss.

¹²³⁶ Nous rappelons que le rapport adjectice ne passe pas automatiquement sur la tête de l'affranchi, même si celui-ci reçoit son pécule ; il faut un acte de cession de l'ancien maître. Le changement d'état n'influe pas sur le rapport de droit naturel acquis avant celui-ci, le rapport originaire ne se transformant pas en rapport de droit civil. La casquette de créancier naturel, devenu *sui iuris*, n'est par conséquent pas confondue avec la casquette de créancier civil. Cela signifie qu'il n'y a pas forcément correspondance entre les différents niveaux d'ordres normatifs et les états juridiques d'une personne.

¹²³⁷ Voir p. ex. : le D. 46, 3, 32 *Iulianus*, qui précise que le débiteur naturel d'un esclave sera libéré auprès du maître, s'il paie en mains de l'esclave une fois affranchi en ignorant que le pécule ne lui a pas été cédé, c.-à-d. probablement en ignorant que le maître n'a pas cédé en même temps à l'esclave son rapport de droit civil en lui cédant son pécule ; dans cette dernière hypothèse, cela aurait transposé sur la même personne simultanément la qualité de créancier de droit civil et de droit naturel.

¹²³⁸ En effet, ayant accédé au rang de *sui iuris*, s'il paie ce qu'il doit naturellement (en droit naturel), il ne pourra le répéter ; l'exécution de l'obligation naturelle entraîne valablement son effet civil empêchant la répétition. L'ancien principe de droit civil empêchant de rendre la situation de son maître plus mauvaise ne trouve en effet plus à s'appliquer, et le paiement fait ne peut évidemment pas être considéré comme boiteux.

ancien maître qui restera débiteur civil durant une année vis-à-vis du tiers¹²³⁹. On imagine que le maître pourrait opposer l'*exceptio doli* au tiers qui l'actionnerait alors que ce dernier aurait déjà reçu la prestation de la part de l'esclave affranchi.

Le tiers qui n'ignore pas que l'esclave a été affranchi prend plus de risques en exécutant son dû en mains du créancier naturel, car le créancier civil (le maître) pourra toujours l'actionner à raison du rapport adjectice, tandis que le tiers ne pourra pas répéter ce qu'il aurait déjà exécuté en mains du créancier naturel. Le résultat pervers pour le tiers consisterait peut-être à devoir supporter en fin de compte une double charge. De plus, si l'esclave est affranchi, que ce soit avec ou sans pécule, le tiers ne bénéficiera de l'action *de peculio* contre l'ancien maître que durant une année, après quoi, il perdrait son droit civil adjectice actionnable contre le *dominus*, pouvant au mieux espérer que l'affranchi veuille bien exécuter son obligation naturelle¹²⁴⁰.

Dans les autres cas, et notamment celui de l'aliénation de l'esclave, lorsque l'acquéreur reçoit l'esclave avec son pécule et qu'il le lui concède, le lien entre puissance et pécule n'est pas cassé, mais change simplement de titulaire ; dès lors, l'acheteur reprend en principe le rapport de droit adjectice civil qui liait l'ancien maître au tiers, l'ancien maître ne restant co-débiteur solidaire que pendant une année¹²⁴¹. Lorsque l'aliénateur garde le pécule, il conserve également le rapport de droit civil prétorien¹²⁴², tandis que l'esclave conserve son rapport de droit naturel. Dans la première hypothèse, l'acquéreur reprenant sera donc le créancier

¹²³⁹ Voir la section sur « l'extinction du pécule – l'*actio annalis* », p. 288 ss.

¹²⁴⁰ Dans ce cas évidemment, ce que l'affranchi lui donnerait de son propre patrimoine ne pourrait pas être répété. Voir la note 1238.

¹²⁴¹ Comme semble le sous-entendre le D. 15, 1, 47, 6 *Paulus*. Le tiers créancier du pécule conserve ainsi une double garantie : d'une part dans le patrimoine de l'ancien maître (vendeur) durant une année, d'autre part, dans le patrimoine d'un *sui iuris* devenu le nouveau maître de l'esclave (acheteur).

Voir à ce sujet : MICOLIER, p. 456 ss.

Voir en outre les sections « L'aliénation *sine peculio – cum peculio* », p. 289 ss, et « L'*actio annalis* », p. 394 ss.

¹²⁴² Toutefois limité du côté passif à une année : voir les sections « L'aliénation *sine peculio – cum peculio* », p. 289 ss, et « L'*actio annalis* », p. 394 ss.

solidaire civil de l'esclave acquis qui, lui, demeure créancier naturel ; cela permettra notamment au tiers d'exécuter sa prestation en mains de l'un et de se libérer envers l'autre.

En guise de synthèse, on peut simplement relever que l'effet de libération du tiers envers le maître ou envers l'esclave dépend du lien entre la puissance du *paterfamilias* et la concession d'un pécule administrable chez l'esclave. Si ce lien est rompu, le tiers ne se libérerait solidairement que s'il ignore cette rupture.

v. La cession de créance

Un texte encore fait état de la distinction des deux niveaux (naturel et civil) de rapports de droit ; au D. 15, 1, 51 *Scaevola*, le maître peut décider de céder en paiement à son créancier des actions qu'il a contre des tiers débiteurs (naturels) de son esclave¹²⁴³ :

*D. 15, 1, 51 Scaevola : Quod debetur servo ab extraneis, agenti de peculio non omnimodo dominus ad quantitatem debiti condemnandus est, cum et sumptus in petendo et eventus executionis possit esse incertus et cogitanda sit mora temporis quod datur iudicatis, aut venditionis bonorum, si id magis faciendum erit. ergo si paratus sit actiones mandare, absolvetur. [...].*¹²⁴⁴

Ce fragment met bien en évidence le double rapport de droit qui existe : civilement entre le tiers et le maître, et naturellement entre le tiers et l'esclave. En effet, la cession des actions au créancier du maître comporte le transfert de l'obligation adjectice¹²⁴⁵ du tiers débiteur « civil »

¹²⁴³ Au sujet de cette cession, voir : BUTI, p. 170.

¹²⁴⁴ Traduction : S'il est dû à l'esclave par un tiers externe, le maître contre qui des créanciers intentent l'action du pécule, ne doit point être condamné envers eux à payer en entier les sommes qui peuvent être dues à son esclave, car les frais de demande et d'exécution qu'il conviendra de faire pour obliger les débiteurs [de l'esclave] à payer ne peuvent point être fixés. D'ailleurs, il faut avoir égard aux délais qu'on accorde aux débiteurs condamnés et au temps nécessaire pour procéder à la vente des biens des débiteurs, si l'on s'en trouve réduit là. Donc, si le maître se déclare prêt à céder aux créanciers ses actions contre les débiteurs de son esclave, qu'il soit libéré. [...].

¹²⁴⁵ Il s'agit de l'obligation adjectice du tiers envers le maître actionnable, superposée à l'obligation naturelle non actionnable du débiteur naturel de l'esclave.

que le maître a acquise par le fait de son esclave¹²⁴⁶. Ce transfert, ou cette cession de créance civile, n'annule cependant pas le rapport de droit naturel de base qui existe entre le tiers et l'esclave. Dans cette hypothèse, comme les actions sortent du cercle familial et intéressent un créancier civil extérieur du maître, le paiement éventuel du tiers à l'esclave¹²⁴⁷ ne le libérera pas du lien « civil » adjectice transféré au créancier du *dominus*. Le tiers devrait donc être mis au courant du transfert pour lui éviter une éventuelle double charge à la suite de l'action de ce créancier.

vi. Les actes délictuels

Les actes de nature délictuelle commis par l'esclave n'engagent en principe pas de responsabilité du maître sur le pécule¹²⁴⁸, néanmoins, celui qui répondrait à l'action délictuelle par le paiement d'une indemnité (à la place de l'abandon noxal) pourra déduire cette créance sur le pécule de son esclave¹²⁴⁹.

¹²⁴⁶ Dans le même sens, voir : le D. 15, 1, 53 *Paulus*, qui indique que le maître doit céder ses actions à son esclave affranchi pour que ce dernier puisse actionner civilement ses débiteurs anciennement naturels. Nous constatons donc que l'affranchissement n'entraîne pas en soi le transfert du rapport de droit civil adjectice né sur la tête du *dominus*, même si l'esclave est affranchi avec son pécule, mais que le rapport de droit naturel non actionnable reste fixé en la personne de l'affranchi.

¹²⁴⁷ Que le tiers ne pourra d'ailleurs pas répéter en vertu du droit naturel.

¹²⁴⁸ En ce sens, voir : le D. 50, 17, 58 *Ulpianus*, qui l'indique tout à fait clairement. Le pécule est spécialement réservé à la responsabilité contractuelle. L'Édit de *peculio* se base en effet sur la notion de *negotium* pour fonder l'action de *peculio* : cf. p. ex. le D. 15, 1, 1, 2 *Ulpianus*. Toutefois, lorsque le délit est lié au contrat lui-même, l'action de *peculio* (*aedilitia*) semble possible comme cela résulte du D. 21, 1, 23, 4 *Ulpianus*.

Voir aussi en ce sens : MANDRY, II, p. 232 ss ; BUCKLAND, p. 209, qui précise que l'action de *peculio* n'est pas le remède propre pour réparer un délit pur, mais qu'en cas de délit contractuel ou quasi-contractuel, l'action est donnée ; MICOLIER, p. 681 ss, qui estime que l'Édit ne vise que les *negotia*, mais pense qu'une *actio de peculio* était néanmoins donnée dans le cas où l'acte délictuel était lié au *negotium*.

¹²⁴⁹ Voir en ce sens : le D. 33, 8, 16, pr. *Africanus*, qui précise que le maître pourra déduire sur le pécule du vicaire ce qu'il aura payé à titre d'indemnité pour le dommage que celui-ci aura causé à un tiers. Dans le même sens, voir : le D. 15, 1, 11, pr. *Ulpianus*. Toutefois, au D. 15, 1, 3, 12 *Ulpianus* (*Labeo*), il apparaît que le maître peut être tenu de *peculio in quantum locupletior dominus factus esset ex furto facto*, ce qui à proprement parler n'a rien à voir avec l'action ordinaire de *peculio* qui vise l'estimation globale de ce qui reste dans le pécule le jour de la condamnation. Ici, cela ressemble plus à une action donnée pour *versum* au pécule, issue d'un délit. Dans le même sens, voir : le D. 19, 1, 30, pr. *Africanus* 2^e partie.

Cette déduction n'a qu'une portée interne, regardant le maître et l'esclave, et elle ne se fait que de manière indirecte sur le pécule de celui-ci¹²⁵⁰. Les relations juridiques du rapport interne peuvent avoir différentes causes, qui ne sont pas toutes d'ordre contractuel et commercial ; on y reconnaît le plus souvent toutes sortes d'obligations de droit naturel¹²⁵¹, et notamment délictuelles¹²⁵².

Lorsque l'esclave est affranchi, l'obligation purement délictuelle le suivra civilement en sa propre personne de manière automatique, tandis qu'il ne sera normalement pas obligé d'office civilement par ses contrats¹²⁵³.

¹²⁵⁰ Voir la note 1249.

¹²⁵¹ *Nota bene* : La terminologie d'« obligations de droit naturel » n'est peut-être pas la plus heureuse. Il conviendrait plutôt d'écrire « obligations naturelles »... En effet, il n'y a pas, à notre connaissance, de source qui traite à proprement parler d'*obligatio iuris naturalis* !

¹²⁵² En effet, au D. 15, 1, 9, 6 *Ulpianus*, le vol d'argent que l'esclave commettrait à l'égard de son maître fondera vraisemblablement une créance de droit naturel que ce dernier pourra déduire du pécule de son esclave débiteur. Dans le même sens, voir : le D. 15, 1, 27, 1 *Gaius*, qui traite du cas d'un esclave qui a détérioré certains biens de son pécule après la mort de son maître et avant l'acceptation de la succession. Si le maître avait été actionné de *peculio* avant de mourir, l'héritier pourrait déduire la dette délictuelle naturelle de l'esclave issue du dommage causé au pécule. Voir aussi et toujours dans le même sens : le D. 47, 4, 1, 2 *Ulpianus (Labeo)*, pour le cas d'un esclave affranchi, développé en note 85. Voir encore : le D. 19, 1, 30, pr. *Africanus* 1^{ère} partie, qui indique clairement que le vol fait par l'esclave diminue de plein droit son pécule de la somme dont il est devenu débiteur (naturel) envers son maître relativement à son délit.

Voir en outre la section « Les rapports entre maître et esclave », p. 354 ss, au sujet des actes « civils » illicites.

¹²⁵³ Voir en ce sens : le D. 44, 7, 14 *Ulpianus*, qui est tout à fait clair à ce sujet. Quant aux obligations issues des contrats conclus avec des tiers, elles ne persistent que naturellement en la personne de l'affranchi (cf. p. ex. : le D. 34, 3, 28, 7 *Scaevola (Clandius)*). Toutefois, au D. 3, 5, 18, 1 *Paulus (Scaevola, Sabinus)*, l'esclave semble libéré des actes frauduleux relatifs aux conventions qu'il aurait conclues durant son esclavage. Il semble que ce texte traite d'actes délictuels rattachés aux contrats. Dès lors, si l'esclave n'est pas tenu des obligations civiles après son affranchissement, il ne le sera pas non plus des accessoires (c.-à-d. desdits actes délictuels corrélatifs).

Voir en outre les notes 1014 et 1015.

E. Les rapports internes

Le droit prétorien permet à l'esclave de s'engager naturellement dans un rapport bilatéral avec un tiers ; en parallèle se crée alors un rapport de droit civil adjectice¹²⁵⁴. L'autonomie contractuelle de l'esclave conférée par l'institution du pécule a également un impact interne, puisqu'elle crée des rapports juridiques entre lui et son maître.

Il n'est dès lors pas rare de rencontrer quelques paradoxes juridiques : en effet, si le pécule est partie intégrante du patrimoine du maître, comment concevoir que celui-ci puisse devenir créancier, voire débiteur de son propre esclave, comme le sous-entendent forcément les règles de la déduction ? Devient-il alors créancier ou débiteur de lui-même ? Peut-on considérer que l'esclave devienne en partie sujet de droit « civil », grâce aux règles du prêteur ?

Autant le maître que son esclave sont des êtres humains ; le prêteur ne pouvant nier cet état de fait a donc construit tout un système de règles prétoriennes destinées à encadrer les relations internes, fondées sur le droit naturel. On peut cependant observer que le pouvoir « absolu » du maître s'en trouve amoindri, puisqu'il sera contraint d'accepter certaines règles et effets que ne dicte pas sa seule volonté. De plus, on ne peut nier que l'institution du pécule, conférant une grande autonomie à l'esclave, esquisse simultanément les contours d'une quasi-personnalité de l'esclave distincte de celle de son maître¹²⁵⁵.

a. *Les rapports entre maître et esclave*

De manière générale, un texte de Gaius nous rappelle la règle : il ne peut naître aucune obligation civile entre la personne qui se trouve « en puissance » et le *dominus* :

¹²⁵⁴ Voir la section « Les caractéristiques de l'obligation naturelle », p. 179 ss.

¹²⁵⁵ Plusieurs textes font état de ce « quasi » (quasi-patrimoine p. ex.), révélateur de cette ambiguïté démontrant parfois l'embarras des juristes de l'époque classique, lorsqu'ils traitent du statut de l'esclave.

Dans le sens d'une reconnaissance de plus en plus marquée de la personnalité de l'esclave, voir : MICOLIER, p. 537 ; MARTINI, LABEO 26 (1980), p. 104, qui constate que durant l'époque classique, les esclaves étaient des quasi-sujets de droit.

Gai. 4, 78 : Sed si filius patri aut servus domino noxam commiserit, nulla actio nascitur : nulla enim omnino inter me et eum, qui in potestate mea est, obligatio nasci potest ; ideoque et si in alienam potestatem pervenerit aut sui iuris esse coeperit, neque cum ipso neque cum eo, cuius nunc in potestate est, agi potest. [...].¹²⁵⁶

Certes, ce texte commence par parler d'une obligation délictuelle, mais il semble reprendre ensuite un concept général selon lequel il ne peut pas naître d'obligations entre le maître et son esclave. Les obligations que décrit ce texte sont évidemment des obligations civiles (*lato sensu*), en atteste l'énonciation de la possibilité d'actionner. De là, il s'ensuit que les obligations internes ne peuvent et ne doivent être entendues que comme des obligations (ou dettes) naturelles :

D. 15, 1, 11, 2 Ulpianus : [...] naturalia enim debita spectamus in peculii deductione [...].¹²⁵⁷

D. 35, 1, 40, 3 Iavolenus (Namusa, Servius) : Dominus servo aureos quinque eius (sic) legaverat : " heres meus Stichus servo meo, quem testamento liberum esse iussi, aureos quinque, quos in tabulis debeo, dato ". nihil servo legatum esse Namusa Servium respondisse scribit, quia dominus servo nihil debere potuisset : ego puto secundum mentem testatoris naturale magis quam civile debitum spectandum esse, et eo iure utimur.¹²⁵⁸

¹²⁵⁶ Traduction : Le dommage causé par le fils au père ou par l'esclave au maître n'engendre aucune action, car en aucun cas, il ne peut naître d'obligation entre une personne et une autre placée sous sa puissance. Il s'ensuit que, même s'il passe sous la puissance d'un tiers ou devient autonome (*sui iuris*), il ne peut y avoir d'action, ni contre lui, ni contre celui sous la puissance duquel il se trouve désormais.

¹²⁵⁷ Traduction : [...] On considère en effet les dettes naturelles lors de la déduction au pécule : [...].

¹²⁵⁸ Traduction : Un maître a légué cinq pièces d'or de la manière suivante : « Mon héritier donnera à mon esclave Stichus, que j'ai affranchi par testament, cinq pièces d'or dont je lui suis redevable selon les livres de compte. » Namusa rapporte que Servius a dit que le legs était nul, car le maître ne peut rien devoir à son esclave. Quant à moi, je pense qu'en suivant la volonté du testateur, il faille entendre plus la dette naturelle que celle de droit civil. Tel est l'usage.

Le premier texte traite des dettes de l'esclave envers son maître, tandis que le second aborde la question du maître débiteur de son esclave. Dans les deux cas, les jurisconsultes se rapportent à l'obligation (ou dette) naturelle¹²⁵⁹ ; nous pouvons donc en conclure que les relations internes sont gouvernées par le droit naturel s'appliquant tant au maître qu'à l'esclave¹²⁶⁰. De manière générale, dans tous les cas où l'esclave et le maître sont réciproquement créancier et débiteur l'un de l'autre, le maître pourra toujours déduire¹²⁶¹ ce que son esclave lui doit¹²⁶² ; mais inversement, le maître sera toujours libre de décider de ne pas rester

¹²⁵⁹ Voir aussi : le D. 12, 6, 64 *Tryphoninus*, qui souligne que l'obligation naturelle du maître envers son esclave (*naturale debitum*) ne permettra pas la répétition, si elle est exécutée après l'affranchissement. Dans le même sens, voir : le D. 12, 6, 38, 1-2 *Africanus*, qui précise par analogie que l'obligation naturelle (*manere naturalem obligationem*) du père envers son fils ou du fils envers son père persiste même après son émancipation, empêchant la répétition si elle est exécutée ; le D. 44, 7, 14 *Ulpianus*, semblant aussi pouvoir s'appliquer pour les rapports internes, et qui indique donc, de manière générale, que les esclaves s'obligent et obligent naturellement ; le D. 35, 2, 56, 2 *Marcianus*.

¹²⁶⁰ En ce sens, voir : MANDRY, II, p. 153 ; BUCKLAND, p. 188, qui rapporte que les rapports entre maître et esclave sont valables pour autant qu'ils soient construits « *naturaliter* » ; MICOLIER, p. 612 ss ; KASER, I, § 67 III 3, p. 287, § 113 II, p. 480 s. et § 141 II 1, p. 607 ; BUTI, p. 3 ss ; MARTINI, LABEO 26 (1980), p. 104 ss ; MANTELLO, p. 183 ss, BURDESE, Studi Sanfilippo I, p. 72 et 92 ss, ainsi que BURDESE, Studi Biscardi I, p. 147 ss, qui soulignent la controverse entre les Sabiniens qui reconnaissaient les dettes du maître envers son propre esclave, contrairement aux Proculiens. Inversement, les Proculiens admettaient les dettes de l'esclave envers le maître en contrepartie de l'autonomie accordée par le *dominus* aux esclaves par la concession de l'*administratio* (cf. BURDESE, Studi Biscardi I, p. 169).

¹²⁶¹ Voir la section « *Le ius deductionis* », p. 364 ss.

¹²⁶² Voir, pour des textes faisant état de dettes de l'esclave envers le maître p. ex. : le D. 12, 6, 38, 1 *Africanus*, pour le cas analogique du fils de famille, obligé naturellement vis-à-vis de son père ; le D. 15, 1, 27, 7 *Gaius (Iulianus)* ; le D. 15, 1, 54/58 *Scaevola* ; le D. 15, 1, 4, 1/5 *Ulpianus* et le D. 33, 8, 6, 1 *Ulpianus* à la fin, où le maître peut remettre une dette de son esclave de sa seule volonté ; le D. 15, 1, 5, 4 *Ulpianus (Tubero, Celsus)* ; le D. 15, 1, 9, 2 *Ulpianus* ; le D. 15, 1, 9, 3 *Ulpianus (Servius)*, qui précise que ce qu'un esclave doit à un autre esclave du même maître, constitue une créance du maître déductible (cf. la section « Les rapports entre esclaves du même maître », p. 363 ss) ; le D. 15, 1, 9, 4 *Ulpianus (Pedinus)*, qui précise que le maître peut déduire, car il n'est pas vraisemblable qu'il abandonne au pécule ce qui peut lui être dû ; le D. 15, 1, 9, 6 *Ulpianus*, qui parle d'une dette issue d'un reliquat de compte (cf. la note 1267) ; le D. 33, 8, 6, 4 *Ulpianus (Pegasus, Nerva, Gneus Domitius, Atilicinus)* ; le D. 33, 8, 6, 5 *Ulpianus*. Voir encore : le D. 15, 1, 47, 5 *Paulus*, qui prévoit que le maître, après avoir aliéné l'esclave sans son pécule, puisse déduire, au moment où il est actionné de *peculio annalis*, ce que ce dernier lui doit avant la vente. Le texte indique que ce que l'esclave devrait au maître aliénateur après la vente ne serait pas considéré comme une dette « interne », soit une dette naturelle envers le *dominus*.

débiteur de son esclave¹²⁶³, sous réserve de la compensation toujours certaine¹²⁶⁴.

Le D. 15, 1, 49, 2 *Pomponius*, indique toutefois que ces dettes ou obligations naturelles doivent reposer sur une cause civile, c'est-à-dire se fonder sur un rapport de droit « civil » possible entre deux *sui iuris*¹²⁶⁵ :

*D. 15, 1, 49, 2 Pomponius : Ut debitor vel servus domino vel dominus servo intellegatur, ex causa civili computandum est : ideoque si dominus in rationes suas referat se debere servo suo, cum omnino neque mutuuum acceperit neque ulla causa praecesserat debendi, nuda ratio non facit eum debitorem.*¹²⁶⁶

Il apparaît en effet qu'une reconnaissance de dette purement abstraite et sans cause, inscrite par exemple sur les comptes¹²⁶⁷, ne peut valablement créer de lien de droit naturel entre le maître et l'esclave¹²⁶⁸.

¹²⁶³ Voir en ce sens : le D. 15, 1, 7, 6 *Ulpianus*, où il apparaît évident que la volonté du maître est prédominante. Dans le même sens : le D. 33, 8, 6, 4 *Ulpianus* (*Pegasus, Nerva, Gneus Domitius, Atilicinus*), qui présente le rescrit d'un Prince tendant à une protection du maître contre les créances de son esclave. Toutefois, il semble que ce qu'acquiert le maître au nom et pour le compte de son esclave soit présumé entrer dans le pécule (*in peculium servi erit conversum*), à moins que le *dominus* ne s'y soit expressément opposé. Mais pour que le transfert du patrimoine propre du maître au pécule soit effectif, il est nécessaire que le maître ait la volonté naturelle de donner à son esclave : cf. le D. 15, 1, 8 *Paulus*.

Voir en outre : BUCKLAND, p. 205 et 220 ; MICOLIER, p. 742 ; BUTI, p. 169 s. et 180.

¹²⁶⁴ Cf. : le D. 33, 8, 6, 4 *Ulpianus* (*Pegasus, Nerva, Genus Domitius, Atilicinus*) au milieu.

Voir au sujet de la compensation : MICOLIER, p. 750.

¹²⁶⁵ Voir à ce sujet : BUCKLAND, p. 211 ; MICOLIER, p. 739 ss et 748 s. ; BURDESE, *Studi Sanfilippo I*, p. 90 s., qui rappelle qu'il faut interpréter le terme « *civilis* » de manière large, c.-à-d. y inclure aussi les rapports reconnus par le droit prétorien. Nous pensons en effet que le *civilis* doit être compris *lato sensu*, raison pour laquelle nous l'avons encadré de guillemets.

¹²⁶⁶ Traduction : Pour que l'esclave soit débiteur vis-à-vis de son maître, ou le maître débiteur vis-à-vis de son esclave, il faut que la cause qui donne lieu à la dette résulte du droit civil. Ainsi, si un maître inscrit sur son registre qu'il doit à son esclave, sans qu'il ne s'agisse de prêt, ni de toute autre cause qui puisse donner lieu à cette dette, la simple mention faite sur son registre ne le rend pas débiteur de son esclave.

Voir aussi : le D. 39, 5, 26 *Pomponius*.

¹²⁶⁷ A noter que le D. 15, 1, 58 *Scaevola* et le D. 15, 1, 9, 6 *Ulpianus*, mentionnent l'existence d'une dette résultant d'un reliquat de compte. Il ne faut cependant pas confondre ce qui est inscrit sur un compte sur la base d'une cause, et ce qui l'est sans cause. Ces textes ne semblent *a priori* pas indiquer que l'inscription a eu lieu sans cause.

A la lumière des textes, cette cause civile semble donc pouvoir résulter d'un acte illicite, d'un enrichissement illégitime, de contrats existants en droit civil *lato sensu* conclus par le subordonné avec son *dominus*, ou encore du rapport de solidarité entre maître et esclave liés par le pécule, voire d'une gestion d'affaires sans mandat¹²⁶⁹.

Quant aux actes « civils »¹²⁷⁰ illicites, ce que le maître devrait payer pour réparer le dommage issu d'un acte délictueux de l'esclave fonderait une créance naturelle contre ce dernier à faire valoir sur le pécule par déduction¹²⁷¹. Le délit commis par l'esclave contre son maître, par exemple un vol, entraîne une créance naturelle du maître que ce dernier pourra déduire¹²⁷². Inversement, l'esclave pourrait devenir créancier

¹²⁶⁸ Voir, dans le même sens : le D. 15, 1, 4, 1 *Pomponius* à la fin, qui refuse de reconnaître la dette naturelle du maître qui se fait passer pour le débiteur de son esclave (dans le texte *quasi-debitor*) par ses seules paroles. Il paraît évident que Pomponius insiste ici sur le fait que la dette doit reposer sur une véritable cause. Dans le même sens toujours, voir : le D. 15, 1, 58 *Scaevola*, qui semble indiquer que les esclaves sont débiteurs de leur maître à plusieurs titres et entre autres pour les inscriptions aux livres de compte (*tam ex aliis causis quam ex ratione kalendarii*). Mais, au moment de l'affranchissement, il ne faut pas qu'un reliquat de compte négatif reposant sur une cause incertaine empêche l'esclave d'accéder à la liberté. Si l'esclave à affranchir paie ou donne caution, il sera libre.

Certains textes évoquent seulement le fait que le maître est débiteur de l'esclave, sans préciser la cause de cette obligation, mais nous tenons toutefois à souligner que cela ne signifie pas qu'il n'y a pas de cause « civile » à la base de ce rapport : voir p. ex. le D. 12, 6, 38, 2 *Africanus*, pour le cas analogue du fils de famille ; le D. 35, 1, 40, 3 *Iavolenus* (*Namusa, Servius*), qui parle d'une dette du maître inscrite de manière comptable sur les *tabulas* ; le D. 12, 6, 64 *Tryphonius* ; le D. 15, 1, 17 *Ulpianus* (*Proculus, Atilicinus, Servius*) à la fin.

A ce sujet, voir : BUCKLAND, p. 220, qui indique qu'une simple écriture sans cause ne suffit pas.

¹²⁶⁹ Les textes traitant de la question du *ius deductionis* font le plus souvent référence aux différentes causes dont il est ici question.

Voir : BUCKLAND, p. 221, qui indique que les dettes déductibles peuvent avoir toutes sortes d'origines.

¹²⁷⁰ A comprendre au sens large.

¹²⁷¹ Voir en ce sens : Gai. 4, 78, cité plus haut dans le corps du texte, et le D. 15, 1, 11, pr. *Ulpianus*.

En ce sens aussi : BUCKLAND, p. 222.

Voir en outre la section « Les actes délictuels », p. 352 ss.

¹²⁷² En ce sens, voir : le D. 15, 1, 4, 3/4 *Pomponius* ; le D. 15, 1, 9, 6 *Ulpianus* ; le D. 15, 1, 27, 1 *Gaius*, où il en va de même à l'égard des héritiers dont la succession aurait subi un dommage du

naturel de son maître s'il payait pour réparer un dommage causé par lui à autrui¹²⁷³. Par contre, si le maître cause un dommage à son propre esclave ou s'il lui vole quelque chose, il ne deviendra pas forcément débiteur (naturel) de l'esclave et de son pécule¹²⁷⁴. Sans doute peut-on voir ici une réminiscence du principe de la puissance absolue du maître sur son *servus*, principe hérité des règles de l'ancien droit civil, toujours applicables à l'époque classique¹²⁷⁵.

S'agissant des actes « civils » dits d'enrichissement illégitime, l'esclave deviendrait débiteur naturel de son maître s'il devait acquérir et inscrire à tort sur son compte « pécule » ce qui normalement devrait l'être directement sur le compte du patrimoine propre du *dominus*, comme c'est le cas par exemple des actes conclus sur la base du *iussum* ou la *praepositio* de ce dernier¹²⁷⁶. Si l'esclave possède un pécule, le maître

fait de l'esclave. Inversement, le D. 15, 1, 9, 7 *Ulpianus*, indique que si l'esclave se mutilé lui-même ou se suicide, le maître ne pourra rien déduire, si ce n'est dans une certaine mesure les frais qu'il aurait engagés pour le soigner.

En ce sens aussi : MANDRY, II, p. 381 s. ; BUCKLAND, p. 193 et 222 s. ; MICOLIER, p. 741 s.

Voir en outre la note 1252.

¹²⁷³ En effet, la solidarité active du maître et de l'esclave *cum peculio* fait que si l'un paie pour le compte de l'autre, il aura une créance naturelle interne « récursaire » contre lui. Mais lorsque c'est le maître qui est le débiteur naturel de son esclave, il peut choisir de ne pas le rester : cf. la note 1263.

Voir en outre plus bas dans le corps du texte pour le cas du lien de solidarité provenant du rapport péculier et la section « Les liens entre le rapport naturel et le rapport civil – effet de solidarité et de libération », p. 346 ss.

¹²⁷⁴ En ce sens, cf. : le D. 15, 1, 9, pr. *Ulpianus*, qui précise que le dommage ou le vol que le maître commettrait à l'encontre de son esclave ne serait pas porté en compte du pécule. Voir toutefois : le D. 15, 1, 21, pr. *Ulpianus (Mela)*, qui semble indiquer que, par raison d'équité, le prêteur compte comme faisant partie du pécule tout ce qui ne s'y trouve pas à cause de la mauvaise foi du maître, notamment en cas d'ademption injustifiée. Mais dans cette hypothèse, les pertes ou le « non-acquis » semblent devoir être pris en compte plus en faveur du tiers créancier qu'envers l'esclave. Le *servus* ne serait donc qu'indirectement créancier naturel de son maître ; la règle a plutôt ici une portée objective de protection du tiers. Dans le même sens, voir : le D. 15, 1, 9, 4 *Ulpianus (Pedius)* ; le D. 15, 1, 26 *Paulus*.

Voir en ce sens : BUCKLAND, p. 218 et 222.

¹²⁷⁵ En ce sens, cf. : MICOLIER, p. 740.

¹²⁷⁶ Voir p. ex. : le D. 15, 1, 11, 2 *Ulpianus*, qui précise que ce que l'esclave exige d'un débiteur de son maître fondera une créance naturelle de ce dernier contre son esclave, créance qu'il pourra déduire du pécule. Il faut cependant que le maître ait ratifié ce que l'esclave a exigé du débiteur, car sinon, cet acte étant nul, l'effet de solidarité ne jouerait pas dans ce cas ; en effet, il n'y a pas

peut user de son droit de déduction pour faire valoir ses créances naturelles contre le *servus*¹²⁷⁷, à moins qu'il ne décide de retirer tout simplement le pécule par *ademptio* et le prendre en paiement¹²⁷⁸. Inversement, le maître deviendrait débiteur naturel de l'esclave s'il ne lui donnait ou n'inscrivait pas au compte pécule ce qui doit lui revenir, par exemple en recevant d'un tiers ce qui est dû à l'esclave ou son pécule¹²⁷⁹, ou en n'exécutant pas la contre-prestation issue de la convention qu'il aurait conclue avec lui. Toutefois, dans cette hypothèse, il n'appartient qu'au bon vouloir du maître de rester débiteur naturel de son esclave¹²⁸⁰.

Par rapport aux actes « civils » contractuels bilatéraux et internes, il semble évident que l'esclave et le maître deviennent réciproquement créancier et débiteur naturels l'un de l'autre, comme en atteste le D. 15,

de rapport adjectice, le débiteur dont parle le texte étant le débiteur direct du maître et non pas adjectice. Ainsi, si le maître ne ratifie pas, il pourrait (ré-)exiger directement du débiteur ce qui aurait été exécuté en mains de l'esclave, mettant le débiteur en difficulté de devoir supporter une double charge ou de répéter ce qu'il aurait en effet donné au *servus*, soumis en principe au *ius adquirendi*. A tout le moins, si le maître doit quelque chose à ce débiteur, p. ex. sur la base d'un acte bilatéral, ce dernier pourrait tenter de démontrer qu'il y a eu *versum*.

Voir aussi : BUCKLAND, note 3, p. 222.

¹²⁷⁷ En ce sens, cf. : le D. 15, 1, 9, 2 *Ulpianus* ; le D. 15, 1, 9, 8 *Ulpianus (Iulianus, Marcellus)*.

¹²⁷⁸ En ce sens, voir : le D. 15, 1, 8 *Paulus* à la fin ; le D. 15, 1, 11, 5 *Ulpianus (Iulianus)* à la fin ; le D. 15, 3, 5, 3 *Ulpianus*, qui précise que l'*ademptio* ne créerait pas non plus de *versum*.

¹²⁷⁹ Voir p. ex. : le D. 15, 1, 7, 5 *Ulpianus (Labeo)*, qui considère que la créance issue d'un vol au pécule par un étranger, de même que les successions ou les legs échoient au pécule (*in peculium computabitur*) ; le D. 15, 1, 7, 6 *Ulpianus*, qui donne en exemple le cas d'une dépense de l'esclave effectuée pour le compte de son maître ayant augmenté son patrimoine propre, le résultat d'une condamnation d'un débiteur de l'esclave inscrite au compte du patrimoine propre du *dominus*, ou encore ce que le maître refuserait d'actionner pour une créance de son esclave (c.-à-d. de son pécule). Dans ces deux cas, l'esclave devient créancier naturel de son maître. Dans le même sens, cf. : le D. 33, 8, 6, 4 *Ulpianus (Pegasus, Nerva, Gneus Domitius, Atilicinus)* ; le D. 40, 7, 3, 2 *Ulpianus (Labeo, Servius, Cassius)*, qui indique que ce que le maître refuserait de rendre à son esclave créancier n'empêcherait pas à celui-ci de racheter sa liberté. Voir aussi : le D. 15, 3, 7, 1 *Ulpianus*, où l'esclave qui se charge de payer pour le compte de son maître deviendrait en effet son créancier naturel s'il n'avait pas l'intention de le faire dans un but de libéralité. Ici, l'acte de donation interne supprime ce rapport de droit naturel.

En ce sens, voir : BUCKLAND, p. 193 ; BUTI, p. 143 et 175 s. ; MARTINI, LABEO 26 (1980), p. 105.

¹²⁸⁰ Cf. la note 1263.

1, 49, 2 *Pomponius*, cité plus haut, lorsqu'il indique le contrat de prêt (*mutuum*)¹²⁸¹.

Le lien de solidarité provenant du rapport dit « péculier »¹²⁸² entre maître et esclave entraîne pour le maître la possibilité de déduire du pécule ce dont il se serait chargé spontanément pour le compte de l'esclave, c'est-à-dire pour un acte visant le pécule de l'esclave¹²⁸³. En effet, en accomplissant la prestation, le maître exécute valablement, non seulement son obligation adjectice « civile », mais il libère l'esclave de son obligation naturelle directe rattachée au pécule ; il prend en quelque sorte la place du tiers créancier naturel par effet de subrogation¹²⁸⁴. De même,

¹²⁸¹ Cf. : le D. 15, 1, 9, 6 *Ulpianus*, qui précise très clairement que l'esclave peut être débiteur de son maître à cause d'un contrat (*ex contractu quid domino debeat*). De plus, le D. 44, 7, 14 *Ulpianus*, à notre avis applicable également aux rapports internes, rappelle que les esclaves s'obligent et obligent naturellement par leurs contrats, notamment un prêt.

En ce sens, voir : BUCKLAND, p. 193.

¹²⁸² Cf. en latin : *peculiariter*. Voir p. ex. le D. 41, 2, 3, 12 *Paulus*, qui emploie cette terminologie.

¹²⁸³ Voir p. ex. : le D. 15, 1, 9, 8 *Ulpianus* (*Iulianus, Marcellus*), qui précise que, lorsque le maître a autorisé l'esclave à acquérir un prêt à faire entrer dans son pécule, il deviendra créancier naturel de l'esclave pour le montant de l'obligation de remboursement, car cette obligation vise uniquement le *dominus* civilement à cause de son *iussum*, l'esclave n'étant dans ce cas pas lui-même débiteur naturel du tiers. Le maître s'est en quelque sorte chargé, par l'entremise de son *iussum*, d'obtenir quelque chose d'un tiers pour son esclave. Comme c'est l'esclave qui a bénéficié du prêt comptabilisé au pécule, le maître a une créance naturelle contre lui équivalente à ce qu'il doit au tiers *quod iussu*, sauf si le prêt finit par être employé pour le compte du maître (*versum*) avant l'ouverture d'action du tiers, car dans ce cas, il doit compenser sa créance naturelle comme s'il s'était payé. Il en va de même du maître qui se serait porté fidéjusseur de son esclave. Toujours au D. 15, 1, 9, 8 *Ulpianus* (*Iulianus, Marcellus*) à la fin, il apparaît clairement que ce que le maître paierait pour son esclave, même sans y être condamné, pourra être déduit. Voir encore : le D. 15, 1, 11, 5 *Ulpianus* (*Iulianus*), qui indique que le *dominus* déduira du pécule ce qu'il a dû payer au nom et pour le compte de son esclave à un tiers qui l'actionnerait de *peculio*. Ici, nous prenons en compte l'hypothèse du paiement avant condamnation, dans le sens où *conventus de peculio* signifie « être actionné », et pas encore forcément « condamné ».

Voir aussi : MANDRY, II, p. 382 s.

¹²⁸⁴ Voir le parallèle avec l'acte de gestion en faveur de l'esclave : cf. la note 1289. A noter que l'effet de solidarité (ici des débiteurs) est toujours donné lorsque le maître gère une affaire du pécule pour le compte de l'esclave vis-à-vis d'un externe ; en effet, le lien créé par l'intermédiaire du pécule fait que le maître qui paierait spontanément un créancier de l'esclave, se libère de son obligation adjectice actionnable et libère parallèlement son esclave de la créance naturelle du tiers, créance qu'il reprend d'une certaine manière sur sa tête (correspond en quelque sorte à une « reprise de dette ») et qu'il déduira sur le pécule. Inversement, au D. 13, 5, 19, 2 *Paulus* et le D. 13, 5, 20 *Paulus*, le pécule ne sera pas diminué par la promesse qu'assumerait le maître de payer le tiers par « pacte de constitut », car cette promesse ne dépend pas du lien péculier, elle consiste en

s'il est condamné, le montant de cette condamnation¹²⁸⁵ formera en quelque sorte une créance naturelle « récursoire » contre l'esclave qu'il pourra déduire lors de la prochaine condamnation *de peculio*¹²⁸⁶. Inversement, ce que l'esclave paierait lui-même naturellement ne fondera aucune créance naturelle contre le maître, puisqu'il ne ferait qu'exécuter la prestation directe du contrat pour lequel il s'est engagé *peculiariter*, ayant normalement dû recevoir la contreprestation du tiers dans son pécule¹²⁸⁷. Si l'esclave reçoit quelque chose ou un paiement qui devrait entrer dans le patrimoine propre du *dominus*, mais l'inscrit sur le compte du pécule, le maître pourra le déduire¹²⁸⁸.

Enfin il semble que, lorsqu'on se trouve en présence d'une gestion d'affaires sans mandat, si le maître s'engage à payer spontanément au tiers ce que l'esclave doit de son pécule¹²⁸⁹, ou s'il gère les affaires de l'esclave pour sauvegarder le pécule ou l'esclave lui-même, alors naîtra

une nouvelle obligation (cause parallèle) pour laquelle le tiers aura une action spécifique (et non pas *de peculio*) qui n'est pas influencée par les changements survenus au pécule.

Au sujet de la subrogation, voir : BUTI, p. 200.

¹²⁸⁵ Payé ou non encore payé : en effet, le D. 15, 1, 9, 8 *Ulpianus (Iulianus, Marcellus)*, indique simplement que le maître est tenu du résultat du jugement, sans indiquer que le montant de la condamnation a été payé.

¹²⁸⁶ En ce sens, voir : le D. 15, 1, 9, 8 *Ulpianus (Iulianus, Marcellus)* 2^e moitié, qui indique clairement que ce que le maître paiera ou ce qu'il serait obligé à payer à la suite d'une condamnation, pourra être déduit sur la prochaine action *de peculio*. En ce sens, aussi : le D. 15, 1, 10 *Gaius a contrario* ; le D. 15, 1, 11, pr. *Ulpianus* ou encore le D. 15, 1, 11, 5 *Ulpianus (Iulianus)*, si l'on admet que *conventus de peculio* puisse signifier « condamné ».

Voir aussi : BUCKLAND, p. 226.

¹²⁸⁷ Si la contreprestation devait être indûment inscrite au compte du patrimoine propre du maître (*si forte in domini rationem impendit*), elle ne pourra être reversée au pécule que du bon vouloir du maître : cf. le D. 15, 1, 7, 6 *Ulpianus* et les développements de la note 1263.

Voir en outre : BUTI, p. 181 s., qui précise que l'esclave peut assumer seul l'exécution de la convention qu'il a conclue *peculiariter nomine*.

¹²⁸⁸ La règle est la même qu'en cas d'enrichissement illégitime : cf. les notes 1276 et 1277.

¹²⁸⁹ Cf. : le D. 15, 1, 11, 1 *Ulpianus*, qui précise que ce que le maître promet de payer pour le compte de l'esclave, c'est-à-dire pour son pécule, le rendra créancier de l'esclave. L'acte de gestion du maître en faveur d'une affaire regardant le pécule, ici la promesse de payer un créancier de l'esclave (ou du pécule), fonde une créance naturelle déductible. Il en va de même si le maître se porte fidéjusseur de l'esclave : cf. le D. 15, 1, 9, 8 *Ulpianus (Iulianus, Marcellus)* et les explications relatives à ce texte à la note 1350.

En ce sens, voir : BUCKLAND, p. 221 s.

une créance de droit naturel du *dominus* déductible contre son *servus*¹²⁹⁰. Inversement, si l'esclave venait à administrer les affaires de son maître « sans mandat » et inscrivait l'acquis au pécule, le maître pourrait déduire ce que l'esclave (devenu débiteur naturel) aurait acquis pour son compte (du *dominus*) et inversement annuler le cas échéant les engagements souscrits sans autorisation ou « préposition »¹²⁹¹. Dans ce cas, on observera souvent l'application de l'institution du *versum*, donnant notamment au tiers qui aurait exécuté sa prestation la possibilité d'attaquer le maître *de in rem verso*¹²⁹².

b. Les rapports entre esclaves du même maître

Le système romain du pécule accorde une telle autonomie aux esclaves qu'il n'est pas exclu de les voir conclure des actes entre eux et qu'ils deviennent créancier ou débiteur l'un de l'autre. A nouveau, de tels rapports ne peuvent se concevoir que dans le droit naturel, grâce aux quasi-patrimoines concrétisés par des comptes séparés, et par l'intermédiaire des obligations naturelles¹²⁹³.

*Gai. 4, 73 : Cum autem quaeritur, quantum in peculio sit, ante deducitur, quod patri dominove quique in eius potestate sit, a filio servove debetur, et quod superest, hoc solum peculium esse intellegitur. Aliquando tamen id, quod ei debet filius servusve, qui in potestate patris dominive sit, non deducitur ex peculio, velut si is, cui debet, in huius ipsius peculio sit.*¹²⁹⁴

¹²⁹⁰ Voir p. ex. en ce sens : le D. 15, 1, 9, 7 *Ulpianus*, où la question semble s'être posée pour les soins apportés à un esclave suicidaire. Ulpien paraît admettre que les dépenses faites par le maître pour sauver l'esclave rendent ce dernier débiteur naturel du premier, quoique l'on puisse songer qu'en soignant la maladie de l'esclave, il ait plutôt géré ses propres affaires.

En ce sens, cf. : BUCKLAND, p. 221 s.

¹²⁹¹ Voir : le D. 15, 1, 49, 1 *Pomponius*, qui indique que l'esclave qui gère les affaires de son maître à son insu, deviendra débiteur de celui-ci, comme il en irait d'un homme libre.

Voir en outre : MANDRY, II, p. 382 ; BUCKLAND, p. 221 s.

¹²⁹² Voir la section « Le *versum in rem* et l'*actio de in rem verso* », p. 433 ss, et notamment les notes 1586, 1600 et 1607.

¹²⁹³ Cf. : MICOLIER, p. 738 ss.

¹²⁹⁴ Traduction : Lorsqu'on veut connaître le montant du pécule, on commence par déduire ce qui est dû par le fils ou l'esclave au père ou au maître et à celui qui serait en sa puissance et seule

*D. 15, 1, 7, 7 Ulpianus : Sed et si quid ei conservus debet, erit peculii, si modo ille habeat peculium vel prout habebit.*¹²⁹⁵

Ces textes nous permettent d'envisager qu'il peut exister non seulement un rapport horizontal entre des esclaves du même niveau (esclaves ordinaires)¹²⁹⁶, mais encore un rapport vertical entre un esclave ordinaire et un esclave vicair¹²⁹⁷. A noter que ce qui serait dû par un ordinaire, au nom duquel l'action *de peculio* serait intentée, au sous-esclave, ne pourra pas être déduit, car l'étendue de la responsabilité du maître *dumtaxat de peculio ordinarii* inclut le pécule du sous-esclave¹²⁹⁸.

c. *Le ius deductionis*

la différence est considérée comme pécule. Parfois cependant, la dette du fils ou de l'esclave vis-à-vis de celui qui est sous la puissance du père ou du maître n'est pas déduite du pécule, p. ex. si celui à qui il doit est compris dans son propre pécule.

¹²⁹⁵ Traduction : Le pécule d'un esclave comprendra aussi ce qu'un co-esclave lui doit, pourvu que celui-là possède un pécule, ou dans la mesure où il en possèdera un tout prochainement.

¹²⁹⁶ Voir encore p. ex. : le D. 15, 1, 27, 7 *Gaius (Iulianus)* ; le D. 33, 8, 9, 1 *Paulus (Marcellus)*, qui prévoit la déduction du montant du dommage du pécule de l'esclave commettant un acte illicite contre un co-esclave. En ce qui concerne le cas analogique du fils de famille, voir : le D. 12, 6, 38, pr. *Africanus (Iulianus)* ; le D. 24, 3, 53 *Tryphoninus* vers la fin.

¹²⁹⁷ Voir p. ex. : le D. 15, 1, 17 *Ulpianus (Proculus, Atilicianus, Servius)*, qui présente tout le système des déductions possibles ou impossibles, lorsque des dettes ou des créances existent entre un ordinaire et un vicair possédant tous deux un pécule. Voir en outre : le D. 14, 4, 5, 1 *Ulpianus (Pomponius)*, qui donne quelques précisions au sujet de la *merx peculiaris* d'un vicair ; le fragment rappelle toutefois que si le maître est actionné *de peculio ordinarii*, le pécule ne s'estime que déduction faite de tout ce qui lui est dû. Au contraire, le D. 15, 1, 38, 2 *Africanus*, indique que, lorsque l'esclave « ordinaire » n'a dans son pécule qu'un vicair (sous-esclave) de la valeur de dix (10), si le vicair ne possède pas lui-même un pécule, la somme de cinq (5) qu'il devrait naturellement au maître ne pourrait pas être déduite, car on ne peut pas dire que la personne du vicair soit en elle-même constitutive d'un pécule propre. Ainsi le texte précise que le maître devrait supporter une perte du fait que si le tiers actionné *de peculio* à cause d'un acte de l'ordinaire, ce tiers obtiendra une étendue de responsabilité *dumtaxat de peculio* totale, car le maître n'aura pas pu déduire ce que le vicair lui devait ; en effet, le maître ne peut pas déduire la somme due sur la valeur de la seule « personne » du vicair incluse dans le pécule de l'ordinaire. En d'autres termes, si le vicair n'a pas de pécule, on ne pourra pas déduire quelque chose sur sa personne-même, la déduction devant s'opérer sur un pécule pouvant être fractionné, or une personne ne peut pas être fractionnée.

Sur la notion de vicair, voir la section « Le vicair (vicarius) », p. 265 ss.

¹²⁹⁸ Voir en ce sens également : le D. 33, 8, 9, pr. *Paulus*.

Voir aussi : MANDRY, II, p. 386 s.

i. Notion

Chaque fois¹²⁹⁹ que l'on veut connaître l'estimation effective du pécule¹³⁰⁰, spécialement pour déterminer l'étendue de responsabilité *dumtaxat de peculio*, il faudra y rajouter ce que le maître (ou un co-esclave) peut devoir naturellement à l'esclave¹³⁰¹ et, au contraire, y soustraire ce qui peut être dû naturellement par l'esclave à son maître (ou à un co-esclave^{1302,1303}).

La question de la déduction se pose essentiellement dans deux hypothèses : soit lorsqu'un tiers actionne le maître *de peculio* ou *de peculio annalis*¹³⁰⁴, soit lorsque le pécule sort de la puissance et du patrimoine central de celui-ci¹³⁰⁵.

Mais si juridiquement le pécule appartient au maître, comment peut-on parler de déduction ? Le *dominus* déduirait-il une créance contre lui-même, comme certains textes semblent le concevoir ? Quel bénéfice en retirerait-il alors ?

¹²⁹⁹ Principalement, les deux moments où il sera nécessaire de fixer une estimation du pécule - *dumtaxat de peculio* - sont d'une part celui de la sortie du pécule de la puissance et du patrimoine du *dominus*, d'autre part celui de l'action *de peculio* intentée par un tiers.

Voir plus bas dans le corps du texte pour de plus amples développements.

¹³⁰⁰ P. ex., le D. 14, 4, 1, pr. *Ulpianus*, parle de *peculii aestimatio*. Voir encore : Gai. 4, 73.

¹³⁰¹ Cf. par analogie : le D. 12, 6, 38, 2 *Africanus*.

¹³⁰² Ce qui vaut tant pour le rapport horizontal que vertical : cf. p. ex. le D. 15, 1, 17 *Ulpianus* (*Proculus, Atilianus, Servius*).

Voir aussi : MANDRY, II, p. 386 s. ; BUCKLAND, p. 221.

¹³⁰³ Pour connaître les sources de telles dettes ou créances entre maître et esclave, nous renvoyons le lecteur à la section « Les rapports entre maître et esclave », p. 354 ss.

Voir aussi : BUCKLAND, p. 221, qui précise que le maître peut déduire toute dette qui lui est due ; MICOLIER, p. 744 ss, qui indique qu'on ne peut imputer ou déduire du pécule que les créances ou les dettes naturelles nées entre le maître et l'esclave ; KASER, I, § 141 II 1, p. 606 s. ; AMIRANTE, Studi Sanfilippo III, p. 4, qui précise que le *peculium* s'estime au net, déduction faite de ce qui est dû au maître ou à un autre esclave du même maître.

¹³⁰⁴ En ce sens, voir : le D. 15, 3, 16 *Alfenus* ; le D. 14, 4, 1, pr. *Ulpianus*, qui précise que le maître a le privilège, lorsqu'il est actionné *de peculio*, de déduire ce qui peut lui être dû.

¹³⁰⁵ Voir p. ex. en ce sens : le D. 33, 8, 6, 5 *Ulpianus*, qui indique que l'on déduira du pécule légué, non seulement les créances du maître, mais aussi celles des héritiers.

Tout le raisonnement relatif au système de la déduction ne peut tenir que dans les faits, c'est-à-dire que si l'on admet le concept de quasi-patrimoine du pécule et le système de comptabilité y relatif¹³⁰⁶.

Dans l'hypothèse de l'estimation officielle à la suite de l'*actio de peculio*, si l'imputation au pécule demeure dépendante de la volonté du maître, qui peut toujours la refuser¹³⁰⁷, la déduction apparaît plus comme une sorte de règle d'ordre spécifique élaborée par le prêteur que comme un droit d'option laissé au *dominus*¹³⁰⁸ :

*Gai. 4, 73 : Cum autem quaeritur, quantum in peculio sit, ante deducitur, quod patri dominove quique in eius potestate sit, a filio servove debetur, et quod superest, hoc solum peculium esse intellegitur. [...].*¹³⁰⁹

*D. 15, 1, 9, 2 Ulpianus : Peculium autem deducto quod domino debetur computandum esse, quia praevenisse dominus et cum servo suo egisse creditur.*¹³¹⁰

*D. 15, 1, 11, 2 Ulpianus (Iulianus): [...] naturalia enim debita spectamus in peculii deductione [...].*¹³¹¹

Le « droit de déduction »¹³¹² est donc pris en compte automatiquement au moment d'une estimation officielle du *peculium*¹³¹³ et

¹³⁰⁶ Voir p. ex. en ce sens : le D. 15, 1, 11, 7 *Ulpianus (Iulianus)*, qui indique que ce qui est dû au maître sera déduit du compte du pécule (*potuit enim hoc ex ratione peculii detrabere*).

En ce sens, voir : AMIRANTE, *Studi Sanfilippo III*, p. 3, qui précise que la déduction s'opérera sur le compte du pécule.

Nous renvoyons le lecteur à la section « L'aspect technique et matériel », p. 317 ss.

¹³⁰⁷ Cf. la note 1263.

¹³⁰⁸ En ce sens, voir : MANDRY, II, p. 385 et 388 ss ; SOLAZZI, *Scritti I* (p. 99 ss), p. 104 ; BUCKLAND, p. 225, qui conçoit que le *ius deductionis* a dû être inséré par les juristes dans la définition-même de l'institution du pécule suite à une pratique constante de déduction privilégiée des créances du maître contre son esclave.

¹³⁰⁹ Traduction : Veut-on savoir quel est le montant du pécule ? On commence par déduire ce qui est dû au père ou au maître ou à celui qui serait en sa puissance par le fils ou l'esclave, et seule la différence est considérée comme pécule. [...].

¹³¹⁰ Traduction : Le pécule doit être compté déduction faite de ce qui est dû au maître, parce qu'on le considère comme un créancier privilégié et comme ayant agi le premier contre son esclave.

¹³¹¹ Traduction : [...] On considère les dettes naturelles dans la déduction [...].

consiste à ne le considérer que diminué des créances naturelles du maître contre son esclave¹³¹⁴, peu importe la cause qui les fonde ; il faut cependant que le *dominus* n'ait pas eu d'autre moyen pour obtenir satisfaction¹³¹⁵. En effet, dans le droit de déduction, le maître est considéré comme une sorte de créancier privilégié¹³¹⁶ qui se paierait lui-même avant les autres¹³¹⁷ :

¹³¹² Voir encore, pour une définition abstraite du système : le D. 24, 3, 53 *Tryphoninus*, pour le cas analogique du fils de famille ; le D. 14, 4, 1, 2 *Ulpianus* ; le D. 15, 1, 5, 4 *Ulpianus* (*Tubero, Celsus*).

Au sujet du *ius deductionis*, voir principalement : MANDRY, II, p. 380 ; BUCKLAND, p. 221 ss ; BUTI, p. 211 ss, qui pense que le *ius deductionis* sanctionne les dettes de l'esclave envers le maître, contrairement aux auteurs qui pensent qu'il n'est qu'un attribut de la *potestas* ; BRINKHOF, p. 237 ; BURDESE, Studi Sanfilippo I, p. 90 ss.

¹³¹³ En effet, les textes ne font pas référence à un quelconque choix du maître de déduire ou non. Dès qu'il s'agit officiellement d'estimer le pécule, p. ex. pour déterminer l'étendue de la responsabilité de *peculio*, le préteur, chargé de préparer le procès, en détermine l'actif soustrait des créances du maître contre son esclave.

Voir, dans le sens d'une déduction d'office, outre les textes cités dans le corps du texte : le D. 19, 1, 30, pr. *Africanus*, qui indique que la déduction s'opère *ipso iure* et diminue le pécule ; le D. 15, 1, 5, 4 *Ulpianus* (*Tubero, Celsus*) ; le D. 15, 1, 9, 2/3 *Ulpianus* (*Servius*) ; le D. 14, 4, 1, 2 *Ulpianus*, qui indique inversement que les créances du maître contre l'esclave ne seront pas déduites dans l'estimation de la *merx peculiaris*.

¹³¹⁴ Notons qu'en cas d'action de *peculio*, le maître qui n'aurait pas pu bénéficier de la déduction à la première condamnation pourra toujours le faire lors une procédure de *peculio* ultérieure contre lui : cf. le D. 15, 1, 11, 3 *Ulpianus* (*Neratius, Nerva, Iulianus*). De même, au D. 15, 1, 11, 5 *Ulpianus* (*Iulianus*), si le maître paie spontanément le tiers avant le jugement de *peculio*, le montant de ses créances non déduit, plus celui du paiement spontané effectué le rendant également créancier de son esclave, seront reportés à la prochaine action de *peculio* contre lui.

Dans les cas où l'esclave est aliéné ou affranchi avec son pécule, le maître qui aurait omis de faire usage de son privilège à la déduction, sera sauf exception déchu de cette possibilité pour faire valoir ses créances contre l'esclave, au cas où il serait actionné de *peculio annalis*. Ne subsisterait alors qu'un droit de créance naturel contre lui, non actionnable.

Voir à ce sujet les développements plus loin dans le corps du texte.

¹³¹⁵ Voir p. ex. en ce sens : le D. 15, 1, 11, 6 *Ulpianus*, qui l'indique clairement. Le D. 15, 1, 11, 7 *Ulpianus* (*Iulianus*), présente certaines possibilités préférables à la déduction. On peut songer ici à la possibilité qu'aurait le maître d'actionner le fidéjusseur que se serait donné l'esclave pour garantir ses dettes, ou la possibilité qu'il aurait de faire réaliser un gage.

Voir à ce sujet : MANDRY, II, p. 387 s. ; BUCKLAND, p. 224 ; BUTI, p. 136.

¹³¹⁶ Voir en ce sens : le D. 14, 4, 1, pr. *Ulpianus* et le D. 14, 4, 5, 7 *Ulpianus* (*Labeo*) à la fin, qui indiquent que le maître possède un véritable privilège (*privilegium*), grâce au *ius deductionis* ; le D. 14, 5, 3 *Ulpianus*, qui fait état de certains créanciers privilégiés devant passer avant les autres ; le D. 15, 1, 9, 2/4-5 *Ulpianus* (*Pedius, Iulianus*), qui indiquent que le maître est toujours censé précéder les autres créanciers et s'être actionné lui-même ; le D. 26, 7, 11 *Ulpianus* (*Antoninus*), qui emploie

D. 15, 1, 9, 4 *Ulpianus (Pedius)* : [...] *nam si semper praevēnīre dominus et agere videtur, cur non dicatur etiam hoc nomine eum secum egisse, [...] nam ut eleganter Pedius ait, ideo hoc minus in peculio est, quod domino vel patri debetur, quoniam non est verisimile dominum id concedere servo in peculium habere, quod sibi debetur. [...] cur non etiam in specie peculiari exegerit, quod exigī debuit? defendendum igitur erit quasi sibi eum solvere, cum quis agere de peculio conabitur.*¹³¹⁸

Comment fonctionne le système de la déduction ? Va-t-on vider effectivement le pécule de sa substance pour couvrir les créances du maître ?

ii. La déduction dite « fictive » et la déduction matérielle

Il semble qu'au moment où le maître est actionné *de peculio* par un tiers, la déduction puisse s'opérer, soit seulement par un jeu d'écritures comptables sur la valeur de l'actif du pécule à prendre en compte pour déterminer l'étendue de la responsabilité¹³¹⁹, soit matériellement en

le terme de *praerogativa deductionis*, suffisamment éloquent ; le D. 15, 1, 52, pr. *Paulus* au milieu, qui indique qu'aucun privilège ne peut primer celui du maître à déduire, lorsqu'il est actionné *de peculio* pour un acte conclu par la personne de l'esclave (le texte contient les termes éloquents de *ex persona filii, vel servi* soulignant d'une certaine manière la (quasi-)personnalité distincte du *servus* pour un acte conclu sur son pécule).

Au sujet de la position de créancier privilégié, voir : MANDRY, II, p. 392 s. ; BUCKLAND, p. 224 ; MICOLIER, p. 183.

¹³¹⁷ Nombreux sont les textes faisant référence à cette sorte de « paiement », cf. : le D. 15, 1, 9, 4 *Ulpianus (Pedius)* à la fin, qui précise que maître commence en quelque sorte par se payer, lorsqu'un tiers l'actionne *de peculio* ; le D. 15, 1, 11, 3 *Ulpianus (Neratius, Nerva, Iulianus)*, qui pose la question de savoir si l'on peut considérer que le maître s'est en quelque sorte payé par la déduction (*an vero veluti solutum ei videatur*).

¹³¹⁸ Traduction : [...] car si le maître est toujours censé avoir agi le premier, pourquoi ne pas dire qu'il a agi contre lui-même [...] car comme Pedius le dit si bien, ce qui est dû au maître ou au père sera soustrait du pécule, puisqu'il n'est pas vraisemblable que le maître ait voulu laisser à l'esclave dans son pécule ce qui lui est dû. [...] pourquoi ne peut-on pas dire qu'il a exigé du pécule de son esclave ce qu'il avait le droit d'exiger ? On doit donc soutenir que, lorsqu'un créancier entreprend d'agir *de peculio* contre le maître, ce dernier commence par se payer lui-même.

¹³¹⁹ Dans ce cas, l'esclave conserverait son pécule sans changements, le maître ayant en quelque sorte renoncé à déduire effectivement ses créances sur l'actif ; il pourrait ainsi continuer son commerce sans difficultés. Mais le tiers verrait de toute façon le montant de sa « garantie » patrimoniale *dumtaxat de peculio* diminuer sur la base d'une estimation comptable fictivement

permettant au maître de saisir les biens « pécuniers » nécessaires au recouvrement de ses créances contre le *servus* et de diminuer effectivement d'autant le compte-actif du pécule.

Dans le cas de la déduction effective, soit de la réalisation des créances du *dominus*, non seulement le tiers verrait sa « garantie » *dumtaxat de peculio* diminuer, mais encore l'esclave perdrait matériellement une partie de l'actif de son pécule¹³²⁰. Ainsi, à chaque nouveau jugement *de peculio*, on diminuerait l'actif du pécule des créances internes du *dominus*, y compris du montant de la précédente condamnation du moment que le maître la paie¹³²¹. Notons que la déduction purement comptable¹³²²

déduite des créances du maître : cf. le D. 15, 1, 9, 2 *Ulpianus*, cité dans le corps du texte, qui fait référence à une estimation comptable en employant le verbe *computare*. Il semble cependant, pour le maître à nouveau actionné *de peculio*, qu'il pourrait déduire matériellement sur le pécule de l'esclave le montant de ses créances non effectivement déduites avant, lors de cette nouvelle procédure : cf. le D. 15, 1, 11, 3 *Ulpianus* (*Neratius, Nerva, Iulianus*) et le D. 15, 1, 11, 5 *Ulpianus* (*Iulianus*), mais ce pour autant que son pécule soit composé d'autre chose que de la seule personne d'un vicaire, car dans ce cas, il ne peut point y avoir de déduction, même pas fictive, un vicaire n'étant pas fractionnable, même abstraitement (cf. : le D. 15, 1, 38, 2 *Africanus* et les développements en note 1297). En effet, le maître actionné *de peculio ordinarii* (au regard du pécule de l'esclave « ordinaire ») ne pourra pas déduire une créance interne de cinq (5) sur un pécule composé uniquement d'un vicaire d'une valeur de dix (10). Dans ce cas, l'étendue de responsabilité *dumtaxat* sera donc de dix (10). Au D. 15, 1, 11, 5 *Ulpianus* (*Iulianus*), si le vicaire vaut dix (10) et qu'il doit déjà la somme de cinq (5) à son maître, lorsque celui-ci, actionné *de peculio*, paie spontanément cinq (5) au tiers qui l'actionne avant le jugement, ce montant formera une nouvelle créance interne s'additionnant contre l'esclave. Le montant total de la dette serait donc de dix (10). Ainsi, si le vicaire est mort, mais que le pécule contienne néanmoins, au jour d'un procès ultérieur *de peculio*, une valeur égale ou supérieure à dix (10), le maître pourra la déduire. Mais, si le vicaire d'une valeur de dix (10) est la seule chose non fractionnable qui existe dans le pécule au moment du procès ultérieur, le maître, qui a alors une créance du même montant que la valeur du vicaire, soit dix (10), peut choisir de le reprendre par *ademptio* à titre de paiement, car il ne le fractionne pas.

Voir aussi : MANDRY, II, p. 390 s., qui pense que la déduction ne serait qu'une opération comptable ; BUCKLAND, p. 224, qui semble envisager cette possibilité.

¹³²⁰ Voir p. ex. en ce sens : le D. 15, 1, 9, 4 *Ulpianus* (*Pedius*), cité dans le corps du texte, qui indique que le pécule sera diminué de ce qui est dû au maître, car ce dernier n'est pas censé concéder au pécule ce qui lui est dû et qu'il commence en quelque sorte par se payer dessus ; le D. 15, 1, 56 *Paulus*, qui précise que si un esclave s'engage à payer son maître pour une dette d'un débiteur externe, celui-ci pourra déduire effectivement ce que l'esclave lui a promis en paiement de son pécule s'il vient à être actionné *de peculio*. Mais inversement, la dette du tiers sera imputée au pécule de cet esclave. Ici, on ne peut concevoir que la déduction matérielle, puisque l'esclave paie littéralement son maître des deniers de son pécule pour honorer la dette d'un débiteur externe et que le patrimoine propre du *dominus* doit être effectivement augmenté.

¹³²¹ Devenue par ailleurs une créance interne.

trouverait probablement application, non seulement dans les hypothèses où le maître souhaiterait laisser à l'esclave son pécule matériel sans diminution, mais encore dans celles où il ne pourrait peut-être simplement pas déduire matériellement en réalisant ou reprenant des objets qui composent le pécule¹³²³.

De toute façon, dans le cas de la déduction comptable, aussi bien que dans la déduction matérielle¹³²⁴, un bénéfice économique pour le maître correspondant à ses créances contre l'esclave sera évident, si la créance du tiers est au moins aussi importante que le montant du pécule avant déduction. En effet, la responsabilité *de peculio* visant le patrimoine propre du maître, elle ne dépassera pas le montant total et comptable du pécule diminué de la déduction « fictive » ou matérielle. Donc, si le *dominus* opte pour la déduction matérielle, il tirerait ici un bénéfice direct et indirect du fait que non seulement la déduction de ses créances diminuerait effectivement le pécule et augmenterait le compte de son patrimoine propre, mais encore que, parallèlement, sa responsabilité économique, dans l'estimation comptable *dumtaxat de peculio* qui serait faite du pécule vis-à-vis du tiers, serait diminuée du même montant. S'il ne touchait pas effectivement à l'actif du pécule lors d'une première action *de peculio*, il ne tirerait qu'un bénéfice indirect traduit dans le montant diminué de sa responsabilité maximale. Toutefois, il lui resterait la possibilité de reporter la déduction de son dû sur le pécule au moment où il serait à nouveau actionné¹³²⁵ ; en effet, la dette naturelle de l'esclave paraît subsister du fait que celui-ci n'a pas subi lui-même une diminution économique et comptable effective dans son pécule à la première action, soit que le maître n'ait tout simplement pas pu déduire¹³²⁶, soit qu'il se soit contenté de la déduction comptable. Dans l'hypothèse où la créance du tiers devait être bien moins grande que le montant du pécule avant

¹³²² C'est-à-dire en augmentant la dette du pécule sans en toucher la substance.

¹³²³ Voir p. ex. les développements de la note 1319.

¹³²⁴ Ces deux hypothèses semblent pouvoir être déduites du D. 15, 1, 11, 3 *Ulpianus* (*Neratius, Nerva, Iulianus*).

¹³²⁵ En ce sens, cf. : le D. 15, 1, 11, 3 *Ulpianus* (*Neratius, Nerva, Iulianus*).

En ce sens, voir : MANDRY, II, p. 390 ; BUCKLAND, p. 224.

¹³²⁶ Voir la note 1319.

déduction, on peut imaginer que le maître opte dès la première action *de peculio* d'un tiers, si cela est possible, pour la déduction matérielle sur les biens du pécule, pour recouvrer directement ses créances et punir un esclave négligent dans ses affaires¹³²⁷.

Dans les cas graves, il pourrait cependant toujours décider de retirer le pécule par *ademptio*, coupant net l'autonomie acquise par son esclave¹³²⁸.

A noter que les personnes formant une société, peuvent en principe être actionnées solidairement *de peculio*, ce qui signifie que le tiers peut actionner l'un des associés pour l'entier de la dette, et cet associé pourra déduire l'entier des créances internes contre l'esclave de la société¹³²⁹.

A titre comparatif, nous relevons que dans l'institution traitant de la *merx peculiaris*¹³³⁰, le maître concourt comme un créancier externe à la liquidation, sans privilèges particuliers¹³³¹.

iii. Le cas du pécule aliéné sans l'esclave

Dans la deuxième hypothèse, soit celle où le pécule sort de la puissance et du patrimoine central, qu'il soit aliéné seul ou avec l'esclave, nous ne sommes plus dans le cas de figure d'une estimation officielle¹³³².

¹³²⁷ En effet, la déduction dite « fictive » ne lui apporterait aucun avantage économique, étant donné que la créance du tiers n'atteindrait même pas la limite maximale de l'étendue de la responsabilité *dumtaxat de peculio*. Il pourrait néanmoins user de la déduction fictive et laisser le pécule en l'état pour conserver la possibilité de déduire à nouveau lors d'un procès ultérieur : cf. le D. 15, 1, 11, 3 *Ulpianus* (*Neratius, Nerva, Iulianus*).

¹³²⁸ En ce sens, cf. : le D. 15, 1, 11, 5 *Ulpianus* (*Iulianus*) à la fin, qui précise que le maître a toujours la possibilité de retirer le pécule à son esclave pour se payer.

Voir aussi : BUTI, p. 215.

¹³²⁹ Voir p. ex. en ce sens : le D. 15, 1, 11, 9 *Ulpianus* (*Iulianus*) et le D. 15, 1, 15 *Ulpianus*. Au contraire, selon le D. 15, 1, 13 *Ulpianus*, il n'y a pas de communauté permettant la déduction solidaire dans le cas d'un vendeur et acheteur, d'un propriétaire et usufruitier, d'un maître et possesseur de bonne foi, et de tous ceux qui ne sont pas associés.

¹³³⁰ Voir la section « *La merx peculiaris – l'actio tributoria* », p. 401 ss.

¹³³¹ Cf. p. ex. : le D. 14, 4, 1, pr. *Ulpianus* et le D. 14, 4, 5, 7 *Ulpianus* (*Labeo*), ainsi que la section « *La merx peculiaris – l'actio tributoria* », p. 401 ss.

¹³³² Nous renvoyons pour de plus amples développements aux sections « *L'aliénation sine peculio – cum peculio* », p. 289 ss, et « *L'actio annalis* », p. 394 ss.

Il apparaît cependant que le prêteur a voulu permettre au maître qui, en aliénant le pécule, perd une partie de ses biens, de pouvoir en déduire au moins ce que lui doit l'esclave pour solde de tout compte¹³³³. Le maître n'aura donc que la possibilité de retirer de l'actif du pécule ce qui lui est nécessaire pour recouvrer ses créances, c'est-à-dire effectuer une déduction matérielle¹³³⁴. S'il négligeait de déduire au moment de l'aliénation, alors qu'il aurait vraiment le pouvoir de le faire, il ne subsisterait entre l'esclave et lui qu'un rapport de droit naturel ni déductible¹³³⁵, ni actionnable¹³³⁶ ; il perdrait donc tout pouvoir sur le pécule aliéné et notamment la possibilité de le retirer par *ademptio*.

iv. Le cas de l'aliénation de l'esclave avec son pécule

Si le maître aliène l'esclave avec son pécule et qu'il soit actionné *de peculio annalis*, il ne pourra plus déduire ce qu'il aurait dû déduire au moment de l'aliénation¹³³⁷. Il ne bénéficiera en outre pas d'une action *de peculio* contre le nouveau maître du *servus*¹³³⁸. Néanmoins, on lui accorde

¹³³³ Voir sur la question : SOLAZZI, Scritti I (p. 99 ss), p. 99 ss.

¹³³⁴ En effet, comme le pécule sort de son patrimoine, il ne peut plus être question de déduction « fictive » (ou comptable), mais bien de déduction matérielle sur les composantes de l'actif du pécule.

¹³³⁵ En effet, le maître n'a plus le pouvoir de déduire, soit que seul le pécule ait été aliéné, car il n'y a plus de *peculium* sur lequel déduire, soit que l'esclave ait été aliéné avec son pécule, car l'ancien maître, actionné *de peculio annalis*, n'aura plus d'esclave, ni de pécule en sa sphère d'influence.

¹³³⁶ En effet, l'esclave reste en toutes hypothèses un *alieni iuris* sous la puissance d'un maître et n'est par conséquent pas actionnable. De plus, si l'esclave est aliéné avec son pécule, le rapport naturel ne se transforme pas en rapport adjectice contre le nouveau maître de l'esclave qui lui aurait concédé son pécule : cf. la note 1338.

¹³³⁷ En ce sens, cf. : le D. 15, 1, 11, 7 *Ulpianus (Iulianus)* et le D. 15, 1, 27, 4 *Gaius (Iulianus)*.

Voir à ce sujet la note 1007 et les développements dans la section « L'*actio annalis* », p. 394 ss.

¹³³⁸ En ce sens, cf. : le D. 15, 1, 27, 4 *Gaius (Iulianus)* et le D. 15, 1, 27, 7 *Gaius (Iulianus)*. Il semble en effet que le rapport d'obligations naturelles entre l'ancien maître et l'esclave ne puisse pas être transformé en rapport adjectice auprès du nouveau maître, permettant l'action *de peculio* (cf. : Gai. 4. 78). Le *ius deductionis* ne s'applique en effet qu'aux dettes naturelles internes de l'esclave, il ne vise pas de rapport de portée « civile », comme il en va pour l'action *de peculio*. Les dettes naturelles de l'esclave visent sa seule personne et, le pécule étant sorti de la puissance du maître vendeur pour entrer dans celle de l'acquéreur, ni les règles de la déduction pour des créances naturelles internes de l'ancien maître, ni l'action *de peculio* contre le nouveau maître ne peuvent donc être envisagées. Inversement, à Gai. 4, 78, au D. 15, 1, 27, 6 *Gaius (Iulianus)*, au D. 15, 1, 11, 8 *Ulpianus (Iulianus)* et au D. 15, 1, 52, pr. *Paulus* à la fin, l'acheteur d'un esclave *cum peculio* contre

la possibilité d'actionner l'acheteur de l'esclave avec son pécule par *condictio*, voire par l'action de la vente, car ce qui est dû à l'ancien maître n'est pas considéré comme faisant partie du pécule chez le nouveau maître ; ces dernières actions ne sont par contre possibles que si le pécule suffisait au moment de la vente pour une déduction effective, pas s'il a augmenté depuis que l'esclave appartient au nouveau maître¹³³⁹.

v. Le cas de l'esclave aliéné sans son pécule

Le *ius deductionis* semble en revanche pouvoir être appliqué si, au moment de la seule aliénation de l'esclave, le pécule est resté en mains du maître vendeur actionné *de peculio annalis*¹³⁴⁰.

vi. Le cas de l'acquéreur-créancier

Enfin, dans l'hypothèse où l'acquéreur d'un esclave, créancier de celui-ci, l'acquiert avec son pécule, il pourra déduire ce qui lui est dû sur le *peculium* acquis, s'il vient à être actionné *de peculio*¹³⁴¹.

vii. Le cas de l'esclave affranchi

En cas d'affranchissement entre vifs *cum peculio*, le pécule disparaît, il devient le patrimoine de l'affranchi ; dès lors, les dettes de l'esclave vis-à-vis de son ancien maître ne subsisteront que naturellement, si celui-ci

lequel il a une créance avant la vente pourra toujours actionner *annalis* l'ancien maître de celui-ci, car, dans cette hypothèse, le rapport adjectice actionnable existant avant la vente continue durant une année sur la tête de l'ancien maître. Néanmoins, comme l'esclave est passé sous sa puissance avec son pécule, la créance naturelle qu'il avait avant la vente contre l'esclave, devient une créance naturelle interne que l'équité exigera qu'il déduise de préférence à l'action pour se rembourser (voir en ce sens aussi : BUCKLAND, p. 229).

¹³³⁹ Cf. : le D. 15, 1, 11, 7 *Ulpianus (Iulianus)*. En effet, on ne veut pas que l'ancien maître tire profit des augmentations survenues au pécule sous l'empire du nouveau maître, et pour lesquelles il n'est pour rien.

A ce sujet, voir : MICOLIER, p. 743.

¹³⁴⁰ En ce sens, cf. : le D. 15, 1, 47, 5 *Paulus*.

¹³⁴¹ En ce sens, cf. : Gai. 4, 78 ; le D. 15, 1, 27, 6 *Gaius (Iulianus)* ; le D. 15, 1, 11, 8 *Ulpianus (Iulianus)* et le D. 15, 1, 52, pr. *Paulus* à la fin. Voir au sujet de ces textes les développements de la note 1338.

Voir en ce sens : LEVY, Die Konkurrenz, p. 259 s.

ne les a pas déduites au moment de l'affranchissement¹³⁴². Ainsi, s'il est actionné *annalis*, l'ancien maître ne pourra ni déduire sur le patrimoine de l'affranchi, ce qui va de soi, ni l'actionner *de peculio*¹³⁴³. Si au contraire le pécule est resté entre ses mains au moment de l'affranchissement (ou de la mort de l'esclave), il continuera à pouvoir déduire ce que son esclave lui devait, au cas où il serait actionné *de peculio annalis*¹³⁴⁴.

viii. Synthèse

Le *ius deductionis* répond donc à des motifs d'équité, puisqu'il permet d'une certaine manière au maître de sanctionner son esclave, alors qu'il n'a normalement aucune action possible pour faire valoir ses créances naturelles contre lui¹³⁴⁵. Pour le cas du maître qui renoncerait à l'*ademptio*, c'est aussi une limite à sa puissance, puisqu'il ne peut pas déduire ce qu'il veut quand bon lui semble¹³⁴⁶. Il y a donc à ce niveau une certaine protection du pécule (et de l'esclave), mais celle-ci n'a qu'une

¹³⁴² Voir les développements dans les sections « L'affranchissement », p. 292 ss, et « L'*actio annalis* », p. 394 ss.

¹³⁴³ Le maître pourrait éventuellement envisager la *condictio* dont parle le D. 15, 1, 11, 7 *Ulpianus* (*Iulianus*). Mais les chances de succès sont faibles, car si la *condictio* est justifiée contre l'acheteur d'un esclave *cum peculio* par la raison que le *peculium* n'est pas censé contenir les créances du maître qui actionne, dans le cas de l'affranchissement *cum peculio*, il ne s'agit plus de pécule, mais de *patrimonium*, et les créances de l'ancien maître ne résulteraient pas d'un enrichissement illégitime de l'affranchi.

¹³⁴⁴ Voir par analogie : le D. 12, 6, 38, 1 *Africanus*. En effet, dans cette hypothèse, il serait injuste pour le maître de ne pas pouvoir déduire ses créances naturelles contre l'affranchi, car le tiers l'actionne somme toute *de peculio annalis* pour un contrat conclu et non honoré par ce dernier. Voir encore : le D. 15, 1, 14, pr.-1 *Iulianus*, qui indique que, lorsque l'esclave est affranchi par testament, les héritiers qui seraient tous actionnés *de peculio* le jour-même où l'esclave devient libre, ne pourront déduire que ce qui est dû à chacun d'eux. Il en irait de même si l'esclave vient à mourir avant le maître ; en effet, les héritiers ont chacun hérité une part des dettes envers les tiers et une part des créances internes envers l'esclave prédécédé ; dès lors tant l'action *de peculio* contre eux que le *ius deductionis* doivent être fractionnés en fonction du nombre des héritiers.

¹³⁴⁵ Cette idée, qui correspondrait à une sorte d'action préférentielle du maître contre son esclave semble ressortir des textes cités en note 1316 et 1317.

Voir : BUTI, p. 218 ss, qui fait une comparaison du droit de déduction avec une action récursoire imaginaire que le maître posséderait contre son esclave pour faire valoir ses créances naturelles.

¹³⁴⁶ Voir p. ex. : le D. 15, 1, 11, 4-5 *Ulpianus* (*Iulianus*), qui prévoit que le maître peut soit déduire, soit faire usage de l'*ademptio* pour se payer. Mais il n'est pas rare que l'*ademptio* soit dolosive : cf. les notes 1025 et 1026.

Voir aussi : BUTI, p. 212 ; BRINKHOF, p. 241.

portée objective réservée par les règles prétoriennes¹³⁴⁷, l'esclave lui-même n'ayant aucune prérogative.

F. La fidéjussion

Les Romains ont conçu la possibilité de garantir tant l'obligation « civile » du maître, que l'obligation naturelle de l'esclave¹³⁴⁸ :

*Gai. 3, 119a : Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest. At ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit, cui adiciatur ; adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui a servo fideiussorem accipiat, sive ipse dominus in id, quod sibi debeatur.*¹³⁴⁹

Le tiers a de la sorte deux débiteurs solidaires en face de lui ; s'il apparaît par exemple que la personne faisant l'objet de la fidéjussion (caution) ne peut être personnellement actionnée (p. ex. l'esclave) ou est insolvable, il pourra choisir d'actionner directement la caution.

Le cautionnement de l'obligation naturelle de l'esclave vaut *in solidum* même si le pécule est vide, tandis que celle de l'obligation civile adjectice du maître dépend de son estimation économique *dumtaxat de peculio* au moment du jugement¹³⁵⁰. Nous pouvons donc en inférer que

¹³⁴⁷ On ne peut pas y déceler de droit subjectif de l'esclave (ou du maître) au respect de ce *ius deductionis*. La protection est objectivement prévue par les règles du préteur.

¹³⁴⁸ Voir en outre au sujet de la fidéjussion : MICOLIER, p. 625 ; BUTI, p. 193 ss, qui précise toutefois à la p. 199 qu'il n'y aurait pas deux obligations, mais une seule vue sous plusieurs angles. Cette conception doit à notre avis être écartée, au vu des textes qui insistent sur la distinction des deux types d'obligations : cf. la note 1205.

¹³⁴⁹ Traduction : Le concours d'un fidéjusseur, au contraire, peut être requis dans n'importe quelle espèce d'obligation, qu'elle soit contractée verbalement, par écrit ou par consentement mutuel. Peu importe même que l'obligation soit civile ou naturelle : on s'oblige même pour un esclave, que ce soit un externe qui reçoive un fidéjusseur pour une dette d'un esclave ou le maître lui-même pour poursuivre ce qui lui est dû.

En ce sens également, cf. : le D. 46, 1, 16, 3 *Iulianus*.

¹³⁵⁰ En ce sens, voir : le D. 46, 1, 35 *Paulus*. Voir encore : le D. 15, 1, 50, 2 *Papinianus (Iulianus)*, où le fidéjusseur de l'esclave reste obligé même si le procès sur l'obligation adjectice s'est soldé défavorablement pour le créancier ; du coup, ce que la caution aurait payé pour l'obligation naturelle ne pourra être répété, car celle-ci n'entre pas en compte dans le jugement concernant

l'obligation naturelle de l'esclave a un contenu correspondant à une obligation civile ordinaire telle qu'elle serait issue d'un contrat conclu par un *sui iuris*. En effet, elle vaut pour le tout même au moment du jugement, contrairement à l'obligation adjectice qui, elle, sera limitée par les forces du pécule. L'esclave qui se donne une caution pour son obligation naturelle octroie en quelque sorte au tiers un moyen d'action parallèle direct, plus intéressant que l'action *de peculio* elle-même, servant à la sanction normalement inexistante de l'inexécution de son obligation naturelle.

Lorsque l'esclave se porte lui-même garant, il faut distinguer si le cautionnement vise une cause pécuniaire ou une autre cause : en effet, si la fidéjussion porte sur une affaire relative au pécule, il y aura l'action *de peculio* contre le maître¹³⁵¹ ; inversement, si l'esclave a déjà payé des deniers du pécule, le maître ne pourra pas répéter¹³⁵². Si au contraire la fidéjussion porte sur toute autre cause, non en rapport avec le pécule, alors, le maître pourra valablement opposer une exception s'il est actionné¹³⁵³, ou répéter ce que l'esclave aurait payé¹³⁵⁴.

Pobligation « civile » (cf. aussi : le D. 12, 6, 13, pr. *Paulus*). Voir en outre : le D. 15, 1, 9, 8 *Ulpianus* (*Iulianus, Marcellus*), où Julien précise que le maître pourra déduire du pécule ce qu'il aurait payé à titre de caution de l'esclave ; toutefois, Marcellus pense qu'il est plus judicieux pour le tiers de donner la garantie de rembourser la somme dont le maître serait créancier vis-à-vis de l'esclave, pour éviter qu'il ne la déduise immédiatement au moment de son action *de peculio*, mais le fasse ultérieurement sur une éventuelle action *de peculio* intentée plus tard par un autre créancier. Ainsi, il peut bénéficier de cette somme durant le temps intermédiaire. Au sujet d'un fidéjusseur donné en garantie de l'obligation adjectice du maître, voir : le D. 15, 1, 50, pr. *Papinianus* (*Iulianus*), qui précise qu'un fidéjusseur peut être donné en l'espèce même si le pécule est vide, car on peut garantir un paiement qu'on aura par la suite le droit d'exiger, p. ex. si le pécule augmente, pourvu que les parties se soient mises d'accord.

En ce sens : BUCKLAND, p. 207 s.

¹³⁵¹ Cf. : le D. 15, 1, 47, 1 *Paulus* (*Sabinus*).

¹³⁵² Cf. : le D. 46, 1, 19 *Iulianus*.

¹³⁵³ Cf. : le D. 46, 3, 94, 3 *Papinianus*.

¹³⁵⁴ Cf. : le D. 46, 1, 19 *Iulianus*.

G. L'actio de peculio

a. La définition

D. 15, 1, 1, pr.-2 Ulpianus : (pr.) *Ordinarium praetor arbitratus est prius eos contractus exponere eorum qui alienae potestati subiecti sunt, qui in solidum tribuunt actionem, sic deinde ad hunc pervenire, ubi de peculio datur actio. (1) Est autem triplex hoc edictum : aut enim de peculio aut de in rem verso aut quod iussu hinc oritur actio. (2) Verba autem edicti talia sunt : "quod cum eo, qui in alterius potestate esset, negotium gestum erit".*¹³⁵⁵

L'action *de peculio* est donc l'action que le préteur accorde à celui qui aurait contracté avec l'esclave qui agit en son propre nom et, d'une certaine manière, pour son propre compte, en d'autres termes, avec une autonomie quasi-complète¹³⁵⁶. Les effets juridiques d'un acte conclu par l'esclave de manière autonome sont importants, puisqu'ils peuvent avoir pour effet de rendre le maître responsable d'une éventuelle inexécution d'une obligation qui serait issue d'un tel acte, sans qu'il en ait forcément eu connaissance ou soit intervenu dans le rapport contractuel géré par l'esclave seul¹³⁵⁷.

¹³⁵⁵ Traduction : (pr.) Le préteur a jugé, selon l'ordre choisi, d'exposer d'abord les contrats conclus par les personnes « en puissance » qui donnent lieu aux actions pour le tout, et d'en venir ensuite à ceux qui n'octroient que l'action *de peculio*. (1) Cet Edit a trois chefs : de là provient soit l'action du pécule, soit l'action qui vient du profit tiré par le maître, soit celle donnée pour un acte conclu sur son autorisation. (2) Voici les termes de l'Edit : « Quand on aura contracté avec la personne qui se trouve sous la puissance d'autrui ».

¹³⁵⁶ Cf. : le D. 18, 5, 8 *Scaevola*, qui précise que le maître sera tenu de l'action prétorienne donnée pour un acte conclu par l'esclave en son nom – *servi nomine praetoria actione teneri* ; le D. 42, 4, 7, 15 *Ulpianus* au début, qui indique que l'action *de peculio* est donnée pour un acte conclu *servi nomine* ; le D. 46, 4, 11, 1 *Paulus*, qui précise que celui qui accepte par acceptilation ce que lui promet l'esclave, ne pourra plus se servir des actions prétoriennes du pécule ou d'enrichissement – [...] *honorariae actiones, quae de peculio vel in rem verso [...]*. Ce texte qualifie expressément de prétorienne l'action *de peculio*.

Voir au sujet de l'*actio de peculio* : MANDRY, II, p. 352 ss ; MICOLIER, p. 652 ss ; BRINKHOF, p. 240 s.

¹³⁵⁷ Cf. : les Iust. Inst. 4, 6, 10, qui précisent que le maître n'est pas obligé de plein droit par les contrats conclus par ses subordonnés en leur nom, mais que l'équité exige qu'il soit actionné au

En fait, le créancier aura deux débiteurs solidaires, le maître et l'esclave, dont l'un seulement, le débiteur civil, pourra être actionné. L'action a en effet pour objet le rapport d'obligations civiles adjectice né en la personne du maître, plus précisément le côté passif de la convention conclue par l'esclave comprenant la prestation que celui-ci doit exécuter en faveur du tiers¹³⁵⁸ :

*D. 15, 1, 41 Ulpianus : [...] itaque quod servo debetur, ab extraneis dominus recte petet, quod servus ipse debet, eo nomine in peculium et si quid inde in rem domini versum est in dominum actio datur.*¹³⁵⁹

*D. 15, 1, 21, 3 Ulpianus : Si dominus vel pater recuset de peculio actionem, non est audiendus, sed cogendus est quasi aliam quamvis personalem actionem suscipere.*¹³⁶⁰

Le premier texte précise que le but de l'action permettra au tiers de faire condamner le maître qui n'exécuterait pas son obligation à l'indemniser pécuniairement à raison du pécule - *in peculium*¹³⁶¹ ; la responsabilité du maître sera par contre donnée *in dominum* si l'acte de l'esclave a tourné au profit du maître. Il est intéressant de relever que la responsabilité vise tantôt un quasi-patrimoine¹³⁶² (*in peculium*) et tantôt

moins jusqu'à concurrence du pécule. En effet, le lien civil adjectice est créé artificiellement par application des règles prétorienne.

Voir à ce sujet : APATHY, Z. S. S. 96 (1979), p. 405, qui indique que la responsabilité du maître est définie automatiquement par l'acte du subordonné.

¹³⁵⁸ Voir p. ex. : les Iust. Inst. 4, 6, 10, qui indiquent que le préteur accorde l'action *de peculio* contre le maître (*adversus patrem dominumve*).

¹³⁵⁹ Traduction : [...] Ainsi, ce qui est dû à un esclave par les tiers, le maître a l'action pour le demander. Ce qui au contraire est dû par l'esclave, le maître en est tenu, ou par l'action sur le pécule, ou par l'action *de in rem verso*.

¹³⁶⁰ Traduction : Le père ou le maître n'est pas admis à refuser de défendre en justice contre une action *de peculio*, il y est obligé comme s'il s'agissait de toute autre action personnelle.

¹³⁶¹ En ce sens, voir : Gai. 4, 48, qui précise de manière générale que toutes les formules qui contiennent une *condemnatio* tendent à une estimation en argent. Or toutes les actions adjectices ont une formule contenant une condamnation pécuniaire. En effet, la condamnation vise le patrimoine propre du *dominus* où la somme ou l'objet litigieux issus du contrat dans les faits ne se trouvent généralement pas.

¹³⁶² Cf. : le D. 15, 1, 19, 1 *Ulpianus* (*Marcellus, Papinianus*) au milieu et le D. 15, 1, 47, 6 *Paulus*, qui emploient respectivement la terminologie de *velut patrimonium* et de *quasi patrimonium*.

une personne (*in dominum*). D'une part, cela souligne que l'esclave ne peut être considéré comme personnellement et civilement responsable, contrairement au *dominus* tenu *in personam*¹³⁶³ (cf. le deuxième texte), raison pour laquelle le premier texte n'accorde l'action que contre le pécule. Le pécule, juridiquement en propriété du maître, sert de pont pour fixer le rapport adjectice sur la personne du *dominus*, seul défendeur civil imaginable à l'action (cf. le deuxième texte)¹³⁶⁴. D'autre part, cela semble traduire que l'étendue de l'action *de peculio* est limitée aux forces du pécule, contrairement à l'action *de in rem verso*, qui elle, est donnée *in solidum*¹³⁶⁵ contre la personne du maître, et vise donc son patrimoine entier.

Du point de vue actif, le maître est le seul à pouvoir demander civilement l'exécution de l'obligation du tiers ou obtenir une condamnation pécuniaire en cas d'inexécution par ce tiers de la convention conclue par le subordonné¹³⁶⁶.

b. Les conditions à l'ouverture d'action

La condition première est que les rapports contractuels aient eu lieu avec un *alieni iuris*. Voici les termes de l'Edit :

*D. 15, 1, 1, 2 Ulpianus : Verba autem edicti talia sunt
: "quod cum eo, qui in alterius potestate esset, negotium gestum
erit".*¹³⁶⁷

¹³⁶³ En ce sens : BUCKLAND, p. 226.

¹³⁶⁴ Voir, au sujet de la qualité de défendeur à l'action : MANDRY, II, p. 209 ss, 276 ss et 362 ss, qui pense que le fondement de la responsabilité du maître pour les actes d'engagement de l'esclave réside dans le phénomène de concentration de ses acquisitions au sens juridique dans le patrimoine du maître ; BUCKLAND, p. 211 s. et 226 ; MICOLIER, p. 653 ss.

¹³⁶⁵ Voir cependant les explications sur la notion d'*in solidum* dans l'institution du *versum* dans la section « Le *versum in rem* et l'*actio de in rem verso* », p. 433 ss, en particulier la section « Etendue de la responsabilité », p. 461 ss.

¹³⁶⁶ Dans certains contrats, on insère dans la formule ce qu'on appelle une clause arbitraire (*arbitratus*), servant en premier lieu à exiger du défendeur qu'il exécute sa prestation, puis à le condamner le cas échéant à la valeur pécuniaire de la prestation inexécutée. Dans les contrats de bonne foi, cette clause n'était souvent même pas énoncée. Voir à ce sujet : SCHMIDLIN/CANNATA, p. 279 ss, spéc. p. 286.

¹³⁶⁷ Traduction : Voici les termes de l'Edit : « Quand il aura été contracté avec une personne qui est soumise à la puissance d'autrui ».

Cette condition est si évidente qu'elle ne nécessite pas d'autres développements ; en effet, le tiers qui ouvre action *de peculio* sait normalement qu'il a contracté avec une personne soumise à puissance¹³⁶⁸. A noter que le changement d'état de l'esclave ou le transfert sous une autre puissance n'a pas d'influence directe sur la possibilité d'ouvrir action *de peculio*, mais provoquera selon le cas un changement de défendeur ou une limite temporelle à l'ouverture de l'action¹³⁶⁹.

En outre, pour permettre au tiers d'ouvrir action, il faut que celui-ci prouve avoir conclu un *contractum* ou *negotium*¹³⁷⁰ avec l'esclave sur la base de son autonomie conférée par le pécule, et que l'obligation qui en est issue n'ait pas été accomplie, que ce soit par l'esclave ou par son maître¹³⁷¹.

Il faut aussi démontrer, au moment de l'action, qu'un pécule matériel ou fictif¹³⁷² existe¹³⁷³, et qu'au moment de l'acte, le tiers ait eu

¹³⁶⁸ Voir en ce sens : le D. 15, 1, 1, pr. *Ulpianus*, ainsi que les D. 15, 1, 1, 5 et 6 *Ulpianus*.

Sans entrer dans le détail, précisons que les personnes ayant une situation avantageuse sur l'esclave, soit un usufruitier ou un possesseur de bonne foi, ne pourront être tenues *de peculio* que si l'esclave conclut un acte en leur faveur : cf. le D. 15, 1, 2 *Pomponius* et le D. 15, 1, 1, 6 *Ulpianus*.

A noter aussi que, dans un cas exceptionnel, l'action *de peculio* est possible même si l'acte est conclu alors que l'esclave n'est pas sous puissance ; ce serait le cas p. ex. d'un *servus* d'une succession vacante à laquelle tous les héritiers auraient renoncé, faisant de l'esclave substitué, un héritier libre devant répondre à l'action : cf. le D. 15, 1, 3, pr.-1 *Ulpianus* (*Labeo*).

Voir de plus la note 1166.

Au sujet de cette condition, cf. : MANDRY, II, p. 221 ss.

¹³⁶⁹ Voir les sections « L'extinction du pécule – l'*actio annalis* », p. 288 ss, « L'*actio annalis* », p. 394 ss, et « Les actes *ex ante gesto* », p. 333 ss.

Voir : MANDRY, II, p. 357 s.

¹³⁷⁰ Au sujet de cette condition, voir : MANDRY, II, p. 228 ss ; BUCKLAND, p. 207 et 209 ; MICOLIER, p. 655 s.

Voir en outre l'introduction de la section « Les actes bilatéraux accomplis *cum servo cum peculio* », p. 336 ss.

¹³⁷¹ Si l'obligation est accomplie par le *dominus* spontanément, il devient en principe simultanément créancier naturel interne de l'esclave, ce qui lui permettra notamment de déduire lors de son prochain procès *de peculio* : cf. les explications données dans la section « Les rapports internes », p. 354 ss.

¹³⁷² Dans certains cas, on se réfère à un pécule fictif, comme il en va du cas de l'*actio annalis* où la fiction du pécule est p. ex. clairement évoquée dans le D. 15, 2, 3 *Pomponius*, pour les cas de la mort et de l'affranchissement de l'esclave. Voir en outre les développements dans les sections

l'intention de conclure celui-ci *servi nomine* ou *peculiari nomine*¹³⁷⁴, intention qu'il devra prouver au cours du procès pour prétendre à l'action *de peculio*¹³⁷⁵ :

« L'extinction du pécule – l'*actio annalis* », p. 288 ss, et l'« *actio annalis* », p. 394 ss. De même que dans le cas d'un homme libre se faisant passer pour esclave, il apparaît qu'une action utile *de peculio* est donnée et que ce sera le patrimoine de cet homme qui sera considéré comme pécule : cf. le D. 15, 1, 52, pr. *Paulus*. De plus, un acte de mauvaise foi du maître, comme une *ademptio* injustifiée ou un vol dans le pécule de l'esclave, permet au prêteur de tenir compte du pécule comme s'il n'avait pas été retiré ou diminué : cf. le D. 15, 1, 21, pr. *Ulpianus (Mela)*, le D. 15, 1, 9, 4 *Ulpianus (Peditius)* et le D. 15, 1, 9, 1 *Ulpianus (Pomponius, Neratius)*.

Voir à ce sujet : MANDRY, II, p. 379 s. et 401 ss ; BUCKLAND, p. 218.

¹³⁷³ Voir : le D. 15, 1, 47, pr. *Paulus*, qui semble concevoir une sorte de responsabilité objective du *dominus*, du seul fait de l'existence d'un pécule au moment de l'action (Voir sur ce texte la note 1380). Voir encore : le D. 15, 1, 45 *Paulus a contrario*, qui, pour le cas d'un fils de famille, indique clairement que si le père a retiré le pécule de son fils, les créanciers ne pourront plus actionner le *pater familias*.

Voir, au sujet de l'existence du pécule comme condition à l'ouverture d'action : MANDRY, II, p. 361 ss ; BUCKLAND, p. 207 et 212 s. ; BUTI, p. 31, qui estime que la preuve de l'existence du pécule suffit et rejette l'obligation de prouver l'acte de volonté constitutif du maître. Dans le même sens que ce dernier : LEVY, IVRA 3 (1952), p. 155. Voir encore en ce sens : ALBANESE, note 681, p. 155 ; BURDESE, Studi Sanfilippo I, p. 84 et 87. *Contra* : SOLAZZI, Scritti I (p. 247 ss), p. 258, qui pense que le tiers devra offrir la preuve non seulement de l'existence du pécule, mais encore de la *concessio* ou *scientia* du maître.

En ce qui concerne la problématique des actes *ex ante gesto*, nous renvoyons le lecteur à la section « Les actes *ex ante gesto* », p. 333 ss.

¹³⁷⁴ Voir les développements au sujet de ces notions dans la section « Les actes conclus *servi nomine* ou *peculiari nomine* », p. 311 ss.

¹³⁷⁵ L'intention dont nous parlons ici doit être bien distinguée de la connaissance. En effet, il n'était pas toujours possible au tiers de s'assurer de l'existence d'un pécule au moment de l'acte ; il devait par contre avoir l'intention de conclure un acte au regard d'un pécule, fût-il hypothétique à ce moment-là (voir la problématique des actes *ex ante gesto* développée à la section « Les actes *ex ante gesto* », p. 333 ss). Cette intention ne devait être prouvée que lors du procès *de peculio*, mais elle était vraisemblablement présumée au moment de l'acte.

Voir à ce sujet : BUTI, p. 147, qui précise qu'il faut avant tout déterminer dans l'intérêt de qui l'esclave a effectué l'acte. A la p. 189, il admet que c'est l'acte de l'esclave qui déterminera l'action possible que le tiers pourra engager ; ainsi, si ce dernier contracte *servi* ou *peculiari nomine*, l'action sera donnée *de peculio*. *D'un autre avis* : MANDRY, II, p. 358, qui rejette l'idée que le tiers doit avoir eu l'intention de conclure un contrat en faveur du maître ou de l'esclave. Selon Mandry, un rapport de connexité entre le pécule et l'acte ne serait pas nécessaire à l'ouverture de l'action, puisque l'acte serait de toute façon en rapport avec le pécule. Nous pensons néanmoins que, bien qu'il existe une présomption que l'esclave possède un pécule, il peut en réalité ne pas posséder de pécule ou avoir conclu un acte à tout autre titre, p. ex. en tant qu'*institor* ou dans l'idée de provoquer un *versum*. Or, le tiers qui ouvrirait la mauvaise action pourrait ne pas obtenir satisfaction, ou du moins pas autant qu'il ne pourrait l'escompter.

*Gai. 4, 74 : Ceterum dubium non est, quin et is qui iussu patris dominive contraxit cuique exercitoria vel institoria formula competit, de peculio aut de in rem verso agere possit ; sed nemo tam stultus erit, ut qui aliqua illarum actionum sine dubio solidum consequi possit, in difficultatem se deducat probandi habere peculium eum, cum quo contraxerit, exque eo peculio posse sibi satis fieri, vel id quod persequitur in rem patris dominive versum esse.*¹³⁷⁶

Ce texte prévoit explicitement la preuve par le tiers que celui avec lequel il a contracté possède abstraitement un pécule au moment où il ouvre action¹³⁷⁷, moment qu'il faut distinguer de celui du jugement où le *peculium* est évalué¹³⁷⁸.

L'institution du pécule était à ce point répandue dans l'Empire romain qu'on pouvait de bonne foi présumer, lorsque l'esclave agissait de manière autonome, qu'il le faisait au regard d'un pécule¹³⁷⁹. En effet, le côté subsidiaire de cette action, énoncé dans plusieurs sources, nous permet d'imaginer qu'elle était quasiment donnée chaque fois qu'il n'y avait pas d'autre possibilité, et donc, que la plupart des esclaves

¹³⁷⁶ Traduction : D'ailleurs, il n'est pas douteux que celui qui a contracté sur la base de l'autorisation du père ou du maître et celui qui bénéficie de la formule exercitoire ou institoire peut exercer lui aussi l'action sur le pécule ou pour ce qui serait versé au patrimoine du maître. Mais personne ne sera assez sot, quand il peut sans conteste poursuivre par l'une des actions spéciales pour le tout, d'aller se mettre en difficulté pour prouver que son cocontractant possède un pécule et que sa créance peut être couverte par ledit pécule ou qu'elle a été versée dans le patrimoine du père ou du maître.

¹³⁷⁷ Peu importe que le pécule soit vide à ce moment-là : voir la section « Le pécule *in quo nihil est* », p. 298 ss.

¹³⁷⁸ Voir les développements dans la section « Le moment de l'estimation du pécule », p. 383 ss.

¹³⁷⁹ Voir en ce sens : BUCKLAND, p. 187, qui souligne que l'esclave engagé dans des transactions commerciales a au moins un pécule ; MICOLIER, p. 290 ss, qui pousse son raisonnement jusqu'à admettre l'existence nécessaire du pécule sans volonté du *dominus*. Nous pensons que cette idée ne respecte pas les réalités du droit de l'époque classique et notamment les principes hérités de l'ancien droit, toujours applicables, notamment par rapport à la *potestas* et au statut juridique de l'esclave. En effet, si nous admettions que le pécule existe sans volonté du maître, il faudrait admettre que celui-ci puisse devoir répondre même pour des actes conclus par son esclave sans aucun droit de regard, ce qui supposerait une capacité juridique propre de l'esclave, encore inconcevable à cette époque. Si l'on admettait le système de MICOLIER, on ne comprendrait pas non plus pourquoi ce ne serait pas l'esclave qui répondrait personnellement à l'action *de peculio* sur son pécule.

possédaient un pécule¹³⁸⁰. La large diffusion de l'institution du pécule était sans doute dictée non seulement par les *minima* de sécurité du commerce, mais encore probablement par une certaine dignité que les Romains devaient reconnaître chez leurs esclaves s'occupant couramment de leurs affaires.

c. *Le moment de l'estimation du pécule*

Il existe deux sortes d'estimations : on distingue ainsi l'estimation officielle faite devant l'autorité (en principe le juge) au moment d'une procédure *de peculio* ou *de peculio annalis*, s'agissant de déterminer l'étendue de la responsabilité, et l'estimation non officielle qui peut être effectuée à tout moment, mais spécialement en cas de sortie du pécule de la sphère d'influence du *dominus*, soit en cas d'aliénation ou d'affranchissement¹³⁸¹.

Dès qu'une procédure *de peculio*, qu'elle soit simple ou *annalis*, est engagée, il faut déterminer quelles sont les forces du pécule :

*D. 42, 4, 7, 15 Ulpianus : Si quis actione de peculio filii vel servi nomine conveniri possit, si latitet, eo iure utimur, ut possint bona eius possideri et venire, tametsi nihil fuerit in peculio, quia esse potest et rei iudicatae tempus spectamus, utrum sit an non sit, et quod teneat actio, etiam si nihil in peculio fuerit.*¹³⁸²

¹³⁸⁰ Voir p. ex. : le D. 14, 5, 1 *Gaius* et Gai. 4, 74/74a, où l'action simple *de peculio* ne semble être conseillée qu'en dernier recours. Voir encore : le D. 15, 1, 47, pr. *Paulus*, où l'interdiction qui est faite de contracter avec un esclave devant une *taberna* ne préjuge en rien de la possibilité pour le tiers, qui aurait néanmoins conclu un contrat avec l'esclave, d'actionner le maître *de peculio*. En effet, le maître a seulement eu la volonté que l'acte ne soit pas conclu *domini nomine*, ce qui n'empêche pas qu'il puisse être conclu *servi nomine*. Ce texte met en relief le côté partiellement objectif de la responsabilité *de peculio*, c.-à-d. du fait qu'un pécule existe.

Voir en outre la note 1722.

¹³⁸¹ Cf. la note 1299.

¹³⁸² Traduction : Si un père ou un maître, contre lequel on a l'action *de peculio* à cause d'une obligation contractée par son fils ou son esclave, se cache, l'usage est que ses biens peuvent être saisis et vendus, quand bien même il ne se trouverait rien dans le pécule [au moment de l'ouverture d'action] ; parce qu'il peut s'y trouver quelque chose, et ce n'est qu'au moment du jugement qu'on examine s'il y a quelque chose dans le pécule ou non. L'action peut donc toujours être intentée alors qu'il ne se trouve rien dans le pécule.

Ce texte distingue différents moments. Il y a le moment de l'ouverture d'instance *in iure* par le dépôt de l'action devant le prêteur et le moment *apud iudicem* où le demandeur obtient le jugement. Ce n'est pas au moment de l'ouverture d'action qu'on déterminera les forces du pécule, qui peut d'ailleurs être vide à cet instant-là, mais bien au moment du jugement ; en effet, le pécule peut augmenter ou diminuer jusque là¹³⁸³. L'étendue de la responsabilité dépendra donc de l'estimation officielle qui sera faite du pécule au temps du jugement. Lorsque l'action *annalis* est intentée, dans l'hypothèse où l'esclave est aliéné *cum peculio*, l'ancien maître sera tenu durant une année pour le montant du pécule que l'esclave a entre ses mains, qu'il provienne de lui ou qu'il ait été acquis auprès de son nouveau maître ; on tient compte en effet du pécule existant où qu'il se trouve¹³⁸⁴. Dans les autres hypothèses couvertes par l'action *annalis*, c'est-à-dire en cas de mort de l'esclave¹³⁸⁵, en cas d'affranchissement¹³⁸⁶ ou encore en cas d'aliénation *cum* ou *sine peculio* sans qu'un pécule ait été constitué chez l'esclave aliéné, on se fondera sur l'estimation du *peculium* qui pouvait être faite au moment de ces événements, sous réserve des diminutions ou augmentations afférentes à un pécule hypothétique ou fictif¹³⁸⁷ qui ne sont pas issues de transactions commerciales, dès ces événements et jusqu'au moment du jugement¹³⁸⁸.

¹³⁸³ Voir en ce sens également : le D. 24, 3, 53 *Tryphoninus*, pour le cas analogique du fils de famille ; le D. 15, 1, 30, pr. *Ulpianus (Proculus, Pegasus)* ; le D. 34, 3, 5, 2 *Ulpianus (Iulianus)* ; le D. 15, 1, 47, 2 *Paulus*.

En ce sens, voir de plus : MANDRY, II, p. 372 s. ; SOLAZZI, *Scritti I* (p. 109 ss), p. 113 ; SOLAZZI, *Scritti I* (p. 161 ss), p. 232 ; BUCKLAND, p. 207 et 226 ; MICOLIER, p. 196 s. et 665 ; KASER, I, § 141 II 1, p. 606.

¹³⁸⁴ Cf. : le D. 15, 1, 47, 6 *Paulus*.

¹³⁸⁵ Cf. : le D. 15, 1, 57, pr. *Tryphoninus*.

¹³⁸⁶ Cf. : le D. 15, 1, 57, 1 *Tryphoninus*.

¹³⁸⁷ En effet, dès l'instant où l'esclave est mort, le pécule se confond avec le patrimoine du maître, ou encore dès l'affranchissement, car il devient le véritable *patrimonium* de l'affranchi.

¹³⁸⁸ Comme le sont le croît d'un troupeau, la naissance d'enfants ou la perte naturelle d'un de ceux-ci : cf. le D. 15, 2, 3 *Pomponius*, qui souligne la fiction d'un tel accroissement ou diminution du pécule (*quasi peculii*) entre le moment de la mort ou l'affranchissement et le jugement *de peculio annalis*.

En ce sens, voir : SOLAZZI, *Scritti I* (p. 109 ss), p. 113 ; BUCKLAND, p. 228.

Dans les hypothèses hors procès, le pécule peut être à tout moment estimé par le *dominus*, qui peut demander à l'esclave la présentation de sa comptabilité, mais il le sera spécialement en cas d'aliénation *cum peculio*, puisque le maître prendra garde de soustraire ses créances à ce moment-là, sous peine de ne pouvoir le faire plus tard lors d'une procédure *annalis* contre lui. Il en irait de même en cas d'affranchissement¹³⁸⁹. Cependant, ces estimations n'ont rien d'officiel, puisqu'elles sont opérées par le *dominus* lui-même, sans autre surveillance.

d. L'étendue de la responsabilité

L'institution du pécule accorde au tiers une action lui permettant d'engager la responsabilité du maître en cas d'inexécution de la convention conclue par le subordonné. Dès la *litis contestatio*, c'est-à-dire dès l'acceptation de la formule par les deux parties¹³⁹⁰, l'obligation civile adjectice originaire est transformée en une obligation tendant au jugement selon la formule du prêteur et les conclusions des parties qui en fixent l'objet ; jusqu'au moment du jugement, tant l'esclave que le maître peuvent encore exécuter la prestation *in solidum* pour se libérer¹³⁹¹, mais dès l'instant où le maître est condamné, il est soumis à une obligation judiciaire (de la chose jugée – *res iudicata*) d'indemniser le tiers pour

¹³⁸⁹ Voir : le D. 35, 1, 32 *Africanus* et le D. 40, 7, 5, pr.-1 *Pomponius* (*Neratius, Aristo*), où un *de cuius* demande dans son testament que son esclave à affranchir rende les comptes. Un reliquat de compte à payer sur la base d'une cause incertaine n'empêchera pas l'esclave d'accéder à la liberté. Voir encore : le D. 33, 8, 8, 7 *Ulpianus*, où un esclave est prié de « rendre » ses comptes avant son affranchissement. Dans le même sens, mais une fois affranchi, cf. : le D. 3, 5, 44, 1 *Ulpianus*, où l'esclave n'a plus besoin de rendre les comptes.

¹³⁹⁰ Voir au sujet de la *litis contestatio* : MANDRY, II, p. 265 ss ; MICOLIER, p. 669 ss ; MONIER, I, p. 163 ; SCHMIDLIN/CANNATA, II, p. 270 s.

¹³⁹¹ En effet, il semble qu'après la *litis contestatio* mais avant le jugement, tant l'obligation civile que naturelle subsistent. De manière générale, l'obligation naturelle n'est pas affectée par le conflit civil (cf. le D. 15, 1, 50, 2 *Papinianus*) et conserve en tout temps sa portée *in solidum*. Quant à l'obligation civile, on observe qu'elle vaut aussi *in solidum*, mais seulement jusqu'au moment du jugement. Le D. 12, 6, 60, pr. *Paulus* (*Iulianus*), semble en attester, puisqu'il indique que le débiteur civil (le maître) qui paierait entre la *litis contestatio* et le jugement un montant dû supérieur à celui de la condamnation civile finale ne pourra pas répéter le surplus. Voir sur cette question : Gai. 4, 114, qui prévoit que le débiteur qui satisfait le créancier après la *litis contestatio* mais avant le jugement sera absout.

Voir aussi la note 1400.

inexécution¹³⁹². Ce dernier pourra donc compter sur une étendue de réparation correspondant au maximum à l'actif du pécule déduit de ce qui est dû au maître :

*D. 14, 4, 1, pr. Ulpianus : Huius quoque edicti non minima utilitas est, ut dominus, qui alioquin in servi contractibus privilegium habet (quippe cum de peculio dumtaxat teneatur, cuius peculii aestimatio deducto quod domino debetur fit), tamen, si scierit servum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor ex hoc edicto in tributum vocatur.*¹³⁹³

Contrairement à l'institution de l'action *tributoria* où le maître n'a pas de privilèges particuliers par rapport aux autres créanciers, dans l'action *de peculio*, le pécule doit toujours être estimé déduction faite des dettes que l'esclave aurait envers lui ou envers des co-esclaves¹³⁹⁴. Si les imputations au pécule demeurent pour la plupart soumises à la volonté du maître, l'opération de déduction est régie par le *ius deductionis* qui la consacre de manière automatique dans les estimations officielles du *peculium*¹³⁹⁵.

Ainsi, si le tiers actionne pour un montant supérieur à l'actif du pécule après déduction, il n'obtiendra pour se satisfaire que la valeur de cet actif net : c'est pourquoi les textes parlent souvent d'une responsabilité limitée *dumtaxat de peculio*, c'est-à-dire à raison du pécule¹³⁹⁶ :

¹³⁹² En ce qui concerne la distinction des différents moments de la procédure, voir : Gai. 3, 180 et Gai. 4, 107.

¹³⁹³ Traduction : Cet édit a encore l'avantage de considérer le maître, qui par rapport aux contrats conclus par ses esclaves a communément le privilège de n'être obligé que jusqu'à concurrence du pécule déduction faite de ce qui peut lui être dû dessus, comme un créancier extérieur venant concourir à la liquidation des marchandises du pécule, s'il sait que son esclave a traité avec un fonds de commerce déterminé.

¹³⁹⁴ En ce sens également, voir : Gai. 4, 73.

¹³⁹⁵ Voir la section « Le *ius deductionis* », p. 364 ss.

¹³⁹⁶ Voir : le D. 13, 6, 3, 4 *Ulpianus*, qui énonce clairement, pour le cas d'un prêt (*commodatum*) fait à l'esclave, que le maître pourra être tenu à raison du pécule – *dumtaxat de peculio erit agendum* ; le D. 12, 6, 11 *Ulpianus*, qui indique que ce que le maître, actionné *de peculio*, paierait au-delà de ce qui se trouve dans le pécule – *plus quam in peculio est solverit* –, ne pourra être répété.

Au sujet du plafond de cette responsabilité *de peculio*, voir : MANDRY, II, p. 214 et 380 ; GRADENWITZ, Z. S. S. 27 (1906), p. 249 ; SOLAZZI, Scritti I (p. 99 ss), p. 103 ; SOLAZZI, Scritti I

*D. 15, 1, 47, 2 Paulus : Si semel actum sit de peculio, quamvis minus inveniatur rei iudicandae tempore in peculio quam debet, cautionibus locum esse non placuit de futuro incremento peculii : hoc enim in pro socio actione locum habet, quia socius universum debet.*¹³⁹⁷

Ce texte souligne tout à fait ce concept en indiquant que le tiers dont la créance n'a pas été entièrement satisfaite ne pourra pas se faire garantir le découvert ; le maître est donc en principe libéré civilement en payant une indemnité correspondant à la valeur maximale de l'actif du pécule déduction faite de ses propres créances¹³⁹⁸. Son paiement libérera d'ailleurs solidairement l'esclave de son obligation naturelle jusqu'à concurrence du montant de la condamnation civile¹³⁹⁹.

Cependant, comme le montant déterminé de la responsabilité prétorienne du maître peut être inférieur à la valeur de l'obligation naturelle de base de l'esclave, celle-ci subsistera pour le solde¹⁴⁰⁰. Il en résultera deux conséquences : une première, de droit naturel, consistant

(p. 161 ss), p. 236 ; BUCKLAND, p. 207 et 217 ; MICOLIER, p. 658 ss ; KASER, I, § 141 II 1, p. 606 ; ALBANESE, p. 154 s. ; BURDESE, Studi Sanfilippo I, p. 87 ss.

¹³⁹⁷ Traduction : Quand le créancier a intenté son action sur le pécule et qu'il ne s'y trouve pas assez au temps du jugement pour satisfaire l'entier de sa créance, il ne pourra point demander caution au maître de lui payer le reste en cas d'augmentation du pécule. Ces cautions n'ont lieu que lorsqu'un associé agit contre son co-associé, car un associé est débiteur pour le tout.

¹³⁹⁸ Voir de plus les développements en note 1404.

En ce sens, voir : GRADENWITZ, Z. S. S. 27 (1906), p. 249.

¹³⁹⁹ Voir à ce sujet : MICOLIER, p. 669, qui indique que le maître est libéré dès qu'il paie le montant de sa condamnation, même si le montant de la dette n'est pas entièrement couvert ; KASER, I, § 141 II 1, p. 606.

¹⁴⁰⁰ Voir p. ex. en ce sens : les D. 46, 1, 8, 2-3 *Ulpianus* et le D. 12, 6, 60, pr. *Paulus*, qui précisent qu'après la *litis contestatio*, les deux obligations - civile et naturelle - subsistent jusqu'au jugement, et que même après le jugement, le véritable débiteur reste obligé naturellement (cf. : le D. 15, 1, 50, 2 *Papinianus*, expliqué en note 1195). Voir de plus : le D. 46, 1, 60 *Scaevola*, qui indique que le fidéjusseur de l'obligation naturelle reste obligé, même si le débiteur est libéré de son obligation civile.

Voir encore : MICOLIER, p. 669, qui précise que l'esclave est débiteur de toute la dette avant le procès et de ce qui reste après celui-ci ; MARTINI, LABEO 26 (1980), p. 106, qui rappelle que l'*obligatio servi* n'est pas *translata in litem* (traduite en justice civile).

Voir en outre les développements dans la section « Le rapport « civil » *lato sensu* adjectice entre tiers et maître », p. 340 ss.

en l'impossibilité de répéter le surplus payé qui dépasserait le montant de la condamnation civile *dumtaxat*, mais serait inférieur ou équivalent à celui de l'obligation naturelle de base¹⁴⁰¹, et une seconde consistant à permettre au tiers éventuellement de réengager une action *de peculio* pour le solde. En effet, pour éviter des situations inéquitables ou orchestrées par le maître en défaveur des tiers, le prêteur a voulu que celui qui ne serait pas complètement satisfait lors du premier jugement, puisse rouvrir action pour le solde, à condition que le pécule ait augmenté depuis :

*D. 15, 1, 30, 4 Ulpianus : Is, qui semel de peculio egit,
rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest.*¹⁴⁰²

En d'autres termes, on permet au tiers qui n'a pas touché l'intégralité de sa créance, de réengager une procédure après *restitutio in integrum*¹⁴⁰³ pour le solde et sur la base de l'augmentation nette du pécule¹⁴⁰⁴.

¹⁴⁰¹ Voir p. ex. en ce sens : le D. 13, 5, 2 *Iulianus*, pour le cas analogique du fils de famille, et le D. 12, 6, 11 *Ulpianus*. De plus, au D. 16, 2, 9, pr. *Paulus*, il semble qu'un tiers, qui a contracté un contrat de société avec l'esclave devenu son débiteur, puisse opposer la compensation pour le tout au maître qui agirait contre lui pour un montant dépassant peut-être la valeur du pécule, alors que s'il actionnait à son tour le maître *de peculio*, il obtiendrait moins. Cette compensation *in solidum* révèle donc que le tiers peut se référer à une obligation naturelle de l'esclave en sa faveur en son entier quand le maître veut l'actionner, le maître en étant en quelque sorte tenu par une forme de solidarité.

Voir en outre les développements de les notes 1225 et 1227 et la section « Les liens entre le rapport naturel et le rapport civil – effet de solidarité et de libération », p. 346 ss.

¹⁴⁰² Traduction : Celui qui a agi une première fois *de peculio*, peut agir une seconde fois pour le solde résiduel de la dette, si le pécule a augmenté.

¹⁴⁰³ Le *rursus* énoncé par le texte pourrait en être un indicateur.

Voir en outre les explications données à la note 1404 ci-dessous.

¹⁴⁰⁴ En ce sens, voir : le D. 15, 1, 32, 1 *Ulpianus* au début, qui permet au tiers, qui n'aurait pas été satisfait, de rouvrir action *de peculio* au cas où le pécule aurait augmenté. Il convient de lire ce texte en rapport avec le D. 15, 1, 47, 2 *Paulus*, qui indique que le tiers ne pourra pas demander de caution au *dominus* pour le solde en cas d'augmentation future du pécule. En effet, dès que le jugement *dumtaxat de peculio* intervient, il ne peut plus y avoir de garantie sur l'obligation civile adjectice du maître, car celle-ci n'existe plus dès cet instant, excepté en cas de *restitutio in integrum*, ce qui est le cas dans le D. 15, 1, 30, 4 *Ulpianus* et le D. 15, 1, 32, 1 *Ulpianus*. Dès lors, déduction faite de ce que le créancier a déjà perçu, on lui permet d'agir pour le solde de sa créance dans les limites de l'augmentation nette du pécule.

Bien que les textes ne le précisent pas clairement, on se fondera probablement sur l'augmentation nette du pécule au moment où le nouveau jugement aura lieu, en ce sens que le maître attaqué

Nous pouvons donc en induire que, dans ce cas, l'action ne dépend pas seulement de l'existence du pécule et de l'obligation adjectice du maître qui ne subsiste pas au-delà de la condamnation, mais bel et bien aussi d'une certaine manière de l'*obligatio naturalis servi*¹⁴⁰⁵, puisque

pourra déduire ses éventuelles créances internes privilégiées nées contre son esclave depuis le dernier procès. Cela semble en effet découler du D. 15, 1, 32, 1 *Ulpianus* au milieu.

Stratégiquement, le maître n'augmentera cependant pas volontairement le pécule de son esclave, car en même temps il sait qu'il accepte de la sorte que l'étendue de sa responsabilité soit augmentée et soumise à l'éventuelle action pour le solde des dettes envers les tiers créanciers.

Cette possibilité de rouvrir action contre le même débiteur peut être rapprochée de celle conférée au tiers d'actionner une première fois le vendeur *de peculio annalis* et ensuite l'acheteur *de peculio*, s'il n'a pas reçu du premier de quoi couvrir sa créance et si le pécule a augmenté (cf. le D. 15, 1, 32, 1 *Ulpianus* à la fin). En effet, on observe que se produit une véritable *restitutio in integrum* qui annule l'effet de la *litis contestatio* et permet au tiers de réintenter l'action contre l'acheteur. Dans le même sens, si l'on a commencé par actionner l'acheteur, au D. 15, 1, 47, 3 *Paulus (Proculus)*, Ulpien pense qu'il n'y aura que la possibilité d'une *restitutio in integrum*, « ce qui est déjà assez » comme l'indique le texte (*satis enim esse*), contrairement à *Proculus* qui conçoit que le tiers puisse avoir une action utile contre le vendeur uniquement pour le solde. Cette action « pour le solde » que *Proculus* propose (ressemblant à l'action *de peculio*) ne pourrait en effet qu'être utile, car elle n'implique pas de *restitutio in integrum* et, comme il y a eu *litis contestatio*, on ne pourrait pas réintenter l'action ordinaire *de peculio*. A noter toutefois que le D. 15, 1, 47, 3 *Paulus (Proculus)*, semble plutôt viser l'hypothèse où le vendeur ou l'acheteur auraient été insolvables, que celle où le pécule aurait augmenté. Voir de plus les développements dans la section « L'*actio annalis* », p. 394 ss.

Voir à ce sujet : FERRINI, Z. S. S. 21 (1900), p. 195, qui pense qu'il manque un « non » à « potest » dans le D. 15, 1, 30, 4 *Ulpianus*, considéré comme interpolé ; GRADENWITZ, Z. S. S. 27 (1906), p. 249 ss, qui considère plutôt qu'il n'y a pas de « Vollkonsumtion » et qu'il doit y avoir une *restitutio in integrum* tacite ; SOLAZZI, Scritti I (p. 109 ss), p. 109 s. ; SOLAZZI, Scritti I (p. 161 ss), p. 231 ss, qui rejette l'intégrité du D. 15, 1, 30, 4 *Ulpianus*, en soulignant d'une part que l'action une fois intentée entraîne par la *litis contestatio* l'impossibilité de rouvrir action sur la même affaire, et d'autre part, que la *restitutio in integrum* annule en principe tous les effets de la première action et donc empêche de pouvoir actionner que pour le solde ; BUCKLAND, p. 226 ; MICOLIER, p. 410 ss, 665 et 669 ss, pour qui la nouvelle action nécessiterait une *restitutio in integrum*.

¹⁴⁰⁵ Cette idée paraît découler également du D. 46, 1, 16, 4 *Iulianus*, qui indique que les obligations naturelles des esclaves semblent aussi à la base de l'action adjectice contre le maître. Cf. les explications données en note 1219.

En ce sens, voir : MANDRY, II, p. 276 ss et BUCKLAND, p. 211, qui parlent déjà d'un « devoir de défendre » du *dominus* (« Defensionpflicht ») à l'obligation de l'esclave envers les tiers ; MICOLIER, p. 653, voit, à partir d'une certaine époque, le fondement de l'action *de peculio* dans l'obligation naturelle de l'esclave ; CORNIOLEY, p. 154, qui, tout en reconnaissant le principe d'une autorisation générale du *dominus* (*concessio* initiale), voit également le fondement de l'action *de peculio* dans l'*obligatio naturalis servi* ; BUTI, p. 185 ss, qui voit dans l'action *de peculio* une sanction de l'obligation de l'esclave, dont le maître serait l'*alter ego* processuel (cf. p. 192) ; MARTINI, LABEO 26 (1980), p. 106, qui évoque une distinction intéressante entre les actions adjectices « hors pécule » sanctionnant plutôt une obligation propre du maître, c.-à-d. l'obligation adjectice,

cette dernière persistant pour le solde permettrait au tiers, si le pécule est augmenté, d'ouvrir à nouveau action *de peculio* contre le *dominus*.

Le solde naturel créerait-il alors une nouvelle obligation adjectice ? Nous ne le pensons pas : le maître ne resterait que solidaire de l'obligation naturelle de son esclave pour laquelle il n'y a en principe pas d'action en justice envisageable¹⁴⁰⁶ ; encore faudrait-il cependant qu'il exécute spontanément le solde dû naturellement par son esclave.

Relevons de plus que la responsabilité *de peculio* porte uniquement sur le patrimoine propre du *dominus*¹⁴⁰⁷. En effet, le jugement condamne la personne du maître et l'étendue de sa responsabilité sera imputée à son patrimoine propre, non pas directement au pécule, bien entendu sous réserve du *ius deductionis*¹⁴⁰⁸. Bien que le pécule fasse juridiquement partie intégrante du patrimoine central du *dominus*, rappelons qu'il en est distingué dans les faits (ou naturellement) par un système de comptabilité. L'esclave n'ayant d'ailleurs pas la capacité de défendre en justice, le maître accepte en quelque sorte, par la concession du pécule, le

et l'action *de peculio* sanctionnant plutôt l'obligation de l'esclave. Il ne semble pas que celui-ci conçoive la possibilité qu'il existe deux obligations simultanées : une obligation dite adjectice visant le maître et une obligation naturelle visant l'esclave.

¹⁴⁰⁶ C'est-à-dire que, si après l'exécution de sa condamnation *de peculio*, le maître paie quelque chose qui ne reste dû que naturellement par son esclave, il ne pourra pas le répéter comme payé indûment. Cf. les notes 1225, 1227 et 1401.

¹⁴⁰⁷ Voir à l'appui de cette affirmation p. ex. : le D. 15, 1, 50, pr. *Papinianus* et le D. 42, 4, 7, 15 *Ulpianus*, qui montrent clairement que la responsabilité porte sur le patrimoine du maître. En effet, si celui-ci se cache au moment d'une procédure *de peculio* contre lui, le tiers pourra saisir autant de biens du patrimoine propre du maître qu'il est nécessaire à couvrir le montant de sa responsabilité et les vendre le cas échéant pour se satisfaire. En effet, à aucun moment il n'est fait allusion à la saisie des biens composant le pécule, et le texte d'ajouter que la saisie peut intervenir quand bien même le pécule serait vide. De plus, aux D. 15, 1, 43 *Paulus* et 15, 1, 47, 5 *Paulus* p. ex., ainsi que dans la plupart des textes faisant allusion à l'*actio de peculio annalis*, la responsabilité ne peut viser que le patrimoine de l'ancien maître, étant donné que le pécule a souvent changé de main.

En ce sens, voir : MANDRY, II, p. 373 ss ; MICOLIER, p. 653 ss ; KASER, I, § 141 II 1, p. 606.

¹⁴⁰⁸ Toutefois, la possibilité pour le maître, actionné *de peculio*, de donner en paiement au tiers des éléments du pécule lui-même peut exceptionnellement être accordée, comme en atteste le D. 10, 3, 9 *Africanus* à la fin. Il en va autrement dans l'*actio tributoria*, où la liquidation de la *merx* est la règle : cf. la section « La *merx peculiaris* – l'*actio tributoria* », p. 401 ss.

Au sujet de la possibilité pour le maître de déduire ultérieurement par le *ius deductionis*, voir la section « Le *ius deductionis* », p. 364 ss.

fait qu'il puisse être tenu directement pour responsable sur son patrimoine propre, à cause des actes de son subordonné, comme il en irait dans un système de représentation « directe ». L'insertion d'une fiction de liberté dans la formule de l'action *de peculio*, permettant au juge de tenir compte d'un acte générateur d'obligations conclu par l'esclave, atteste de la difficulté de concevoir qu'un objet de droit (l'esclave) puisse entrer en relation avec des sujets de droit¹⁴⁰⁹. Le fait enfin que la responsabilité porte sur le patrimoine du maître a plusieurs avantages : premièrement, le patrimoine propre du *dominus* constitue une garantie sûre pour le tiers, bien qu'elle puisse être limitée à hauteur de la valeur estimée du pécule ; deuxièmement, cette responsabilité permet indirectement au maître de savoir quelles activités sont effectuées par son esclave, à qui il a voué sa confiance par l'octroi de l'administration d'une partie de son patrimoine, probablement aussi dans le but de s'enrichir ; troisièmement, elle permet à l'esclave de continuer à gérer les affaires du pécule sans avoir à en déduire, en sus du montant des créances antérieures internes en faveur du maître¹⁴¹⁰, le montant de la responsabilité de l'*actio de peculio*¹⁴¹¹, risquant de réduire à néant l'exploitation de son entreprise et l'espoir de racheter un jour sa liberté¹⁴¹².

Toutefois, si le maître optait pour la déduction effective sur le pécule, celui-ci serait diminué matériellement, à chaque condamnation *de peculio*, des créances internes, y compris le montant de la dernière

¹⁴⁰⁹ Voir p. ex. : le D. 45, 2, 12, 1 *Venuleius* à la fin, qui précise que, dans l'institution du pécule, il faut observer les mêmes règles que si l'esclave eût été libre.

A propos de la transposition des sujets et de la fiction de liberté, voir : MANDRY, II, p. 256 ss ; GRADENWITZ, Z. S. S. 27 (1906), p. 230 ss ; KASER, I, § 141 I 3, p. 606 ; BUTI, p. 189 ss ; ALBANESE, p. 155 ; SCHMIDLIN/CANNATA, II, p. 290, qui présentent le texte de la formule *de peculio*.

Voir de plus la note 813.

¹⁴¹⁰ A noter qu'en cas de déduction « fictive », le pécule n'est pas matériellement diminué.

Voir au sujet des créances/dettes internes la section « Les rapports internes », p. 354 ss.

¹⁴¹¹ L'indemnité payée par le maître est toutefois reportée en déduction comme créance interne lors d'une ultérieure *actio de peculio* contre lui. Voir les notes 1285 et 1286.

¹⁴¹² A noter que le maître reste libre dans un deuxième temps de retirer le pécule par l'*ademptio*.

condamnation¹⁴¹³. Ainsi, non seulement l'actif du pécule serait réduit à chaque jugement, mais encore le montant maximal de la responsabilité serait d'autant moins grand.

e. *Le concours des créanciers*

Dans l'institution *tributoria*, tous les créanciers appelés et le maître lui-même concourent simultanément à la liquidation de la *merx peculiaris*¹⁴¹⁴. D'ailleurs, une fois liquidée, elle cesse d'exister et le maître ne peut être appelé par la suite qu'à corriger la distribution qu'il en aurait faite. Dans l'institution ordinaire du pécule, le système est différent : non seulement l'action *de peculio* intentée par un créancier n'entraîne pas l'arrêt obligatoire de l'exploitation du pécule, permettant à des créanciers postérieurs d'ouvrir aussi action¹⁴¹⁵, mais encore le maître est considéré, dans l'institution ici étudiée, comme un créancier privilégié qui, par l'intermédiaire du *ius deductionis*, se fait payer avant tous les autres. Pour les tiers créanciers ordinaires, la règle est celle du créancier le plus diligent ; le premier à obtenir jugement sera le premier servi :

*D. 15, 1, 10 Gaius : Si vero adhuc in suspenso est prius iudicium de peculio et ex posteriore iudicio res indicaretur, nullo modo debet prioris iudicii ratio haberi in posteriore condemnatione, quia in actione de peculio occupantis melior est condicio, occupare autem videtur non qui prior litem contestatus est, sed qui prior ad sententiam iudicis pervenit.*¹⁴¹⁶

¹⁴¹³ Voir les développements au sujet de la déduction matérielle dans la section « Le *ius deductionis* », p. 364 ss.

¹⁴¹⁴ A ce sujet, voir la section « La *merx peculiaris* – l'*actio tributoria* », p. 401 ss.

¹⁴¹⁵ En effet, l'action *de peculio* n'entraîne pas la liquidation du pécule, qui n'est affecté le cas échéant que par la déduction interne des créances du maître. La responsabilité portant ici sur le patrimoine propre du maître permet la continuation de l'exploitation du pécule. Les seuls dangers pour le tiers seraient, soit que le maître retire le pécule par l'*ademptio*, ce qui empêcherait l'action *de peculio*, soit qu'il applique le système de la déduction effective, et il vaudrait mieux que celui qui actionne ne soit pas alors parmi les derniers à le faire. Il resterait toutefois au tiers la possibilité éventuelle de tenter de démontrer un *versum*. La situation serait par contre bien plus mauvaise si le maître était insolvable, car les chances d'être satisfait par les actions adjectives seraient alors très réduites.

¹⁴¹⁶ Traduction : Mais si un premier procès *de peculio* est pendant et qu'un procès ultérieur *de peculio* aboutit à une condamnation, le maître ne pourra pas déduire sur cette condamnation la somme qui forme l'objet du premier procès, parce que dans l'action *de peculio*, c'est le créancier le plus

Ainsi, un créancier qui obtiendrait la fixation du procès devant le prêteur avant un autre¹⁴¹⁷, ne l'emportera pas forcément sur un créancier qui intenterait action postérieurement, mais obtiendrait jugement avant le premier¹⁴¹⁸. Certains créanciers, en plus du maître, ont aussi un statut privilégié et ils auront la possibilité de se satisfaire avant les autres, ou bien de se faire donner caution par les créanciers ordinaires qui les précéderaient¹⁴¹⁹. Dans tous les cas, tant qu'un pécule existe (au moins fictivement), chaque créancier peut ouvrir action *de peculio* ou *de peculio annalis*, même si le pécule est vide à ce moment-là¹⁴²⁰ ; ce qui compte, c'est qu'il y ait un actif péculier au temps du jugement permettant de couvrir au-moins en partie la créance du demandeur. A noter qu'à chaque condamnation *de peculio*, le maître pourra en déduire le montant sur le pécule lors du jugement suivant, car il devient créancier de l'esclave pour l'obligation qu'il a d'exécuter la sentence, comme s'il s'était substitué à ce dernier pour honorer la dette naturelle inexécutée de celui-ci envers le tiers¹⁴²¹. De plus, si le maître a opté pour le système de la

diligent qui est préféré. Or, le créancier le plus diligent n'est pas celui qui le premier a ouvert action, mais bien celui qui le premier obtient jugement.

¹⁴¹⁷ Voir, au sujet de la *litis contestatio*, la section « L'étendue de la responsabilité », p. 385 ss.

¹⁴¹⁸ C'est donc le moment du jugement, non de la *litis contestatio*, qui fixe l'ordre de préférence des créanciers. Voir en ce sens : le D. 14, 4, 6 *Paulus* et le D. 15, 1, 52, pr. *Paulus* au milieu.

En ce sens aussi, voir : BUCKLAND, p. 225 s. ; MICOLIER, p. 679 ; KASER, I, § 141 II 1, p. 607

¹⁴¹⁹ Cf. p. ex. : le D. 15, 1, 52, pr.-1 *Paulus*, qui consacre un privilège pour la personne qui aurait géré une tutelle p. ex.

Voir aussi : BUCKLAND, p. 224 s.

¹⁴²⁰ Le tiers prend en effet des risques en ouvrant action au mauvais moment. Il y a donc peut-être certaines stratégies à adopter, tant par rapport au moment que par rapport au choix de l'action la plus pertinente à intenter. Il se peut en effet qu'au temps du jugement le pécule ait augmenté, ce qui garantit au tiers une couverture au moins équivalente à ce qui se trouvera dans le pécule à ce moment-là. Il se peut aussi que le pécule ait diminué, voire se retrouve vide au temps du jugement. Dans ce cas, le tiers pourrait toujours tenter à nouveau d'actionner plus tard *de peculio*, ou bien essayer, le cas échéant, de démontrer un *versum*. Nous rappelons qu'il lui était loisible d'intenter l'action à double chef de condamnation *de peculio et de in rem verso*, pour sauvegarder toutes ses chances au moment du procès devant le juge.

¹⁴²¹ Cf. les notes 1285 et 1286. Voir aussi la section « Les liens entre le rapport naturel et le rapport civil – effet de solidarité et de libération », p. 346 ss

déduction effective de ses créances internes sur le pécule, l'étendue maximale de sa responsabilité sera amoindrie à chaque jugement¹⁴²².

Le tiers créancier pourrait tenter d'ouvrir en lieu et place de l'action *de peculio*, l'action *de in rem verso*, s'il arrive à démontrer un *versum* ; mais, dans les cas les plus douteux, il lui sera préférable d'intenter l'action aux deux chefs de condamnation *de peculio* et de *in rem verso* pour sauvegarder toutes ses chances¹⁴²³. Il pourrait cependant toujours tenter de demander la *restitutio in integrum* et ouvrir une nouvelle action *de peculio*, si le pécule augmente¹⁴²⁴.

f. L'*actio annalis*¹⁴²⁵

L'action *annalis*¹⁴²⁶ a lieu dans les hypothèses où l'esclave meurt, est affranchi ou encore aliéné :

D. 15, 2, 1, pr.-1 Ulpianus : (pr.) Praetor ait: "post mortem eius qui in alterius potestate fuerit, posteaquam is emancipatus manumissus alienatusve fuerit, dumtaxat de peculio et si quid dolo malo eius in cuius potestate est factum erit, quo minus peculii esset, in anno, quo primum de ea re experiundi potestas erit, iudicium dabo". (1) Quamdiu servus vel filius in potestate est, de peculio actio perpetua est : post

¹⁴²² Voir les développements au sujet de la déduction matérielle dans la section « Le *ius deductionis* », p. 364 ss.

¹⁴²³ Cf. la note 1577.

¹⁴²⁴ Voir la section « L'étendue de la responsabilité », p. 385 ss, et la note 1404.

¹⁴²⁵ Voir en outre les développements dans la section « L'extinction du pécule – l'*actio annalis* », p. 288 ss.

¹⁴²⁶ Voir au sujet de cette action le titre II du livre XV du Digeste, et les textes suivants qui en mentionnent notamment l'existence : le D. 15, 1, 14, 1 *Iulianus* ; le D. 15, 1, 37, 2 *Iulianus* ; le D. 15, 1, 33 *Iavolenus* ; le D. 15, 1, 38, 3 *Africanus* ; le D. 15, 3, 17, 1 *Africanus* ; le D. 15, 1, 27, 2/6 *Gaius* ; le D. 15, 1, 32, pr.-2 *Ulpianus (Iulianus)* ; le D. 15, 1, 26 *Paulus* ; le D. 15, 1, 43 *Paulus (Neratius, Labeo)*.

Au sujet de cette action *annalis*, voir : MANDRY, II, p. 413 ss ; BUCKLAND, p. 227 s. ; KASER, I, § 141 II 1, p. 607.

*mortem autem eius vel postquam emancipatus manumissus alienatusve fuerit, temporaria esse incipit, id est annalis.*¹⁴²⁷

Cette action, contrairement à l'action ordinaire de *peculio* qui est perpétuelle, n'est donnée, comme son nom l'indique, que pendant une année, dès l'instant où l'esclave quitte la sphère d'influence (*potestas*) de son maître¹⁴²⁸. Pour le reste, il semble que l'*actio annalis* possède les mêmes caractéristiques que l'action ordinaire sur le pécule¹⁴²⁹. Le prêteur a sans doute voulu éviter des situations inévitables pour le tiers. En effet, si l'esclave meurt, est affranchi¹⁴³⁰ ou encore aliéné *sine peculio* sans qu'il en acquière un nouveau chez son nouveau maître, le pécule n'existe effectivement plus, ce qui empêcherait le tiers de pouvoir actionner ordinairement de *peculio*¹⁴³¹. Ainsi, pour ne pas spolier le tiers de toute garantie commerciale¹⁴³², le prêteur a dû considérer que l'obligation

¹⁴²⁷ Traduction : (pr.) Le prêteur dit : « Après la mort de celui qui se trouve « en puissance », après qu'il aura été émancipé, affranchi ou aliéné, ou encore si quelque agissement malveillant de celui sous la puissance duquel il était aura causé une diminution du pécule (cf. le D. 15, 1, 26 *Paulus*), je donnerai à celui qui aura la possibilité d'actionner pour la première fois, une action à raison du pécule limitée dans la durée à une année. (1) Aussi longtemps que l'esclave ou le fils sont sous puissance, l'action de *peculio* est perpétuelle ; après leur mort, ou après leur émancipation, affranchissement ou aliénation, l'action commence à être limitée dans le temps, c'est-à-dire pour une année.

¹⁴²⁸ Voir : le D. 15, 1, 47, 6 *Paulus*, qui évoque le changement de maître par un changement de propriété (*dominium mutatum* et non pas *potestas mutatum*), bien que dans le fond, le changement de propriété implique en soi le changement de puissance.

En ce sens, voir : SOLAZZI, *Scritti I* (p. 161 ss), p. 169.

¹⁴²⁹ En ce sens, voir : BUCKLAND, p. 228 ; LEVY, *Die Konkurrenz*, p. 258, qui constate que l'action de *peculio* et de *peculio annalis* ne se distinguent que formellement, et non pas matériellement.

¹⁴³⁰ Avec ou sans son pécule ; de toute façon le pécule disparaît dans ce cas.

Voir toutefois le cas du rachat de liberté dans la section « L'affranchissement », p. 292 ss et la note 1012.

¹⁴³¹ L'existence du pécule est l'une des conditions nécessaires à l'ouverture de l'action et que le *peculium* est nécessaire pour déterminer l'étendue de la responsabilité.

Voir de plus les notes 1372 et 1373.

¹⁴³² Voir à ce sujet : MICOLIER, p. 458, qui indique que les jurisconsultes voulaient donner au tiers la garantie la plus complète ; SOLAZZI, *Scritti I* (p. 161 ss), p. 174, qui souligne que l'intérêt des créanciers est suffisamment protégé par l'*actio annalis*, mais que le pouvoir d'actionner l'acquéreur leur confère aussi un avantage ; BRINKHOF, p. 241, qui considère cette action *annalis* comme une véritable garantie protectrice du tiers créancier.

« civile » adjectice perdurerait le temps d'une année contre l'ancien maître de l'esclave¹⁴³³ et que le pécule existerait par fiction¹⁴³⁴.

Dans l'*actio annalis*, pour déterminer l'étendue de la responsabilité, on se fondera sur l'existence d'un pécule au temps du jugement tout comme dans l'action ordinaire. Cependant, il se peut que ce pécule soit dans la sphère d'influence d'un autre maître, comme c'est le cas si l'esclave est aliéné avec ou sans pécule et que l'acquéreur le lui ait concédé ou qu'il lui en ait constitué un nouveau¹⁴³⁵. Dans ce cas, l'étendue de la responsabilité *annalis* de l'ancien maître¹⁴³⁶ dépendra, seulement pour les actes du *servus* conclus avant l'aliénation¹⁴³⁷, du pécule que celui-ci possède au moment du jugement sous l'autorité de son nouveau maître¹⁴³⁸; toutefois, le *peculium* sera calculé sans déduction au

¹⁴³³ Voir p. ex. en ce sens : le D. 46, 1, 21, 2 *Africanus* (*Trebellianus*), qui fait clairement allusion à l'obligation civile perdurant en la personne du *dominus* durant une année.

¹⁴³⁴ Les juriconsultes estiment que le pécule existe par fiction, notamment par phénomène de remploi quand il est vendu contre de l'argent. Voir les développements dans la même section plus bas dans le corps du texte, ainsi que les notes 1003 et 1450.

¹⁴³⁵ Cf. : le D. 15, 1, 27, 2 *Gaius*.

En ce sens, voir : BUCKLAND, p. 229, qui précise que la *concessio* peut être aussi bien expresse que tacite.

¹⁴³⁶ Cette responsabilité sera rapportée à son patrimoine propre, comme il en va dans les règles ordinaires de *peculio* : voir la section « L'étendue de la responsabilité », p. 385 ss.

¹⁴³⁷ Cf. : le D. 15, 1, 38, 3 *Africanus* à la fin, pour le cas d'une aliénation *sine peculio* ; le D. 15, 1, 47, 4 *Paulus* (*Iulianus*), pour le cas d'une aliénation *cum peculio*.

¹⁴³⁸ Cf. : le D. 15, 1, 27, 6 *Gaius* (*Iulianus*), qui dit que le créancier acheteur de l'esclave *cum peculio* aura une action *annalis* contre le vendeur qui vaudra *dumtaxat* sur le pécule que l'esclave acquis a dans sa sphère d'influence. Le *dumtaxat* servant à définir l'étendue de la responsabilité du vendeur s'applique ici sur le pécule en propriété de l'acheteur. Voir encore : le D. 15, 1, 43 *Paulus* (*Labeo*), qui indique clairement que le vendeur sera tenu pour le pécule qui aura été constitué chez l'acquéreur, spécialement si la vente paraît stratégique pour l'aliénateur ; le D. 15, 1, 47, 6 *Paulus* et le D. 15, 1, 32, pr. *Ulpianus* (*Iulianus*), qui indiquent que l'on tiendra compte du pécule où qu'il se trouve (*ubicumque est*), c.-à-d. donc aussi chez l'acquéreur ; le D. 15, 1, 47, 4 *Paulus* (*Iulianus*), qui précise d'une part que le vendeur de l'esclave *cum peculio* sera tenu uniquement pour les actes conclus avant l'aliénation et d'autre part que l'on tiendra compte du pécule que l'acheteur a sous lui. Dans le même sens que le précédent texte, mais pour le cas d'une aliénation *sine peculio*, c.-à-d. pour le cas d'une aliénation de l'esclave où le vendeur a gardé le pécule : voir le D. 15, 1, 38, 3 *Africanus*.

Voir en outre, en ce qui concerne le cas de l'aliénation *cum peculio* les développements de la note 1003.

Voir à ce sujet : SOLAZZI, Scritti I (p. 161 ss), p. 185 ss ; BUCKLAND, p. 228 s.

préalable des créances internes du nouveau maître¹⁴³⁹, ni de celles de l'ancien si celui-ci avait omis de le faire lors de la sortie de l'esclave de sa puissance. Si le vendeur, qui aliène en même temps le pécule, néglige de déduire ses créances internes contre le *servus* au moment de sa sortie de puissance, le tiers aura cet avantage que l'on prendra en compte, pour déterminer l'étendue de la responsabilité, le pécule non déduit qui se trouve chez l'acheteur¹⁴⁴⁰. En cas d'aliénation, cette action *annalis* permet au tiers créancier d'avoir momentanément deux débiteurs « civils » à choix, si l'acquéreur concède à l'esclave un pécule¹⁴⁴¹ : il pourra actionner soit le vendeur *annalis*¹⁴⁴², soit l'acheteur *de peculio*¹⁴⁴³, voire l'un après l'autre ou inversement, mais seulement si le pécule a augmenté et par le moyen d'une *restitutio in integrum*¹⁴⁴⁴.

¹⁴³⁹ Il est de plus important donc que l'aliénateur n'oublie pas de déduire ses créances internes au moment de l'aliénation sous peine de voir l'étendue de sa responsabilité comptée sans le privilège du *ius deductionis*. A ce sujet, voir les notes 1007 et 1442.

Voir en outre les développements à la section « Le *ius deductionis* », p. 364 ss, spécialement aux notes 1337 ss.

¹⁴⁴⁰ P. ex., au D. 15, 1, 11, 8 *Ulpianus* (*Iulianus*).

¹⁴⁴¹ Peu importe que l'acheteur de l'esclave ait reçu et accepté comme pécule celui du vendeur, ou qu'il lui en ait constitué un nouveau : voir le D. 15, 1, 27, 2 *Gaius*.

¹⁴⁴² En même temps, toujours par rapport au même texte (le D. 15, 1, 11, 8 *Ulpianus*), si le tiers créancier achète l'esclave avec son pécule, on apprend qu'il pourra soit choisir d'actionner le vendeur *annalis*, soit déduire le montant de sa créance sur le pécule reçu et constitué (cf. aussi le D. 15, 1, 27, 6 *Gaius* et le D. 15, 1, 47, 4 *Paulus* (*Iulianus*) et BUCKLAND, p. 229). On comprend d'autant plus pourquoi il peut s'avérer avantageux pour un tiers créancier d'actionner le vendeur, puisque dans le cas où ce dernier a aliéné le pécule, il ne pourra plus rien en déduire, s'il ne l'a pas fait au moment de l'aliénation, et l'étendue de la responsabilité sera d'autant plus grande.

Voir en outre les notes 1007 et 1439.

¹⁴⁴³ Cf. : le D. 15, 1, 37, 2 *Iulianus* à la fin ; le D. 15, 1, 11, 8 *Ulpianus*.

¹⁴⁴⁴ Voir : le D. 15, 1, 47, 3 *Paulus* (*Proculus*), qui précise que, pour Ulpien, l'action ne peut pas être scindée et intentée simultanément contre le vendeur et l'acheteur ; dans ce cas, si l'on n'a pas été satisfait auprès de l'un, il faudra faire appel à une *restitutio in integrum* et actionner l'autre. Tandis que selon Proculus, le créancier pourrait avoir une action utile contre le vendeur s'il a commencé par actionner l'acheteur (cf. la note 1445). Voir encore, dans le même sens : le D. 15, 1, 30, 5 *Ulpianus* au début, à la suite du D. 15, 1, 30, 4 *Ulpianus*.

Pour de plus amples développements à ce sujet, voir : SOLAZZI, *Scritti I* (p. 161 ss), p. 161 ss, spéc. p. 194 ss ; SOLAZZI, *Scritti I* (p. 99 ss), p. 99 ss ; BUCKLAND, p. 229 ; LEVY, *Die Konkurrenz*, p. 258 ss ; MICOLIER, p. 456 ss.

Une alternative semble avoir été discutée : en effet, une action utile paraît éventuellement donnée dans l'hypothèse où le créancier qui aurait obtenu une partie seulement de sa créance auprès de l'un, souhaiterait actionner l'autre pour le solde¹⁴⁴⁵.

L'aliénateur de l'esclave avec son pécule prendra d'ailleurs garde de déduire ses créances naturelles au moment du transfert sous peine de perdre ce droit s'il est actionné *annalis*¹⁴⁴⁶.

Dans les autres cas, soit la mort, l'affranchissement ou encore l'aliénation avec ou sans pécule, sans qu'un pécule ait été constitué chez l'acquéreur¹⁴⁴⁷, le pécule n'existe effectivement plus. Les juriconsultes se servent alors soit fictivement de la valeur du emploi du pécule dans le patrimoine propre du maître, comme c'est le cas lorsque le *peculium* est

¹⁴⁴⁵ Voir : le D. 15, 1, 47, 3 *Paulus (Proculus)*, où Proculus propose cette solution pour un créancier qui n'aurait obtenu qu'une partie de sa créance en actionnant l'acheteur. D'autre part, dans le D. 15, 1, 30, 5 *Ulpianus* à la fin, Ulpien propose une solution similaire pour le cas d'un créancier qui aurait actionné un vendeur et qui malheureusement se serait heurté à une exception autre que le délai d'une année. Dans cette affaire, Ulpien dit qu'il « faut venir en aide » (*subvenire*) ; il n'emploie pas à proprement parler le terme d'action « utile », mais il semble que son affirmation puisse s'en approcher.

Relevons que dans l'hypothèse de l'action utile, il n'y a pas de *restitutio in integrum* (appelée aussi *iudicium rescissore*). La *litis contestatio* déploie ses effets extinctifs du litige ; en effet, on annule pas le précédent jugement, ce qui empêche d'une part de réintenter l'action ordinaire, et d'autre part, impose de compter ce qui aurait déjà été reçu, voire ce qui aurait pu l'être (c.-à-d. ce que le créancier n'a pas reçu du vendeur du fait de l'exception : voir le D. 15, 1, 30, 5 *Ulpianus*). Cette action utile vise donc uniquement ce qui reste dû ; elle semble s'appliquer principalement dans le cas où le débiteur civil actionné est insolvable, mais non pas si le pécule a augmenté, car on ne revient pas ici sur l'estimation du pécule (en effet, les textes ne se réfèrent pas au critère de l'augmentation du pécule et il n'y a d'ailleurs pas de nouveau jugement permettant de prendre en compte d'éventuelles augmentations).

Voir pour comparaison, le cas de l'action *de peculio aucto peculio* contre le même débiteur à la note 1404.

¹⁴⁴⁶ Cf. les notes 1007 et 1442. Voir en outre les développements à la section « *Le ius deductionis* », p. 364 ss, spécialement aux notes 1337 ss.

¹⁴⁴⁷ Il se peut que l'ancien maître aliène l'esclave avec son pécule, mais que l'acquéreur ne le lui concède pas.

Du moins, dans le cas où l'aliénateur se réserve le pécule au moment de la vente, il lui sera toujours loisible de déduire toutes les créances contre l'esclave qui seraient nées avant le transfert de celui-ci : voir le D. 15, 1, 47, 5 *Paulus*. Pour comparaison avec le cas où le pécule est aliéné, voir la note 1007.

aliéné contre un prix, le prix étant destiné à remplacer le pécule¹⁴⁴⁸, soit d'une pure fiction d'existence du *peculium*¹⁴⁴⁹ lorsque l'esclave est décédé, affranchi ou encore aliéné *sine peculio* et que son nouveau maître ne lui accorde pas de pécule¹⁴⁵⁰.

La justification de la limite temporelle trouve son sens dans un souci d'équité à l'égard de l'ancien maître pour plusieurs raisons. Ainsi, en cas de décès de l'esclave, le prêteur a probablement considéré que le maître ne pouvait être tenu indéfiniment pour un acte conclu sur un pécule dont l'administration aurait pris fin naturellement pour des raisons indépendantes de sa volonté. De plus, en cas d'affranchissement ou d'aliénation *cum peculio*, le prêteur a considéré sans doute qu'on ne pouvait pas exiger de l'ancien maître au-delà d'une année d'indemniser le tiers pour un acte conclu sur un pécule dont il ne serait plus propriétaire¹⁴⁵¹.

¹⁴⁴⁸ Au sujet de ce emploi : cf. la note 1003.

¹⁴⁴⁹ Celui-ci étant confondu dans le patrimoine central.

Au sujet de la confusion du pécule dans le patrimoine central du maître, voir : BUCKLAND, p. 228, qui indique que le pécule a perdu sa distinction objective.

¹⁴⁵⁰ Voir en ce sens : le D. 15, 2, 3 *Pomponius*, qui fait état de cette fiction en employant les termes de *quasi peculii* pour le cas de la mort ou de l'affranchissement ; le D. 15, 1, 47, 5 *Paulus*, qui précise que l'aliénateur qui aurait « gardé le pécule » pourra déduire toutes les créances naturelles internes qu'il aurait contre l'esclave avant la vente, s'il était actionné *annalis*. En effet, les dettes de l'esclave envers l'aliénateur postérieures à la vente ne sont pas considérées comme des dettes envers le maître.

Voir au sujet des différents moments d'évaluation la section « Le moment de l'estimation du pécule », p. 383 ss.

¹⁴⁵¹ De plus, il serait injuste que le maître ait à subir sur son patrimoine les effets d'une inflation du pécule chez le nouveau maître. La responsabilité de *peculio annalis* étant donnée *dumtaxat de peculio*, si le tiers avance une créance plus importante que ne l'était le montant du pécule au jour de l'aliénation de l'esclave, et que le pécule repris ou nouvellement constitué en mains du nouveau maître soit plus important, l'impact économique sur l'ancien maître correspondant à ce pécule pourrait s'avérer très important. La limitation dans le temps est donc, pensons-nous, doublement justifiée.

H. La *merx peculiaris* – l'*actio tributoria*¹⁴⁵²

a. Définition de l'institution

Il s'agit du cas particulier où l'esclave conclut un contrat avec un tiers¹⁴⁵³ dans le cadre de l'exercice d'un type de commerce déterminé au su de son maître¹⁴⁵⁴, et à l'aide d'un patrimoine commercial déterminé ou déterminable (la *merx peculiaris*)¹⁴⁵⁵ :

¹⁴⁵² Le Livre XIV, titre IV du Digeste, traite de cette matière.

Nous traduirons parfois *actio tributoria* par action « distributive ou contributive ». Nous justifions une telle terminologie par le fait que l'action tend à la répartition et distribution de la *merx*.

Voir en outre : MICOLIER, p. 349 ss.

¹⁴⁵³ La notion de tiers, tiers créancier ou de créancier doit s'entendre de manière générale de celui qui a un droit de créance, soit le droit d'exiger d'autrui une prestation. Cette prestation peut correspondre au paiement d'une dette ou à la *traditio* de l'objet d'une vente : cf. le D. 14, 4, 8 *Iulianus*, qui indique que l'action *tributoria* ne poursuit pas le dol, celui-ci n'étant qu'une condition à son ouverture, mais une chose ou sa valeur (par réipersecution : p. ex. l'objet d'une vente). On peut de plus relever qu'elle n'a pas de caractère purement pénal, notamment infamant.

¹⁴⁵⁴ L'élément de *scientia* (élément subjectif) ainsi que la *negotiatio* sur la *merx peculiaris* (élément objectif) sont deux des conditions nécessaires à l'application de l'Édit de *tributoria*. Nous définirons ces notions dans la suite de notre étude.

¹⁴⁵⁵ La terminologie employée dans les textes traitant de l'*actio tributoria* est plus étendue que celle ordinairement utilisée dans les autres actions « adjectices ». Si dans les actions « adjectices ordinaires » une des conditions à l'ouverture de l'action consiste en la conclusion d'un acte particulier, comme un *negotium* ou *contractum* (cf. p. ex. le titre du D. 14, 5 : *Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur*), dans l'*actio tributoria* on parle plus largement de *negotiationes* ou du verbe *negotiarum*. Voir à ce sujet : le D. 14, 4, 1, pr. *Ulpianus*, où il est indiqué que la personne qui veut bénéficier de l'Édit doit entrer en relation commerciale avec l'esclave et, littéralement, avec des marchandises de son pécule, sans préciser par quel moyen (*peculiari merce negotiari*) ; le D. 14, 4, 1, 1 *Ulpianus*, qui précise que l'Édit doit être étendu à toutes sortes de commerces (*ad omnes negotiationes porrigendum edictum*) ; le D. 14, 4, 1, 2 *Ulpianus* à la fin, qui emploie le verbe *negotiarum*, que l'on pourrait traduire par « faire le commerce ». Voir en outre les textes suivants qui emploient le terme de *negotiationem (exercere)* : le D. 14, 4, 3, 2 *Ulpianus* ; le D. 14, 4, 5, 4 *Ulpianus* ; le D. 14, 4, 5, 14 *Ulpianus* ; le D. 14, 4, 5, 15 *Ulpianus*. On ne trouve pas expressément le terme de *negotium* dans le Titre IV du Digeste XIV, contrairement à celui de *contractum* (cf. plus bas) ; cela résulte peut-être du fait que la notion de *negotium*, dérivée de *negotiatio* doit s'entendre comme elle, *angustior* (cf. plus loin dans le corps du texte), et comme elle ne viserait pas les prestations de services, les jurisconsultes parleraient alors plutôt de *contractum* (notion plus étroite que *negotium*) : Gai. 4, 72, indique clairement que le support principal de ce commerce est le *contractum*. Voir en outre dans le même sens : le D. 14, 4, 1, pr. *Ulpianus* ; le D. 14, 4, 5, 3 *Ulpianus* ; le D. 14, 4, 5, 8 *Ulpianus*.

Entre autres commerces possibles, l'esclave peut p. ex. faire le commerce de toiles ou d'armes : cf. le D. 14, 4, 5, 15 *Ulpianus*.

*Gai. 4, 72 : Praeterea tributoria quoque actio in patrem dominumve constituta est, cum filius servusve in peculiari merce sciente patre dominove negotietur ; nam si quid eius rei gratia cum eo contractum fuerit, ita praetor ius dicit, ut quidquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id pater dominusve inter se, si quid debebitur, et ceteros creditores pro rata portione distribuunt. et si creditores querantur minus sibi distributum, quam oporteret, in id quod deest hanc eis actionem pollicetur, quae ut diximus, tributoria vocatur.*¹⁴⁵⁶

Cette institution, née très vraisemblablement au I^{er} s. av. J. C.¹⁴⁵⁷, se situe à mi-chemin entre le cas où un acte de l'esclave est effectué du consentement et de la volonté expresse du maître et celui où il est conclu dans l'ignorance de celui-ci¹⁴⁵⁸. Elle permet ainsi à l'esclave d'engager civilement son maître, sans son consentement exprès, pour un contrat particulier conclu avec un tiers sur la base d'un commerce délimité par une *merx* faisant partie du pécule.

Nous verrons plus loin que la responsabilité contractuelle du maître sera, dans le cas étudié, tout à fait particulière et se distinguera, tant dans les conditions nécessaires à son application que dans son étendue, de celles engagées par les autres actions adjectives¹⁴⁵⁹.

Voir au sujet de la terminologie entendue au sens large : BUCKLAND, p. 234 ; CHIUSI, *Tributoria*, note 2, p. 283.

¹⁴⁵⁶ Traduction : Il a été en outre institué une action « distributive » contre le père ou le maître, donnée quand le fils ou l'esclave fait affaire avec une partie de son pécule (la *merx*), au su du maître ou du père. S'il a été contracté relativement à cette affaire avec le fils ou l'esclave, le prêteur ordonne que la valeur de la *merx* ou ce qui a résulté de ce commerce particulier soit, si quelque chose est dû au maître ou au père, partagé entre ceux-ci et les autres créanciers, proportionnellement à leurs créances respectives. Et si les créanciers se plaignent qu'ils ont reçu moins que ce à quoi ils pouvaient s'attendre, il leur est offert pour le surplus une action, qui, comme nous l'avons dit, est appelée « distributive ».

Voir en outre : le D. 15, 1, 27, pr. *Ulpianus* et Iust. Inst. 4, 7, 3, qui reprennent la définition générale donnée par Gai. 4, 72.

¹⁴⁵⁷ Cf. : CHIUSI, *Tributoria*, p. 386, qui pense qu'elle est apparue vers la fin de la République, à la suite des actions *exercitoria* et *institoria*, au moment où l'économie était florissante.

¹⁴⁵⁸ Cf. : CHIUSI, *Tributoria*, p. 278.

¹⁴⁵⁹ Voir sur la question de la qualification de l'action *tributoria* comme action adjectice : GLÜCK, p. 273, qui estime que l'action est bien qualifiée d'adjectice, car elle repose sur un contrat conclu dans l'activité commerciale effectuée par le subordonné ; MANDRY, II, p. 454, pour qui il ne fait

Les relations commerciales étant nouées en principe *intuitu personae*, les actions qui les sanctionnent sont normalement contractuelles et personnelles (*in personam*)¹⁴⁶⁰. Comme l'esclave qui agit possède un pécule, sorte de patrimoine de fait, le droit naturel considère que le tiers est lié au *servus* naturellement¹⁴⁶¹. Juridiquement cependant, le faisceau d'obligations contractées se crée civilement entre le tiers et le maître, adjectivement, seul titulaire juridique de droit civil du patrimoine de la *familia*, dans lequel sera d'ailleurs imputé le résultat de la condamnation issue de l'action¹⁴⁶².

Dans la présente institution, le contrat n'est conclu ni *domini nomine* (comme il en va par exemple dans l'institution du *iussum* ou des commerces « exercitoires » et « institoires »), ni *servi nomine*¹⁴⁶³ (comme cela peut être le cas dans l'institution du pécule), mais *peculiaris mercis nomine*, soit au nom d'un patrimoine commercial déterminé par le but qui lui est assigné¹⁴⁶⁴. Plusieurs textes indiquent en effet que le contrat est

aucun doute que celle-ci en fait partie ; AUGER, p. LV, qui exclut l'action *tributoria* des actions adjectives ; BUCKLAND, p. 237 s., qui estime que la place de l'action dans l'Édit ainsi que dans les Institutes nous invite à croire qu'elle fait partie des actions *adiecticiae qualitatis* ; VALINÔ, p. 123 s., qui pense que l'action ne vise pas à sanctionner une relation juridique préexistante comme il en va dans les actions adjectives ordinaires, mais seulement une « distribution » dolosive ; KASER, I, § 141 II 6, p. 609, qui l'exclut tout simplement du cercle des actions adjectives ; ALBANESE, p. 159, qui pense que l'action *tributoria* se distingue des actions adjectives parce qu'il n'y a pas transposition de sujet dans la formule ; CHIUSI, *Tributoria*, p. 374, qui estime que ses rapports avec les autres actions adjectives poussent à admettre qu'elle en fait partie.

¹⁴⁶⁰ Si nous faisons abstraction de l'intermédiaire de l'esclave, les actions sanctionnant l'échange d'une chose généralement contre de l'argent sont en principe les *actio empti aut venditi et contraria*, actions de bonne foi, contractuelles et personnelles, imposant au débiteur un *dare, facere* ou *praestare oportere* (cf. Gai. 4, 2).

¹⁴⁶¹ A l'étude des textes, rien n'indique que la prestation ou le paiement exécutés par l'esclave ne le libèrent pas lui-même naturellement, et son maître civilement.

¹⁴⁶² Voir : CHIUSI, *Tributoria*, p. 358, qui rappelle que la *condemnatio* est toujours donnée pécuniairement. Mais elle n'écarte pas la possibilité de céder aux créanciers les *merces* en lieu et place de l'argent.

Voir en outre la note 1520.

¹⁴⁶³ Voir la section « Les actes conclus *servi nomine* », p. 311 ss.

¹⁴⁶⁴ Voir au sujet de cette conception : VOET, § VI, p. 564, qui indique que, l'esclave ne pouvant pas s'obliger civilement, les créanciers ont en vue plus la *merx* que la personne de l'esclave. Inversément, lorsqu'on contracterait avec un *sui iuris*, on viserait plus la personne que le patrimoine de celle-ci. Voir encore : MICOLIER, p. 353 ; CHIUSI, *Tributoria*, p. 334, qui constate

conclu *mercis nomine*¹⁴⁶⁵ ; cette particularité terminologique qui s'éloigne du concept personnel de l'obligation peut être expliquée de trois manières différentes. Premièrement, les juristes souhaitent probablement rappeler que l'esclave n'est pas un sujet de droit, raison pour laquelle ils préfèrent la terminologie susmentionnée à celle de *servi nomine*, pouvant en quelque sorte induire en erreur¹⁴⁶⁶. Deuxièmement, l'emploi du *mercis nomine* permet peut-être de distinguer ainsi le « patrimoine » commercial visé, puisqu'on considère que l'objet du contrat se situe dans une partie du pécule de l'esclave (la *merx*)¹⁴⁶⁷. Troisièmement, et corrélativement à la deuxième hypothèse, cette terminologie fait sans doute référence à la responsabilité particulière engagée qui sera donnée dans les limites spécifiques de la *merx* et non de la « personne de l'esclave » à raison du pécule, ou du maître à raison de l'entier du *patrimonium domini*¹⁴⁶⁸.

en effet que plusieurs textes soulignent le lien qui lie le créancier aux *merces pecularis* plus qu'à celui qui entreprend l'activité qui en dépend.

Pour comparaison, voir la section « Les actes conclus *peculari nomine* », p. 314 ss.

¹⁴⁶⁵ Voir : le D. 21, 3, 1, 4 *Ulpianus*, qui traite de l'achat de marchandises *peculiariter* ; le D. 14, 4, 5, 15 *Ulpianus*, développé en note 1467 ci-dessous.

Voir aussi : les D. 14, 4, 5, 4-7 *Ulpianus* ; le D. 14, 4, 5, 12 *Ulpianus* et le D. 14, 4, 11 *Gaius*. Toutefois, le D. 14, 4, 12 *Iulianus*, parle d'action *tributoria servi nomine*, soit pour un acte effectué au nom de l'esclave. Ce texte témoigne sans doute de la difficulté de certains juristes (ici Julien) de coordonner les différents aspects juridiques. En effet, l'obligation personnelle issue du contrat devrait viser au moins naturellement la personne de l'esclave ; mais cette idée se heurte au principe de l'incapacité personnelle générale frappant celui-ci, ainsi qu'au principe l'empêchant d'engager directement son maître par un acte conclu sans le consentement de ce dernier.

¹⁴⁶⁶ Cf. la note précédente.

¹⁴⁶⁷ Le D. 14, 4, 5, 15 *Ulpianus* est un bon exemple : les créanciers qui ont contracté avec le même esclave au sujet de deux *merx* distinctes de ce dernier seront appelés à la liquidation respectivement de chacune des masses séparément. Il n'y a pas une unique *tributio* pour les deux commerces effectués, car le tiers a plus en vue les marchandises du commerce auquel il s'est intéressé que la personne de l'esclave. Sur ce texte, voir : VOET, § VI, p. 564 ; GLÜCK, p. 277 ; KARLOWA, II, p. 1161 ; BUCKLAND, p. 235 ; VALINÒ, p. 110. Voir en outre : le D. 14, 4, 5, 4 *Ulpianus*, qui précise que *mercis nomine* s'emploie à juste titre pour éviter que tout type de commerce n'engage l'action *tributoria* ; le D. 14, 4, 5, 5-6 *Ulpianus*, qui indique que sont appelés à la « distribution » de la *merx* et de ce qui est reçu *eo nomine* (au nom de la *merx* ; voir, reprenant la même terminologie : le D. 14, 4, 11 *Gaius*) tous les créanciers de celle-ci ; le D. 14, 4, 5, 7 *Ulpianus* (*Labeo*), qui pose la question de savoir, lorsqu'il est dû quelque chose au maître *mercis nomine* ou pour toute autre raison, si celui-ci peut concourir dans la *tributio*.

¹⁴⁶⁸ Voir sur le point discuté les textes cités en note précédente qui peuvent être repris ici.

Dans l'institution étudiée, l'esclave agit dans les faits en son nom et pour son compte, car l'acte conclu vise un élément de son pécule (la *merx*). Mais juridiquement, il agit pour le compte du maître puisque le pécule appartient selon le droit civil (*iure civile*) à ce dernier. Sur le plan des pouvoirs de « représentation », l'esclave n'a pas reçu d'autorisation ou d'injonction particulière pour agir. Il ne s'agit donc pas à proprement parler d'un cas de représentation directe, mais l'on ne peut pas non plus parler de représentation indirecte. En effet, l'esclave n'a aucune capacité juridique propre, il ne peut recevoir de mandat, et, de toute façon, aucune cession ne s'opère d'un « patrimoine » à un autre, car ce que l'esclave acquiert dans la *merx* ne pourra pas être cédé au maître ou déduit par celui-ci. De plus, la responsabilité particulière qui s'ensuit empêche également de pouvoir considérer l'esclave comme représentant direct¹⁴⁶⁹ ou comme représentant indirect¹⁴⁷⁰ du maître. Ainsi pourrions-nous dire que la seule connaissance qu'a le maître de l'activité commerciale de son esclave l'engage civilement (au sens large) à côté du *servus*, mais ne le rend responsable, en cas d'inexécution, que sur un fonds commercial particulier, comme il en irait en quelque sorte d'une faillite de société¹⁴⁷¹. La *merx peculiaris* pourrait en effet être considérée comme une forme de « patrimoine commercial » servant de garantie et sur laquelle viendraient se satisfaire tant les tiers que le maître¹⁴⁷².

Cette institution se distingue de l'*actio institoria*, car le commerce ne s'effectue de fait pas directement avec des marchandises du patrimoine

¹⁴⁶⁹ En effet, le maître ne répond pas sur l'entier de son patrimoine directement. La *merx* seulement sera liquidée, comme nous le verrons dans la suite.

¹⁴⁷⁰ En effet, l'esclave ne répond d'aucune façon juridiquement, même si on peut considérer que la *merx* fait partie de son pécule. De plus, le système de liquidation institué dépasserait de toute façon les règles d'une responsabilité pour représentation indirecte visant le représentant, puisque celle-ci est en soi spécifiquement limitée, si l'on considère qu'elle ne vise que l'esclave dans les faits.

¹⁴⁷¹ Notons que si l'esclave conclut un contrat dans l'exercice du commerce particulier sans que le maître ne le sache, ce dernier pourra toujours être appelé à répondre *de peculio* (voir plus loin dans le corps du texte).

¹⁴⁷² En effet, le concours du maître comme un créancier extérieur nous invite à déceler, dans l'institution ici étudiée, les prémices de nos concepts contemporains de la faillite. Néanmoins, il reste difficile de concevoir la *merx peculiaris* comme un patrimoine commercial juridiquement indépendant selon les principes du *ius civile* romain (voir les explications données dans le corps du texte à ce sujet).

du maître mais bien avec des marchandises se trouvant à proximité de l'esclave - dans son pécule, et il n'y a pas de *praepositio*, bien que l'activité soit exercée le plus souvent au sein d'une échoppe (*taberna*)¹⁴⁷³ ; la responsabilité ne sera d'ailleurs pas donnée *in solidum*¹⁴⁷⁴.

b. *La scientia – l'élément subjectif*

Il apparaît en effet que la seule *scientia* (connaissance) du maître, et non sa volonté expresse, permet au tiers, qui parviendrait à la prouver, de l'actionner à raison du commerce entrepris par le *servus*¹⁴⁷⁵.

Cette *scientia* est de manière générale définie dans les textes comme celle qui est, littéralement, « accompagnée de volonté »¹⁴⁷⁶ :

*D. 14, 4, 1, 3 Ulpianus : Scientiam hic eam accipimus, quae habet et voluntatem, sed ut ego puto, non voluntatem, sed patientiam : non enim velle debet dominus, sed non nolle. si igitur scit et non protestatur et contra dicit, tenebitur actione tributoria.*¹⁴⁷⁷

¹⁴⁷³ Voir : CHIUSI, *Tributoria*, p. 316.

¹⁴⁷⁴ Voir à ce sujet les textes étudiés en note 1497 : le D. 14, 1, 1, 20 *Ulpianus* (*Pomponius*) à la fin et le D. 14, 1, 6, pr.-1 *Paulus*, qui distinguent les différents niveaux de responsabilité, de la limitée au pécule à l'*in solidum*, en fonction des degrés subjectifs de l'ignorance, connaissance et volonté expresse du *dominus* ; et le D. 14, 3, 11, 7 *Ulpianus*, qui distingue les actions *tributoria* et *institoria* en fonction du patrimoine commercial visé, respectivement le pécule ou la *merx dominica*. La responsabilité du maître en cas d'action *institoria* est donnée, nous le rappelons, *in solidum*.

Voir sur la comparaison des deux institutions *institoria* et *tributoria* : CHIUSI, *Tributoria*, p. 387 ss.

Nous renvoyons de plus le lecteur à la section « La « préposition » et le système des actions *exercitoria* et *institoria* », p. 215 ss.

¹⁴⁷⁵ Voir en ce sens : *Gai.* 4, 72 ; le D. 15, 1, 27, pr. *Gaius* ; le D. 14, 4, 1, 2 *Ulpianus* à la fin ; le D. 14, 4, 1, 3 *Ulpianus*, cité dans le corps du texte ; le D. 14, 4, 5, 1 *Ulpianus*, qui précise que le maître doit avoir lui-même connaissance du commerce entrepris par un esclave vicair pour permettre l'action *tributoria* en plus de l'action de *peculio*, la connaissance qu'en aurait l'esclave en chef n'étant pas suffisante (texte très discuté en doctrine : cf. CHIUSI, *Tributoria*, p. 382 ss et les références citées) ; ou encore les *Iust. Inst.* 4, 7, 3.

¹⁴⁷⁶ Voir de manière générale sur cette question : VALINÒ, p. 107 ss ; CHIUSI, *Tributoria*, p. 337 ss.

¹⁴⁷⁷ Traduction : Il faut comprendre ici par connaissance du maître, celle qui est accompagnée de volonté. Mais, à mon avis, il ne s'agit pas de volonté positive, mais seulement de consentement passif : en effet, le maître ne doit pas vouloir expressément, mais il suffit qu'il ne fasse pas d'objections (littéralement : il ne doit pas ne pas vouloir). Si donc il sait que son esclave effectue

Cependant Ulpien amène une nuance quand il s'agit d'une *merx peculiaris* : il n'est pas nécessaire que cette volonté sous-jacente se définisse activement, mais seulement passivement (*non voluntatem, sed patientia*) ; littéralement, « le maître ne doit pas ne pas vouloir » (*non nolle*)¹⁴⁷⁸. L'élément de la *scientia* est dès lors avéré dès que le maître, qui a connaissance de l'activité de son esclave, ne s'y est pas expressément opposé¹⁴⁷⁹, alors qu'il aurait pu le faire¹⁴⁸⁰. Mais la portée de

un tel commerce et qu'il n'a pas protesté ou manifesté sa désapprobation, il sera tenu par l'action *tributoria*.

¹⁴⁷⁸ Voir à ce sujet : MANDRY, II, p. 426, qui pense que la *scientia* contient l'élément de volonté ; CHIUSI, *Tributoria*, p. 341, qui estime que la *scientia* n'implique pas seulement une connaissance, mais encore une volonté (*quae habet et voluntatem*). Ainsi les effets qu'elle produirait seraient les mêmes qu'un acte de volonté positive. *D'un autre avis* : VOET, § II, p. 563, qui indique que la *scientia* ne correspond pas à une pleine volonté, mais à une *patientia* ; KARLOWA, II, p. 1161 ; BUCKLAND, p. 234, qui pense que la seule connaissance suffit, il n'est pas nécessaire que le maître approuve ; MICOLIER, note 3, p. 351, qui indique que *scientia* doit s'entendre comme *patientia*, voire *consensus* ; ALBANESE, note 697, p. 159, qui semble admettre que la *scientia* contenait non seulement un élément d'expresse volonté, mais aussi une simple *patientia* ; DI PORTO, p. 239 s., qui estime que la *scientia* comporte en soi la *voluntas*, mais qu'aux fins de l'action *tributoria*, la *patientia* suffit à la concrétiser.

¹⁴⁷⁹ A noter que très probablement cette opposition se faisait par la voie publique, comme il en allait dans les *praepositiones*, soit par l'affichage public, soit par un écriteau devant une *taberna* interdisant expressément toute activité contractuelle sur la *merx* : cf. le D. 14, 3, 20 *Scaevola*, qui prévoit le cas d'une annonce pour limiter la responsabilité par voie de missive ; le D. 15, 1, 47, pr. *Paulus*, qui interdit le commerce avec l'esclave par voie d'écriteau à l'entrée de la *taberna*, empêchant ainsi l'action *institoria*.

Sans doute, l'acte d'*ademptio* du pécule publiquement reconnu était pour le maître le moyen le plus sûr pour montrer son désaccord, car dans ce cas, il n'était même pas possible d'ouvrir action de *peculio*, tandis que l'interdiction seule ne pouvait pas empêcher une éventuelle responsabilité de *peculio*, comme cela apparaît au D. 15, 1, 29, 1 *Gaius* et au D. 15, 1, 47, pr. *Paulus*.

Voir au sujet de l'*ademptio* et de son rapport avec l'*interdictio* : ALBANESE, p. 153 s. et la note 668, p. 153 ; DI PORTO, p. 245 s. ; CHIUSI, *Tributoria*, p. 342 s.

¹⁴⁸⁰ D'autres textes du Digeste reprennent cette construction, cf. : le D. 47, 6, 1, 1 *Ulpianus* à la fin, qui indique que, dans le cas d'un *furtum* commis par un esclave, la responsabilité du maître est plus étendue s'il était au courant du vol et qu'il ne l'a pas empêché alors qu'il aurait pu le faire ; le D. 9, 4, 3 *Ulpianus*, qui précise que, de manière générale pour toutes les actions noxales, la *scientia* doit être entendue comme le fait de connaître le délit et de ne pas l'avoir empêché alors que cela était possible. Voir en outre : le D. 9, 2, 45, pr. *Paulus* et le D. 9, 4, 4, pr. *Paulus* à la fin, qui insistent sur le fait que la personne qui connaissait le délit ait pu l'empêcher ; ou encore *a contrario* le D. 50, 17, 50 *Paulus*, qui affirme que la faute n'est pas imputable à celui qui connaît l'acte dommageable, mais n'a pu l'empêcher.

Voir à ce sujet et dans le même sens : GLÜCK, p. 267 ; MICOLIER, note 3 à la fin, p. 351 ; KARLOWA, II, p. 1161 ; VALINÒ, p. 107 ; CHIUSI, *Tributoria*, p. 339 ss et spéc. p. 342 s., qui

ce consentement passif et tacite particulier (sur la base d'une *patientiam*¹⁴⁸¹) pour l'activité effectuée par l'esclave ne limitera sa responsabilité qu'à la *merx*. Il apparaît ainsi que la *scientia* du maître, entendue comme *patientia*, sera évidente dans l'hypothèse où il donne lui-même à son esclave une *merx*, mais un peu moins dans celle où son subordonné entreprend de son propre chef une activité commerciale¹⁴⁸².

Au contraire, lorsqu'intervient la volonté du maître (*voluntas*)¹⁴⁸³, ou parfois même sa seule *scientia*, mais cette fois comprise dans le sens *quae habet et voluntatem*, c'est une responsabilité *in solidum* qui lui sera d'ordinaire imposée et spécialement dans le domaine délictuel¹⁴⁸⁴.

indique d'ailleurs que la *scientia* est beaucoup plus facile à prouver que la *voluntas*. Cela influence notamment le choix de l'action que le tiers voudrait intenter.

¹⁴⁸¹ Cf. : le D. 9, 2, 45, pr. *Paulus*.

¹⁴⁸² Le D. 14, 4, 1, 3 *Ulpianus*, souligne en effet que l'institution ici étudiée accorde une certaine autonomie à l'esclave, dans le sens où il peut, de sa propre initiative, constituer une *merx peculiaris* pour autant qu'il possède un pécule ; il n'a pas besoin du consentement de son maître pour ce faire, mais doit certainement simplement l'en informer ou savoir que celui-ci est au courant.

Voir à ce sujet : CHIUSI, *Tributoria*, p. 341.

¹⁴⁸³ Rappelons d'ailleurs que le consentement peut être antérieur à l'acte (ou l'activité) : c'est le cas notamment pour le *iussum* et les « prépositions » (cf. les sections « Le *iussum* – l'*actio quod iussu* », p. 197 ss, et « La « préposition » et le système des actions *exercitoria* et *insitoria* », p. 215 ss) ; ou postérieur : c'est le cas de la ratification, possible pour l'*in rem versum* (cf. la section « Le *versum in rem* et l'*actio de in rem verso* », p. 433 ss). Dans toutes ces hypothèses, l'étendue de la responsabilité est d'ailleurs donnée *in solidum*.

A titre d'exemple, nous reprendrons le D. 14, 1, 1, 20 *Ulpianus*, qui indique que, dans le cas d'une *exercitio navis*, la *scientia* n'est pas suffisante à engager le maître *in solidum* ; il en va de même d'une volonté expresse mais portant uniquement sur une *merx peculiaris*. Pour que soit engagée la responsabilité *in solidum* du maître, il faut la *voluntas*, sinon il ne sera tenu que de *peculio*, ce qui englobe également le montant de la responsabilité portant sur la *merx*. A noter que, contrairement au commerce terrestre, la seule *scientia* ne permet pas l'action *tributoria* ordinaire dans l'*exercitio navis*. Voir les explications relatives au texte cité à la note 1497.

Voir en outre sur ce texte et dans le même sens : CHIUSI, *Tributoria*, p. 340 s.

¹⁴⁸⁴ Cf. : le D. 9, 4, 2, pr. *Ulpianus*, qui indique que l'esclave tuant quelqu'un au su de son maître l'oblige pour le tout selon la *lex Aquilia*, comme si l'acte était fait par le maître lui-même ; le D. 9, 4, 2, 1 *Ulpianus*, qui distingue la pure responsabilité délictuelle ayant lieu *in solidum* de la responsabilité noxale des XII Tables limitée à l'abandon de l'esclave ; en effet, dans la première, le maître est tenu en son nom - *suo nomine* -, tandis que dans la deuxième, il n'est tenu qu'au nom de l'esclave - *servi nomine*. Voir encore : le D. 47, 6, 1, 1 *Ulpianus*, qui indique que, lorsque plusieurs esclaves commettent un vol, le maître répond pour le délit à la fois en son nom et au nom de tous les esclaves-voleurs noxalement, s'il avait connaissance de ce vol mais ne l'a pas

Selon toute vraisemblance, le tiers qui contracte avec l'esclave *mercis peculiaris nomine* doit également savoir que l'acte opéré s'est fait au regard de ce commerce particulier, du moins devra-t-il nécessairement en avoir connaissance au moment de l'ouverture de la procédure de « distribution » auprès du maître, ou du prêteur le cas échéant¹⁴⁸⁵.

c. *La merx – l'élément objectif*

De même que le pécule se distingue dans les faits du patrimoine du maître, tout en lui restant juridiquement intégré¹⁴⁸⁶, la *merx peculiaris* se distingue du pécule et du patrimoine du maître¹⁴⁸⁷ tout en en faisant

empêché (la *scientia* est qualifiée dans ce texte de *quae habet et voluntatem*). La responsabilité est donc très étendue dans ce cas et on pourrait la qualifier d'*in solidum*, puisque le maître répond *suo nomine* selon la *lex Aquilia* – cf. le texte précédent. A noter que s'il ignore le vol, l'Edit s'applique et la responsabilité serait moins étendue, car il n'aurait à donner à titre de réparation que l'estimation demandée pour le cas où le vol aurait été commis par un homme libre. Voir de plus : le D. 14, 5, 4, 2 *Ulpianus*, qui prévoit en effet que le délit commis par l'esclave permet de poursuivre son maître pour le tout, contrairement au contrat qui limite sa responsabilité *in id quod [servus] facere potest*.

Mais rappelons que l'objet de la responsabilité délictuelle tend à réparer un préjudice objectivement indépendant de toute relation contractuelle, tandis que la responsabilité contractuelle tend avant tout à une réparation correspondant à la valeur de l'obligation inexécutée.

Voir encore : CHIUSI, *Tributoria*, p. 340 s., qui pense que l'acte de volonté négative de ne pas vouloir interdire équivaut dans ses effets, à la volonté positive dans un certain nombre de cas, notamment délictuels, c.-à-d. qu'elle engage une responsabilité *in solidum*.

¹⁴⁸⁵ Le fait que le tiers puisse choisir l'action « distributive » en lieu et place de l'action de *peculio* implique qu'il connaisse l'existence de la *merx* et qu'il ait traité avec l'esclave à son sujet. Sinon, dans le doute, il n'ouvrira que l'action de *peculio*. En effet, le tiers qui ne sait pas qu'il contracte au vu de la *merx peculiaris* n'engagera pas de procédure en distribution, mais se contentera très vraisemblablement d'ouvrir l'action de *peculio*, action intentée en quelque sorte par défaut. Les éléments à la base de cette action sont en outre plus faciles à prouver, puisque le tiers devra juste démontrer l'existence du pécule et n'aura pas besoin de prouver que le maître avait connaissance de l'activité qu'effectuait son esclave avec une partie de son pécule (voir à ce sujet les développements dans la section « L'institution du pécule », p. 239 ss).

Voir en ce sens : KARLOWA, II, p. 1161 ; BUCKLAND, p. 235.

¹⁴⁸⁶ Voir les explications données à ce sujet dans la section « Qualification juridique du pécule », p. 248 ss.

¹⁴⁸⁷ Voir en ce sens : Gai. 4, 74a, qui précise que la partie du pécule engagée dans le commerce particulier (*merx*) peut être d'un quart ou d'un tiers ou d'une fraction moindre ; texte repris en grande partie par le D. 14, 4, 5, 11 *Ulpianus*. Voir encore : le D. 14, 4, 1, 2 *Ulpianus*, qui indique que le terme de *merx peculiaris* est distingué de celui de *peculium*, puisque chacun ne vise pas le même contenu et que la *merx* peut exister quand bien même le pécule serait vide ; le D. 14, 4, 5,

partie intégrante en droit¹⁴⁸⁸. Le *patrimonium domini* englobe ainsi juridiquement, selon le principe des poupées russes, le pécule, et dans celui-ci, la *merx*. Bien que certains auteurs aient tenté de la considérer comme un « patrimoine d'affectation autonome »¹⁴⁸⁹, elle ne peut être désignée comme un « patrimoine » juridiquement indépendant ; elle reste

13 *Ulpianus* (*Labeo*), qui distingue ce qui entre dans la *merx* de ce qui se trouve hors de celle-ci, mais dans le pécule ; le D. 14, 3, 11, 7 *Ulpianus*, qui distingue clairement la *merx peculiaris* de la *merx dominica*.

Voir aussi en ce sens : VOET, § I, p. 563 ; GLÜCK, p. 267, qui indique très clairement que l'action *institoria* vise économiquement la *merx dominica*, tandis que l'action *tributoria* vise uniquement la *merx peculiaris* ; ALBANESE, note 698, p. 159, qui considère que la *merx peculiaris* forme un complexe patrimonial isolable du pécule ; CHIUSI, *Tributoria*, p. 334, qui prétend que le pécule hors du patrimoine du maître, ainsi que la *merx* hors du pécule, fonctionnent comme des entités séparées seulement au moment où un créancier ouvre action *tributoria* ou de *peculio*. Ces entités permettront à ce moment de connaître le type et l'étendue de la responsabilité du *dominus* engagée. A la p. 335, Chiusi conclut que la conception d'un patrimoine autonome ne peut être que descriptive.

¹⁴⁸⁸ En ce sens, cf. : le D. 21, 3, 1, 4 *Ulpianus* et le D. 14, 4, 2 *Paulus*, qui indiquent que la *merx* avec laquelle négocie l'esclave appartient à son maître.

A noter que tous les textes qui précisent que la *merx* est intégrée au pécule permettent d'induire, par le phénomène des poupées russes, que celle-ci fait partie du patrimoine du maître, le pécule y étant inclus (cf. les développements dans la section « Le « titulaire » du pécule », p. 271 ss).

De plus, la possibilité pour le tiers d'ouvrir l'*actio de peculio* en lieu et place de l'*actio tributoria* lorsque l'esclave a commercé sur la *merx*, nous invite aussi à considérer que la *merx peculiaris* fait partie du pécule (voir à ce sujet : Gai. 4, 74a, explicite à ce propos et le D. 14, 4, 11 *Gaius*, qui indique clairement que lorsque le tiers intente l'action de *peculio*, la *merx* (ou *tributum*) est comprise dans le pécule). A noter que dans la terminologie même de *merx peculiaris*, l'adjectif *peculiaris* signifie en soi que la *merx* est dans le pécule.

Voir en outre en ce sens : MANDRY, II, p. 434 ss, qui explique que dans le patrimoine unitaire et complexe, il pouvait y avoir plusieurs masses distinctes. Ainsi, la *merx* serait un patrimoine quasiment autonome utilisé à travers l'esclave. Voir aussi : CHIUSI, *Tributoria*, p. 295 et 387, qui considère que les *merces* forment une sorte de garantie sans être détachées du pécule et qu'elles sont la propriété du *dominus*.

¹⁴⁸⁹ Voir en ce sens : WINDSCHEID, II, p. 1125 et la note 16, p. 1125, qui parle de « Sondergut » ; MANDRY, II, p. 434 ss ; MICOLIER, p. 349 ss et p. 355, qui va jusqu'à considérer la *merx peculiaris* comme une *universitas iurium* avec actif et passif distincte du pécule dès que le maître en a connaissance, mais qui toutefois, à la p. 354 s., précise qu'elle n'est qu'une « subdivision » du pécule ; VALINÖ, p. 111, qui pense cependant que la conception d'*universitas iurium* de Micolier est un peu trop étendue car elle fait penser au patrimoine autonome d'une personne morale (ou juridique, pour reprendre les termes de Valinö). Pour lui, il convient mieux de parler d'un patrimoine séparé du pécule, qui augmente et diminue de manière autonome. Voir encore, dans le même sens : DI PORTO, p. 54 s., qui voit également dans la *merx* un patrimoine séparé juridiquement autonome.

donc incluse *de facto* dans le pécule de l'esclave et *de iure* dans le patrimoine du *dominus*¹⁴⁹⁰.

Au-delà de sa définition commune de « lot de marchandises », le terme de *merx* reçoit un double sens technique : il peut indiquer, dans une définition large, la *negotiatio*, soit l'activité commerciale entreprise (sens formel)¹⁴⁹¹, voire la partie variable et comptablement déterminable du pécule qui lui est destinée (sens matériel)¹⁴⁹², ou, dans une définition plus étroite, la masse à partager que nous appellerons *tributum* (ou *tributio*, dans le sens de « distribution »), déterminée à l'ouverture de la procédure de liquidation pour inexécution¹⁴⁹³.

La doctrine est longtemps restée divisée sur le champ d'application de l'Edit par rapport à l'activité commerciale envisagée¹⁴⁹⁴ : celle-ci couvre-t-elle seulement l'échange de marchandises contre paiement ou bien peut-elle être étendue à toutes sortes de transactions économiques, se rapportant notamment à des services ?

Toute la controverse réside dans le D. 14, 4, 1, 1 *Ulpianus* :

¹⁴⁹⁰ Voir les explications et références données aux notes 1486 à 1488.

¹⁴⁹¹ Voir p. ex. : le D. 14, 4, 1, 1 *Ulpianus* et le D. 14, 4, 5, 4 *Ulpianus*, où le terme de *merx* semble employé à définir le type de commerce envisagé ou encore le D. 14, 4, 5, 7 *Ulpianus* (dans le texte : *mercis nomine* ou plus loin *ante mercem, an postea*).

¹⁴⁹² Voir p. ex. : Gai. 4, 72 au début ; Gai. 4, 74a (repris au D. 14, 4, 11 *Gaius*) ou encore D. 14, 4, 2 *Paulus*, qui indique que la *merx* avec laquelle on négocie doit appartenir au maître.

¹⁴⁹³ Voir p. ex. : le D. 14, 4, 12 *Iulianus*, qui donne un exemple chiffré du *tributum* (cf. la note 1522) ; le D. 14, 4, 11 *Gaius* ; le D. 14, 4, 5, 6 *Ulpianus* ; le D. 14, 4, 5, 11 *Ulpianus* ou encore le D. 14, 4, 5, 7 *Ulpianus* (*Labeo*) à la première ligne (*partietur ex merce*).

¹⁴⁹⁴ Voir au sujet de la *negotiatio* comprise dans un sens étendu : BUCKLAND, p. 234 ; MICOLIER, p. 350, qui indique qu'« il y a pécule commercial, non seulement lorsque l'esclave achète des marchandises pour les revendre, mais encore, lorsqu'il dirige à ses risques une entreprise quelconque » ; VALINŌ, p. 109 s., qui pense que, si au début la *negotiatio* devait s'entendre de manière étroite - la terminologie-même de *merx peculiaris* traitant de « marchandises » du pécule -, elle, a été étendue par la suite par Pédus ; ALBANESE, note 698, p. 159. *D'un autre avis* et dans un sens étroit : VOET, § III, p. 563 ; KARLOWA, II, p. 1160 ; SOLAZZI, Scritti I (p. 433 ss), p. 480, qui exclut les activités de service, notamment d'artisanat, mais qui toutefois reconnaît, à la p. 562, que l'on ne devrait pas se montrer aussi catégorique ; PUGLIESE, note 46, p. 332, qui pense qu'à l'époque d'Ulpien (cf. D. 14, 4, 1, 1 *Ulpianus*), le terme de *negotiatio* devait s'entendre de manière étroite, bien que Pédus souhaitait l'étendre ; DI PORTO, p. 218 ss, qui, après une longue discussion sur le débat juridique commencé dès l'époque de Pédus à ce sujet, admet pencher finalement en faveur de la notion restrictive (cf. p. 231 s.) ; CHIUSI, *Tributoria*, p. 296, 315 et 317 ss, qui confine la *negotiatio* à l'échange de choses meubles contre de l'argent.

D. 14, 4, 1, 1 *Ulpianus* : *Licet mercis appellatio angustior sit, ut neque ad servos fullones vel sarcinatores vel textores vel venaliciarios pertineat, tamen Pédus libro quinto decimo scribit ad omnes negotiationes porrigendum edictum.*¹⁴⁹⁵

Ainsi, Ulpien semble exclure les activités commerciales de foulon, tailleur, tisserand ou encore marchand d'esclave de l'application de l'Edit, alors que Pédus voudrait qu'il soit étendu à toute activité commerciale (dans le texte : *omnes negotiationes*). Pédus n'exprime qu'un souhait (dans le texte : *porrigendum edictum*) qui selon toute vraisemblance ne s'est pas encore réalisé à l'époque d'Ulpien. Cette idée se trouve renforcée aussi par le D. 14, 4, 5, 4 *Ulpianus*, qui précise que le nom de *merx* est important pour éviter que tout acte commercial conclu avec l'esclave (dans le texte : *omnis negotiatio*) n'engage une responsabilité dite distributive ; le sens de *merx* est donc plus étroit - *angustior* pour reprendre le qualificatif employé dans le texte - et ne s'étend pas à toute entreprise commerciale¹⁴⁹⁶. Un autre indicateur pourrait résider dans le fait qu'Ulpien (D. 14, 1, 1, 19-20 *Ulpianus*) ou encore Paul (D. 14, 4, 6, pr. *Paulus*) n'admettent qu'une action *quasi-* ou *ad exemplo tributoria* dans le cas particulier où un sous-préposé à un commerce maritime effectue une telle activité de service au regard d'une partie de son pécule¹⁴⁹⁷.

¹⁴⁹⁵ Traduction : Encore que le terme de *merx* doive être compris plus étroitement, dès lors qu'il ne s'applique pas aux foulons, tailleurs, tisserands ou marchands d'esclaves, pourtant Pédus écrit, au livre 15, que l'Edit devrait être étendu à tout type de commerce.

¹⁴⁹⁶ Très nettement en ce sens : PUGLIESE, note 46, p. 332, qui reprend pour l'essentiel ce qui est expliqué dans le corps du texte ; CHIUSI, *Tributoria*, p. 318 et la note 121, p. 318.

¹⁴⁹⁷ En effet, le commerce maritime semble comprendre en soi des actes commerciaux dépassant la définition étroite d'échange (p. ex. notamment contrat de transport, service, etc...), qui ne peuvent donc d'aucune manière engager la pure responsabilité *tributoria*. Les jurisconsultes, attentifs à cette situation, ont donc eu deux soucis : d'une part, celui d'empêcher à un sous-préposé maritime, qui ne contracterait qu'avec la *scientia* du maître, d'engager la responsabilité *in solidum* de celui-ci, alors que par définition la « préposition » est en elle-même un acte de volonté engageant la pleine responsabilité du *dominus*, et d'autre part, celui d'empêcher que la volonté du maître portant sur une activité exercée sur la base d'une *merx peculiaris* n'engage également une responsabilité *in solidum*, comme cela est le cas dans la « préposition » qui peut normalement ne viser que des éléments du patrimoine propre du maître (voir : le D. 14, 3, 11, 7 *Ulpianus*, pour le cas de la délégation (*praepositio*) à un commerce terrestre, mais applicable par analogie, qui indique que l'action *tributoria* n'a lieu que si l'esclave est préposé à la *merx peculiaris* et non pas *dominica*). Il y a donc une double considération délimitant le type de responsabilité engagée : l'une est subjective, basée sur la volonté du maître, et l'autre objective, fondée sur le « patrimoine » au

Nous pouvons donc induire que les activités commerciales visées par l'Edit se résument à l'échange de choses meubles¹⁴⁹⁸, spécialement contre de l'argent, et vice et versa, notamment par les actes d'achat/vente, échange, prêt, location, etc...¹⁴⁹⁹, à l'exclusion des prestations de service et du commerce d'esclaves¹⁵⁰⁰.

regard duquel on effectue le commerce maritime envisagé. En résumé, si le type de commerce entrepris est consenti (par « préposition » ici), il engage une responsabilité plus étendue, dite *in solidum*, s'il est ignoré, une responsabilité limitée au pécule et enfin, s'il n'est que connu, une responsabilité limitée particulière (procédure administrative et *actio tributoria*), sous réserve du cas d'un commerce maritime ou seule une action *quasi-* ou *ad exemplo tributoria* peut être intentée. Il en résulte donc implicitement une double protection du maître (subjective et objective).

Dans le même sens, voir : PUGLIESE, LABEO 3 (1957), p. 329 ss, spéc. p. 332 ; VALINÒ, p. 124 ; DI PORTO, p. 227 ss ; CHIUSI, *Tributoria*, p. 322 ss et p. 328 ss.

¹⁴⁹⁸ Cf. le D. 50, 16, 66 *Ulpianus*, qui précise que le terme de *merx* ne s'applique qu'aux choses meubles.

A ce sujet, voir : VOET, § III, p. 563.

Voir en outre les auteurs cités en note 1494 en faveur de la notion étroite de la *negotiatio*.

¹⁴⁹⁹ Il apparaîtrait en effet que le contrat le plus souvent nommé dans le livre 4 du Digeste 14 est le contrat d'achat/vente, cf. : le D. 14, 4, 5, 13 *Ulpianus* (*Labeo*) ; le D. 14, 4, 5, 17 *Ulpianus* ; le D. 14, 4, 5, 18 *Ulpianus* et enfin le D. 14, 4, 7, 3 *Ulpianus*. Ensuite, nous trouvons selon toute vraisemblance, un exemple de prêt au D. 14, 4, 12 *Iulianus*, ou encore de dépôt-vente au D. 14, 4, 5, 18 *Ulpianus*, qui précise que la personne qui a donné sa marchandise pour qu'elle soit vendue pourra la revendiquer dans la liquidation, si elle n'a pas reçu de paiement, car elle en est restée propriétaire, à moins qu'elle ne soit devenue, par cette opération, simple créancière de la *merx* (ou de l'esclave, titulaire de fait de celle-ci) pour la contreprestation contractuelle en paiement, comme si elle l'avait vendue à l'esclave. Voir en outre tous les textes qui indiquent que de l'argent est reçu pour une marchandise issue de la *merx*, ce qui semble bien sous-entendre que dans la plupart de ces cas, il s'agit d'une opération d'achat/vente : cf. la note 1509.

¹⁵⁰⁰ En ce qui concerne le commerce d'esclaves, qui devrait normalement entrer dans la définition d'activité d'échange, il est fait une réserve spéciale découlant sans doute de son caractère moralement discuté au regard du droit naturel notamment. En effet, Ulpien (cf. le D. 14, 4, 1, 1 *Ulpianus*) l'exclut de la portée du terme *negotiatio*, et au D. 50, 16, 207 *Africanus*, Méla dit que les esclaves ne sont pas compris sous le terme de marchandise, et que c'est la raison pour laquelle on n'appelle pas ceux qui les vendent « marchands », mais « maquignons ». Il nous semble cependant que le terme de maquignon, plutôt réducteur, vu qu'il signifie vendeur de bestiaux, est peut-être un moyen pernicieux pour admettre le commerce effectif d'esclaves, mais sous un autre nom que *servus* ou *homo*, en l'occurrence « bestiaux ». En effet, nous rappelons que les esclaves sont des choses mancipables au même titre que le bétail, or le D. 14, 4, 5, 14 *Ulpianus*, prévoit la possibilité d'acquérir des choses mancipables, qui entreront dans la masse à liquider. La question de savoir si ce texte peut viser le commerce d'esclaves nous semble pouvoir rester ouverte, bien que nous pensons qu'à cette époque ce commerce fût florissant et très probablement parfois effectué, à titre de *merx peculiaris*, même par des esclaves ; les esclaves pouvaient en effet eux-mêmes être « propriétaires » d'esclaves.

Lorsque l'esclave entreprend alors ce type de commerce (*negotiatio*), la *merx peculiaris*¹⁵⁰¹ est formée d'une fraction matérielle et comptable du pécule de valeur pécuniaire¹⁵⁰² ; cette fraction est conçue comme un compte variable du pécule¹⁵⁰³ et du patrimoine du maître¹⁵⁰⁴, composée d'un actif et d'un passif déterminables et destinée à accomplir le but assigné par le commerce envisagé¹⁵⁰⁵. En effet, tant que dure le commerce, le maître n'a pas connaissance de chaque acte particulier

Concernant cette réflexion et ces textes, voir : CHIUSI, *Tributoria*, p. 319.

¹⁵⁰¹ Ce qu'on pourrait appeler aussi « fonds de commerce ». Ce terme est employé notamment par MICOLIER, p. 349.

¹⁵⁰² Voir en ce sens : Gai. 4, 74a, qui indique que l'on peut constituer un fonds de commerce pour le tiers ou le quart ou une partie inférieure du pécule ; le D. 14, 4, 11 *Gaius*, cité plus bas dans le corps du texte. Voir en outre : le D. 14, 4, 5, 11 *Ulpianus*, qui précise explicitement que la *merx* n'est qu'une partie de l'entier du pécule, composée de choses et/ou de l'argent reçu pour ces choses. La *merx* s'évalue donc pécuniairement.

Voir aussi : MICOLIER, p. 349, qui pense que la *merx* forme une universalité juridique distincte du pécule, mais qu'elle lui reste juridiquement incluse, cf. p. 351 ss.

¹⁵⁰³ En ce sens, voir : Gai. 4, 74a, qui indique que l'on ne comptabilise pour l'*actio tributoria* que ce qui se trouve dans la *merx (ratio habetur)* ; le D. 14, 4, 5, 16 *Ulpianus*, qui précise très clairement que la liquidation se fait séparément, lorsque l'esclave possède deux boutiques dans lesquelles il effectue le même commerce. Ainsi le créancier (appelé *ratiocinator*) inscrit sur le compte de l'une des deux boutiques n'aura pas à bénéficier de l'actif ou souffrir du passif peut-être plus élevé du compte de l'autre. On relève donc ici immédiatement l'importance de tenir ces comptes commerciaux. Voir encore : le D. 14, 4, 5, 18 *Ulpianus*, où, lorsque un tiers transmet à l'esclave une marchandise pour qu'elle soit vendue, on doit distinguer s'il a entendu la porter au crédit du compte du pécule de celui-ci (*in creditum ei abiiit*) ou pas, soit se demander s'il a conclu un contrat (de vente p. ex.) avec l'esclave lui faisant perdre la propriété sur sa marchandise ou pas. En effet, dans le premier cas, le tiers sera considéré comme n'importe quel créancier de la *merx* et son bien sera soumis à la liquidation ; dans le second, il pourra le revendiquer en tant que propriétaire.

¹⁵⁰⁴ Il semble en effet que les Romains ont souvent l'habitude de tenir une comptabilité dans des livres de comptes sur lesquels sont inscrites les dettes ou les créances de tiers : voir p. ex. : Gai. 3, 128 ss, qui traite du contrat littéral conclu ensuite d'une écriture sur les livres de comptes ; le D. 50, 16, 203 *Alfenus Varus* au milieu, où l'on apprend que le « domicile » d'une personne est au lieu où elle tient ses livres de comptes et l'état de son patrimoine. Voir en outre : les D. 47, 2, 27-32 *Ulpianus* et *Paulus*, qui traitent du vol de livres de comptes et de l'estimation des créances ou dettes inscrites. Voir encore : le D. 48, 10, 1, 4 *Marcianus* ; le D. 48, 13, 12 pr. *Marcianus* et le D. 48, 10, 16, 2 *Paulus*, qui traitent du faux dans les titres pour les vices affectant les comptes publics ou privés.

Voir en outre la note 883.

¹⁵⁰⁵ Cela ressort très clairement du D. 14, 4, 11 *Gaius*, où Gaius explique que la *merx* n'est qu'une fraction du pécule, composée uniquement des choses attribuées au type de commerce donné ou de ce qui a été reçu à ce titre. Voir en outre la plupart des textes cités en note 1509.

conclu par l'esclave¹⁵⁰⁶ ; ainsi, pour lui, le compte augmente ou diminue sans qu'il en ait une connaissance effective¹⁵⁰⁷. Au contraire, tout laisse à supposer que l'esclave, lui, connaît exactement les transactions contractuelles en cours qu'il répercute sur ce compte distinct de son pécule. Seront inscrits alors selon toute vraisemblance à l'actif les biens meubles existants¹⁵⁰⁸ et les droits de créance que l'esclave a contre les tiers contractants (un bien devant lui être livré ou une créance payée p. ex.) et au passif, les obligations ou dettes devant encore être respectivement exécutées et payées¹⁵⁰⁹. Bien qu'à l'origine la *merx* soit délimitée¹⁵¹⁰, son contenu restera variable, augmentera, diminuera, et sera soumis aux aléas commerciaux au gré des différentes négociations et

¹⁵⁰⁶ Voir à ce sujet : MANDRY, II, note 7, p. 452 ; LENEL, note 5, p. 273 ; CHIUSI, *Tributoria*, p. 375.

¹⁵⁰⁷ Néanmoins, il semble qu'au moment de l'ouverture d'une procédure en liquidation, il doive se renseigner de bonne foi sur l'état du compte de la *merx* : cela apparaît nettement au D. 14, 4, 7, 2-4 *Ulpianus*, qui précisent que le maître commettrait un dol s'il négligeait de compter l'entier du *tributum* lorsqu'il en a connaissance. On peut imaginer que dès que le maître se voit imposer une telle procédure de distribution, il demandera à son esclave quel est l'état précis du compte de la *merx* afin d'en déterminer le contenu, et éviter autant que faire se peut des procès à ce sujet par la suite (notamment en rectification).

¹⁵⁰⁸ Sont comptés également parmi les biens meubles, ceux qui servent à l'exercice de l'activité économique de l'esclave, comme il en va p. ex. d'une table d'exposition dans une *taberna* : cf. le D. 14, 4, 5, 13 *Ulpianus* (*Labeo*), qui emploie le terme général d'*instrumentum*.

Voir à ce sujet : VOET, § III, p. 563 ; GLÜCK, p. 268 ; MICOLIER, p. 352 ; KARLOWA, II, p. 1161 ; VALINŌ, p. 111 s. ; DI PORTO, p. 226 ; CHIUSI, *Tributoria*, p. 320.

¹⁵⁰⁹ En ce sens, cf. : Gai. 4, 72 ; le D. 14, 4, 11 *Gaius* ; les D. 14, 4, 1, 1-2 *Ulpianus* ; le D. 14, 4, 5, 5 *Ulpianus* ; les D. 14, 4, 5, 11-13 *Ulpianus* ; le D. 14, 4, 5, 14 *Ulpianus* ou encore les *Iust. Inst.* 4, 7, 3, qui indiquent de manière générale que la *merx* se compose des choses auxquelles elle est destinée ou de l'argent reçu par subrogation réelle, p. ex. à la suite d'une vente.

Voir au sujet du contenu de la *merx* : VOET, § III, p. 563, qui comprend dans la *merx* les choses meubles (*merces*), le prix reçu et les dettes dues par les tiers ; GLÜCK, p. 268, qui reprend Voet ; MICOLIER, p. 352 s., qui précise que « ces dettes, qui affectent [...] tout le pécule, portent plus spécialement sur l'actif commercial ». Il semble donc distinguer l'actif et le passif du pécule pris dans son entier des sous-comptes d'actif et de passif de la *merx*. Voir encore : KARLOWA, II, p. 1161 ; VALINŌ, p. 112, qui parle très clairement de subrogation réelle pour le prix des marchandises vendues entrant dans la *merx*.

¹⁵¹⁰ En effet, au moment où l'esclave commence à exercer une activité commerciale au su de son maître, la quantité de choses meubles destinées à ce commerce est ou peut être connue.

contrats conclus à son sujet¹⁵¹¹. Il n'est d'ailleurs pas impossible que l'esclave en tire un bon profit par ses talents de commerçant¹⁵¹².

d. *La procédure préliminaire à l'ouverture de l'action « distributive »*

Si le maître ou l'esclave n'exécutent pas l'obligation issue du contrat conclu avec le tiers, celui-ci pourra demander au prêteur que l'Edit instituant l'action *tributoria* soit respecté¹⁵¹³. Il s'agit en fait d'une phase administrative où le tiers, aidé très probablement du prêteur, enjoint le maître d'effectuer lui-même la « distribution »¹⁵¹⁴.

¹⁵¹¹ Cf. : MICOLIER, p. 351 s., qui considère que la *merx peculiaris* forme « un tout homogène susceptible d'augmentations et de diminutions ».

¹⁵¹² Les créanciers pourront alors espérer en tirer un bon dividende et couvrir leur créance.

¹⁵¹³ Les Iust. Inst. 4, 7, 3, indiquent très clairement que l'action est appelée « distributive », car le prêteur permet au maître d'effectuer lui-même la distribution (dans le texte : *et quia ipsi domino distributionem permittit*). Voir en outre : le D. 14, 4, 12 *Iulianus* ; Gai. 4, 72 ; le D. 14, 4, 1, pr. *Ulpianus* et le D. 14, 4, 5, 6 *Ulpianus*, qui soulignent que le prêteur semble d'abord rappeler, voire exiger le respect de l'Edit de *tributoria* (p. ex. dans Gai. 4, 72 : *praetor ius dicit*), avant de soumettre le maître à une procédure judiciaire. Ces fragments emploient la terminologie de *vocatio*, ce qui les distingue de ceux qui emploient les termes d'*actio*, *agere* ou *teneri* soulignant l'aspect plus processuel. De plus voir : Theo. Par. Iust. Inst. 4, 7, 3 ou encore la Scolie de Stéphane BS 1079/26-1080/3, où les créanciers semblent pouvoir saisir le prêteur, lequel obligerait le maître à « distribuer » *pro rata portione*.

Voir, dans le sens d'une procédure imposée dans l'Edit lui-même : GLÜCK, p. 268 ; MANDRY, II, p. 439 ; BUCKLAND, p. 233 ; MICOLIER, p. 354 ; VALINÖ, p. 107 ; DI PORTO, p. 54 ; CHIUSI, *Tributoria*, p. 353. *D'un autre avis* : KARLOWA, II, p. 1159, qui pense que la procédure n'est que mentionnée dans l'Edit et doit se concrétiser par un acte du prêteur.

¹⁵¹⁴ Cette conception se trouve au centre de deux mouvements de doctrine opposés : le *premier mouvement* conçoit l'idée d'un acte d'autorité prétorienne enjoignant le maître à « distribuer » : cf. KARLOWA, II, p. 1159 et 1162, qui affirme que le *vocari* ne pouvait venir que d'un décret du prêteur ; AUGER, p. LVI et LX, qui pense que le prêteur rend un décret ordonnant la distribution ; MICOLIER, p. 350 s. et p. 353 ; VALINÖ, p. 107, 113 s. et 123 ss, qui estime en effet que la *vocatio in tributum* serait une procédure prétorienne intervenant avant l'action, exécutée par le maître lui-même, mais sur l'injonction du prêteur. Le *second mouvement* exclut toute intervention prétorienne et est représenté notamment par : MANDRY, II, p. 438 ss, spéc. 439 ; AUGER, p. XLVII ; BUCKLAND, p. 233 s., qui pense que ce sont les créanciers intéressés à la distribution eux-mêmes qui appellent le maître et les autres créanciers. Toutefois à la p. 233, étant donné que le maître et les tiers concourent, il conçoit difficilement que l'appel ne soit pas soutenu par le prêteur. Voir encore : CHIUSI, *Tributoria*, p. 353 ss, qui pense que le *vocari* est inclus dans l'Edit et ne nécessite pas l'intervention du prêteur. Il n'y aurait de plus selon elle aucune trace de cet acte indépendant que le *dominus* devait accomplir et qui précéderait l'action, à savoir demander aux créanciers de produire leurs créances, d'en vérifier le montant et d'en fixer les modalités de répartition. Seule l'action entraînerait donc la « distribution » (cf. p. 360 s.).

Dès ce moment, le maître informé *primo loco* par le tiers qui se plaint, ou le prêteur éventuellement, pourra se charger lui-même de la « distribution », ou décider d'abandonner le pécule ou les éléments de la *merx* généralement à un arbitre choisi par le prêteur¹⁵¹⁵. Pour ce faire, il est procédé à une *vocatio*, organisée très vraisemblablement sous l'autorité prétorienne, pour appeler tous les créanciers de la *merx* en cause, y compris le maître le cas échéant, et leur permettre d'annoncer leurs créances¹⁵¹⁶.

Le maître devra aussi dès l'ouverture de la procédure « distributive », se charger de fixer le *tributum* (c.-à-d. la masse « en faillite »). Celui-ci doit être déterminé de bonne foi et doit correspondre à l'actif disponible de la *merx peculiaris*. Il est composé des biens commerciaux engagés dans la *negotiatio*¹⁵¹⁷ ainsi que des sommes reçues à

¹⁵¹⁵ Le D. 14, 4, 7, 1 *Ulpianus*, semble en effet donner la possibilité au maître de liquider la *merx* par ses propres soins. Celui-ci pourra décider d'abandonner en lieu et place des éléments de la *merx*, l'entier du pécule si la « distribution » lui cause de l'embarras. On imagine que cela pourrait être le cas p. ex. s'il ne parvient pas à déterminer le *tributum*, soit qu'il n'ait pas de contacts proches avec son esclave, ou que celui-ci ne soit pas à même de lui fournir les comptes précis de la *merx*. Alors, il laissera peut-être à son esclave lui-même le soin de liquider son pécule ou la *merx*, mais pour éviter toute irrégularité, le texte précise que le prêteur nommera le plus souvent un tiers arbitre pour effectuer la « distribution ». Ce moyen devait permettre de mettre l'esclave sous pression, puisque s'il faisait acte de mauvaise gestion de la *merx*, il pouvait se voir déchu de son pécule et donc de la possibilité de pouvoir racheter un jour sa liberté.

Voir en ce sens : VOET, § V, p. 564 ; AUGER, p. XLVII ; BUCKLAND, p. 233 ; CHIUSI, *Tributoria*, p. 359 ss et 277.

¹⁵¹⁶ Ainsi le terme de *vocatio* apparaît dans plusieurs textes : cf. le D. 14, 4, 1, pr. *Ulpianus*, qui indique que le maître est appelé par cet Edit à la contribution comme un créancier extérieur ; il y a donc mise sur pied d'égalité du maître et des autres créanciers. Voir encore : le D. 14, 4, 5, 15 *Ulpianus*, qui précise que les créanciers de différentes *merces* d'un même pécule seront appelés séparément en fonction de la *merx* avec laquelle ils ont exercé le commerce. Voir en outre : le D. 14, 4, 5, 6 *Ulpianus* ; le D. 14, 4, 5, 18 *Ulpianus* ; le D. 14, 4, 7, pr. *Ulpianus*, qui semble indiquer que la *vocatio* vise aussi bien les tiers créanciers que le maître.

Voir à ce sujet et dans le sens d'une *vocatio* organisée par le prêteur : VALINÖ, p. 114, et les auteurs cités en ce sens en note 1514. *D'un autre avis* : GLÜCK, p. 268, qui pense que la charge de l'appel de tous les créanciers incombe uniquement au maître.

La plupart des textes présentés ci-dessus sous-entendent que la *vocatio* est très certainement organisée par le prêteur, sans doute par voie d'affichage public. Mais il nous semble évident que le maître, voire l'esclave, devront y concourir en donnant le nom des créanciers connus ou inscrits au livre de comptes de la *merx peculiaris*.

¹⁵¹⁷ En ce sens, voir : le D. 14, 4, 11 *Gaius*, qui précise que l'action *tributoria* ne visera qu'à la « distribution » d'un *tributum* composé des *merces* et de l'argent reçu. Ce *tributum* peut ne consister

ce titre, arrêtés juste avant la « distribution » effective¹⁵¹⁸. A noter qu'ils pourront être éventuellement exigés des tiers de mauvaise foi¹⁵¹⁹.

La masse enfin déterminée sera réalisée si elle est composée encore de biens matériels, et le prix des marchandises (*merces*) ainsi obtenu¹⁵²⁰ distribué entre les différents tiers créanciers, et le maître le cas échéant, au pro rata de leurs créances¹⁵²¹. Chacune des parts reçues correspondra au maximum à celle à laquelle chaque créancier peut prétendre¹⁵²².

qu'en une partie du pécule dans lequel il est d'ailleurs intégré, tandis que dans l'action *de peculio*, on prendra en compte toute la quantité (*totius quantitas*) du pécule dans lequel sont également comptées les *merces*.

A noter que sont également compris dans les biens à « distribuer » le mobilier servant à l'exercice de la *negotiatio* : cf. le D. 14, 4, 5, 13 *Ulpianus* (*Laëo*). Voir en outre la note 1508.

¹⁵¹⁸ Voir à ce sujet : le D. 14, 4, 12 *Iulianus* ; le D. 14, 4, 11 *Gaius* ; le D. 14, 4, 5, 5 *Ulpianus* et les D. 14, 4, 5, 11-14 *Ulpianus*.

¹⁵¹⁹ En ce sens, cf. : le D. 14, 4, 7, 2 *Ulpianus*, qui semble prévoir que l'action *tributoria* pourra le cas échéant être retournée contre un tiers de mauvaise foi pour le forcer à remettre ce qu'il doit dans le *tributum*. Voir cependant sur cette hypothèse peu probable les commentaires donnés en note 1539.

¹⁵²⁰ Cela résulte du D. 14, 4, 12 *Iulianus*, qui parle expressément de *pretio mercis*. Voir, concernant ce texte, la note 1522.

Voir en outre sur la conversion en argent de la masse à distribuer : VOET, § IV, p. 563, qui n'exclut pas que les *merces* elles-mêmes soient distribuées ; AUGER, p. XLVII, qui dit simplement, que l'actif une fois réalisé, le maître concourt directement avec les tiers créanciers et p. LXII, où il indique que, contrairement à la *venditio bonorum* de la « faillite romaine », l'actif réalisé de la *merx* sera distribué entre tous, car l'esclave n'est pas une personne ; KARLOWA, II, p. 1161 ; BUCKLAND, p. 236, qui pense que les *merces* étaient de préférence vendues, sans toutefois exclure la possibilité de les « distribuer » elles-mêmes ; MICOLIER, p. 353 ; CHIUSI, *Tributoria*, note 1, p. 347, p. 358 et spéc. p. 361 s., qui rappelle que la *condemnatio* est toujours donnée pécuniairement. Mais elle n'écarte pas la possibilité de céder aux créanciers les *merces* en lieu et place de l'argent. Il nous semble en effet que si la condamnation au procès est toujours pécuniaire, il n'est pas exclu que, de concert avec les créanciers, le maître l'exécute en nature. *D'un autre avis* : VALINÒ, p. 115, qui indique que, le but de l'action visant au paiement des créanciers, la *merx* était sans doute réalisée avant la « distribution » ; mais qui conçoit qu'à la place de vendre celle-ci, le *dominus* pouvait en donner la contre-valeur en argent « de sa poche » aux créanciers. Il nous semble que cela devait être une solution intéressante pour le *dominus* souhaitant continuer à exploiter la *merx peculiaris* avec son esclave.

Voir toutefois la remarque en note 1462.

¹⁵²¹ En ce sens, cf. : Gai. 4, 72, le D. 14, 4, 5, 10 *Ulpianus*, le D. 14, 4, 5, 19 *Ulpianus*, le D. 14, 4, 7, pr. *Ulpianus*, ainsi que Iust. Inst. 4, 7, 3, qui font état de ces fractions calculées au pro rata des créances des différents créanciers.

La liquidation une fois effectuée, les sommes non encore perçues ou les livraisons de biens pendantes, provenant de cocontractants habituels, seront « distribuées » à mesure qu'elles seront reçues¹⁵²³. Après la « distribution », les créanciers devront cependant donner caution de restituer une partie du montant reçu, toujours au pro rata de leurs créances, pour dédommager proportionnellement le créancier qui, ignorant cette première procédure, ouvrirait l'action « en distribution » postérieurement¹⁵²⁴.

Il importe que le maître respecte de bonne foi l'Edit et les prescriptions du prêteur pour ne pas commettre de dol¹⁵²⁵. En effet, si

Voir à ce sujet : VOET, § IV, p. 563 ; AUGER, p. L ; BUCKLAND, p. 233 ; MICOLIER, p. 353 ; CHIUSI, *Tributoria*, p. 347 et 370.

¹⁵²² Voir : le D. 14, 4, 12 *Julianus*, qui donne un exemple de calcul de la valeur maximale de la créance exigible de la *merx pecuniaria*. Dans ce texte, à l'ouverture de l'action, la *merx* résiduelle (ou *tributum*) est déterminée à 30 ; le maître, ainsi que deux créanciers ont effectué une transaction (apparemment un prêt) pour un montant de 15 à raison du fonds de commerce (*merx*). Il y a donc concours entre deux créanciers et le maître (cf. le D. 14, 4, 5, 7 *Ulpianus (Labeo)*, qui indique que le maître devient créancier au pro rata avec les créanciers sur la *merx*, peu importe la raison de sa créance). Le montant des créances de chacun des protagonistes est de 15, donc ils doivent concourir chacun pour 1/3 dans le partage de la *merx* résiduelle (*tributum* de 30) (en effet 15 somme investie par chacun/45 somme totale des créances = 1/3, correspondant à la proportion qui pourra être demandée par chacun dans la liquidation). Cela donnerait 10 à chacun, vu que le maître concourt avec eux pour la même proportion (1/3) sur la valeur totale de la *merx* à liquider (30). A noter que le maître qui déduirait 15 suite à l'action « distributive », devrait en reverser 5 à son esclave pour le libérer vis-à-vis des créanciers de la *merx*, chacun des créanciers ayant reçu 7,5 (30 [total de la *merx*] moins 15 [déduction « indue » du maître], divisé par 2 [nombre de créanciers à part le maître]), alors qu'ils auraient dû recevoir 10 (soit 2,5 de plus chacun). Ce qu'il a dû reverser à son esclave (ici 5) le rend créancier du pécule d'autant (en effet, ce qui dépasse la part de la *merx* à laquelle il a eu droit en remboursement de son prêt grève le pécule ordinaire de son esclave [dans le texte *extra mercem peculium*]) et il pourra déduire cette somme au plus tard au moment où il sera actionné à nouveau de *peculio*.

Voir en outre : CHIUSI, *Tributoria*, p. 351.

¹⁵²³ Cf. : le D. 14, 4, 5, 12 *Ulpianus*.

¹⁵²⁴ Cf. : le D. 14, 4, 5, 19 *Ulpianus* et le D. 14, 4, 6 *Paulus*, qui précisent de plus que le principe du créancier le plus diligent ne s'applique pas en cas d'action « distributive ». Tous sont d'égal condition. Pour le concours postérieur du maître, cf. : le D. 14, 4, 7, pr. *Ulpianus*.

Voir au sujet de la caution et du rapport de proportionnalité entre les créances des différents créanciers : VOET, § IV et V, p. 564 ; GLÜCK, p. 274 ; AUGER, p. XLVI ; KARLOWA, II, p. 1160 ; BUCKLAND, p. 236 ; VALINÖ, p. 114 s.

¹⁵²⁵ Voir à ce sujet les différents moyens donnés aux créanciers dans la section « La portée de l'action *tributoria* », p. 422 ss.

lui-même, ou son esclave, n'a pas exécuté l'obligation contractuelle envers le tiers, il peut être soumis à la procédure de « distribution ». Et s'il n'obtempère pas à celle-ci de son propre mouvement, se montre négligent dans la constitution totale de la *merx* avant « distribution » (*tributum*), ou dans la liquidation elle-même (*tributio*), chaque créancier non satisfait sera habilité à ouvrir l'action *tributoria* proprement dite déclanchant alors une procédure ordinaire *apud iudicem*¹⁵²⁶.

*D. 14, 4, 7, 2 Ulpianus : Si cuius dolo malo factum est, quo minus ita tribueretur, in eum tributoria datur, ut quanto minus tributum sit quam debuerit, praestet : quae actio dolum malum coerces domini. minus autem tribuere videtur etiam si nihil tributum sit. si tamen ignorans in merce servum habere minus tribuit, non videtur dolo minus tribuisse, sed re comperta si non tribuat, dolo nunc non caret. proinde si sibi ex ea merce solvi fecit, utique dolo videtur minus tribuisse.*¹⁵²⁷

Ce texte indique que, pour que le tiers obtienne l'action, le maître doit être de mauvaise foi dans l'estimation qu'il fait de la *merx* à

De manière générale sur la question, voir : MANDRY, II, p. 444 s. ; AUGER, p. LIII ; MICOLIER, p. 354.

¹⁵²⁶ Cf. : Gai. 4, 72 à la fin, qui précise que sont seuls habilités à ouvrir l'action les créanciers qui se plaignent d'avoir reçu moins que la « contribution » escomptée (dans le même sens : Iust. Inst. 4, 7, 3 à la fin) ; le D. 14, 4, 8 *Iulianus*, qui affirme que seule la mauvaise foi du maître (*dolo interveniente*) donnera lieu à l'action ; le D. 14, 4, 12 *Iulianus*, qui constate que l'action est ouverte lorsque le maître viole l'Edit, ce qui est le cas quand il ne distribue pas aux créanciers les fractions de la contribution auxquelles ils peuvent prétendre ; le D. 14, 4, 7, 3 *Ulpianus*, qui précise que le maître est soumis à l'action dans les cas où, par mauvaise foi, il aura laissé périr la chose, l'aura détournée ou vendue à vil prix ou n'en aura pas exigé le prix des acheteurs ; le D. 14, 4, 7, 4 *Ulpianus* et le D. 14, 4, 9, 2 *Ulpianus*, où l'action est ouverte si le maître nie devoir quoique ce soit ou fait tout pour se soustraire à la distribution, ce qui constitue un dol.

A noter que le D. 14, 4, 7, 2 *Ulpianus*, semble concevoir aussi la possibilité d'actionner un des commerçants de la *merx* qui négligerait d'y verser un dû pour le commerce entrepris. Voir toutefois les remarques en notes 1519 et 1539 à ce sujet.

¹⁵²⁷ Traduction : S'il arrive, par la mauvaise foi de quelqu'un, que la masse à distribuer ne comprenne pas tous les objets qui doivent y entrer, l'action *tributoria* sera donnée contre lui à l'effet de l'obliger à la compléter. Et par cette action, on vise notamment le dol du maître. On est censé avoir distribué moins que ce que l'on doit, lorsqu'il n'y a tout simplement pas eu distribution. Si le maître distribue moins, alors qu'il ignore ce que l'esclave possède dans sa *merx*, il n'est pas censé avoir distribué moins par dol. Mais s'il ne rectifie pas la distribution dès qu'il découvre une chose entrant dans la *merx*, alors son comportement sera dolosif. Ainsi, s'il se fait payer sur cette chose, il est censé avoir dolosivement distribué moins que ce qu'il aurait dû.

distribuer. S'il vient à découvrir une *merx* oubliée sans faute de sa part, il ne sera de mauvaise foi que s'il ne la « distribue » pas immédiatement ; cela signifie que la bonne foi du maître est protégée et qu'il n'est pas objectivement responsable s'il ignore quelque chose¹⁵²⁸.

Cette action semble donc introduire, en parallèle à la responsabilité contractuelle du maître, un aspect délictuel¹⁵²⁹. Mais la cause de l'action est bien le contrat conclu par l'esclave, comme il en va dans l'action *de peculio*¹⁵³⁰ ; l'élément délictuel ne serait alors qu'une condition supplémentaire¹⁵³¹ à l'ouverture proprement dite de l'*actio tributoria*¹⁵³².

¹⁵²⁸ Voir en ce sens : MANDRY, II, p. 444 ; AUGER, p. LII, qui précise que « l'action n'est donnée que si le maître a causé ou voulu causer frauduleusement un tort » ; BUCKLAND, p. 236 ; VALINÖ, p. 117, indique que l'ignorance du maître ou la simple négligence ne suffit pas, il faut un dol concret.

¹⁵²⁹ Voir les textes cités dans la note 1526, où il est question de la mauvaise foi (*dolus*) du maître comme condition à l'ouverture de l'action.

A noter que le D. 14, 4, 8 *Iulianus*, souligne que l'action ne vise pas à punir le dol, mais à poursuivre une chose. Elle n'a donc pas un caractère pénal prédominant, qui entraînerait l'infamie, comme c'est le cas dans l'action pour dol.

¹⁵³⁰ En effet, le choix donné au créancier entre l'action *tributoria* et l'action *de peculio* est un indice pour qualifier la *tributoria* d'action adjectice et partant d'action d'origine contractuelle.

¹⁵³¹ Les conditions de base, tant pour la procédure administrative que judiciaire, étant, nous le rappelons, la *scientia* du maître et la *negotiatio* sur une *merx peculiaris*.

Mais c'est peut-être précisément parce que le maître a eu cette *scientia* qu'on attend de lui une conduite exemplaire ; en effet, s'il n'a pas manifesté son opposition alors qu'il aurait pu le faire, son comportement pourrait être considéré comme dolosif du fait même qu'il ne se soumette pas aux préceptes inclus dans l'Edit. Ainsi, s'il ne se soumet pas de lui-même à la procédure administrative instituée par l'Edit, il commettrait un dol permettant alors au créancier de l'actionner en distribution. D'ailleurs, en cas d'*ignorantia*, le créancier ne peut l'actionner que *de peculio*. Partant, nous ne retenons pas la thèse de Chiusi, qui estime qu'il n'y a pas besoin de dol à l'ouverture de l'action pour provoquer directement la distribution.

Voir aussi la note 1534.

¹⁵³² En ce sens, voir : VOET, § VI, p. 564, qui précise que le dol peut s'avérer tant dans une distribution inéquitable que dans un refus injustifié de liquider ; MANDRY, II, p. 423 ss, spéc. p. 429 s. et p. 450 ss, spéc. p. 454 ; BUCKLAND, p. 237 s. ; LEVY, Die Konkurrenz, p. 154 ss ; CHIUSI, *Tributoria*, p. 350 et 371 s., qui toutefois l'exclut pour le cas de l'action provoquant directement la distribution (cf. p. 370 s. p. ex). *D'un autre avis* : GLÜCK, p. 275 et note 99, p. 275 ; KARLOWA, II, p. 1162 ; AUGER, p. XLVII et LIII ss ; VALINÖ, p. 103 ss et 116 ss, spéc. p. 126 s., qui précise que l'action *tributoria* ne fait que poursuivre la rectification d'une « distribution » effectuée dolosivement, comme il l'explique d'ailleurs dans son « *Sommarium* » à la p. 103 ; BUTI, note 7, p. 151, qui pense que l'action se fonde sur le dol du maître pour « distribution » frauduleuse ; ALBANESE, p. 159 s., qui indique seulement que l'action *tributoria* ne peut être demandée que dans

e. *La portée de l'action tributoria*

Le tiers qui s'estime lésé par la mauvaise foi (dol) du maître bénéficiera donc d'une action personnelle¹⁵³³ spéciale appelée *tributoria*. Celle-ci est donnée si le maître a connaissance de la *negotiatio* sur la *merx* entreprise par l'esclave¹⁵³⁴.

On constate cependant que la portée de ladite action diffère en fonction du moment où intervient le dol¹⁵³⁵ : si le maître nie devoir quoique ce soit, ne se soumet pas au devoir de « distribuer » de son propre chef au mépris de l'Edit instituant la procédure administrative ou se montre négligent dans la constitution du *tributum* avant distribution, l'action permettra aux créanciers d'exiger une liquidation judiciaire équitable de l'entier de la *merx*¹⁵³⁶.

le cas où un créancier se plaint d'avoir reçu frauduleusement moins que ce à quoi il aurait eu droit ; DI PORTO, p. 54, qui semble aussi penser que l'action *tributoria* n'est donnée qu'en dernière phase, soit après une procédure de *vocatio in tributum* qui serait donc viciée.

¹⁵³³ L'action est personnelle, car issue de la convention avec l'esclave, mais elle vise une sorte de quasi-patrimoine (la *merx*) : cf. le D. 14, 4, 8 *Iulianus*, qui indique que l'action vise une *rei persecutio* dans le patrimoine du débiteur.

¹⁵³⁴ Voir au sujet des conditions nécessaires à l'action : CHIUSI, *Tributoria*, p. 283 ss, spéc. p. 349 et 354 ss, qui pense que la *scientia* et l'activité sur une *merx peculiaris* ne seraient que les conditions nécessaires à l'action, non pas à la procédure de *vocatio* hors action, qui d'ailleurs n'existerait pas selon elle (cf. les notes 1513 et 1514).

¹⁵³⁵ En ce sens, voir : VOET, p. 563 s. ; GLÜCK, p. 267 ss, spéc. p. 274 ; MANDRY, II, p. 423 et AUGER, p. XLVIII et LX, qui pensent que l'action *tributoria* visait deux buts : d'une part, conduire à la « distribution », d'autre part, corriger celle qui serait injuste. *D'un avis plus nuancé* : CHIUSI, *Tributoria*, p. 364 ss, qui pense également que l'action a deux buts, mais que le dol n'intervient qu'en cas de mauvaise constitution du *tributum* ou d'une distribution viciée. Selon elle, le dol ne serait donc pas une condition à la provocation directe de la procédure de distribution par voie judiciaire (cf. p. 370 s.). D'autres auteurs pensent que l'action ne vise qu'à réparer une « distribution » injuste, mais non pas directement à « distribuer » : KARLOWA, II, p. 1160, qui pense que, si le maître ne respecte pas le décret du prêteur, il commet un dol (cf. p. 1162) ; BUCKLAND, p. 233 et 236 ; VALINÖ, p. 107, 123 ss, spéc. 125.

¹⁵³⁶ Voir en ce sens : le D. 14, 4, 5, 5 *Ulpianus*, qui indique que par l'action *tributoria* il est ordonné de « distribuer » (*tribui iubetur*) ; le D. 14, 4, 7, 2 *Ulpianus*, où il apparaît que le maître a le devoir de « distribuer » (*tribuere*) de bonne foi quand il y est appelé ; il doit de plus faire entrer dans la « contribution » toute dette ou livraison de meuble dont il a connaissance. S'il n'obtempère pas, ces agissements dolosifs permettront au tiers de l'actionner. Voir en outre : le D. 14, 4, 7, 3 *Ulpianus*, qui indique que le maître sera tenu de l'action *tributoria* s'il a laissé périr une chose de la *merx* de mauvaise foi, l'a détournée ou vendue malicieusement à vil prix ou s'il n'en a pas exigé le prix des acheteurs ; le D. 14, 4, 7, 4 *Ulpianus*, qui prévoit l'action dans le cas où le maître nierait

Il se peut qu'après la liquidation on découvre que le montant du *tributum* distribué est inférieur à celui déterminable de bonne foi ; la portée de l'action va alors changer et ne viser plus que la rectification judiciaire pour le montant non distribué¹⁵³⁷. Il semble encore, mais cette hypothèse reste un peu obscure, que, dans le cas où un tiers débiteur de mauvaise foi est réfractaire au paiement ou à la remise d'un bien pour l'évaluation correcte du *tributum*¹⁵³⁸, l'action puisse être intentée contre lui pour le forcer à verser ce qu'il doit¹⁵³⁹.

devoir quoique ce soit ; ou encore le D. 14, 4, 9, 2 *Ulpianus* (*Pomponius*), qui précise que commet un dol celui qui agit de manière à empêcher la « distribution ».

¹⁵³⁷ Voir à ce sujet : Gai. 4, 72 à la fin et le D. 14, 4, 7, 2 *Ulpianus*, qui indiquent que si le résultat de la « distribution » du *tributum* s'avère inférieur à ce qu'il aurait dû être, les tiers créanciers seront habilités à ouvrir action pour corriger la « distribution » et réévaluer le *tributum* de ce dont il a été amputé (*in id quod deest*).

A l'inverse, si les créanciers ont reçu plus que ce qu'il leur est effectivement dû, très vraisemblablement, ils le garderont. Mais ils restent soumis à l'incertitude de devoir rendre quelque chose, notamment si un créancier oublié se présente par la suite en actionnant *tributoria* ; tel est le but de la caution nécessaire.

Voir sur ce point : CHIUSI, *Tributoria*, p. 358 et 364, qui pense que la condamnation en rectification condamnerait le maître directement en visant son patrimoine, étant donné que la *merx* a déjà été distribuée.

¹⁵³⁸ Avant ou après la « distribution ». Le texte cité en note 1539 ne donne à notre avis pas de précisions particulières sur ce point.

¹⁵³⁹ Cf. : le D. 14, 4, 7, 2 *Ulpianus* au début. Ici l'action « distributive » changerait de portée ; elle pourrait viser un tiers (qui n'est pas le maître) pour l'obliger à s'exécuter (très probablement pécuniairement pour la valeur de l'objet restant à livrer p. ex.) en vertu de la convention passée avec l'esclave au sujet du commerce particulier effectué.

Voir en ce sens aussi : VOET, § IV, p. 564.

En effet, la qualité pour agir appartiendrait selon toute vraisemblance au maître. Mais peut-on parler encore d'action *tributoria* ? Le tiers peut être entré en relation commerciale directement avec son patrimoine (il n'a peut-être pas d'esclave d'ailleurs) et il va de soi que, s'il était actionné par le maître, l'action viserait directement sa personne. Sa responsabilité serait donc engagée *in solidum* sur l'entier de son patrimoine (aucune *merx peculiaris* n'existant). Cette action « récursoire » n'aurait de similitudes avec la *tributoria* que le nom, car sa portée serait toute différente ; elle devrait correspondre en effet à celle de l'*actio contraria* de la vente p. ex.

Cette hypothèse demeure toutefois incertaine si l'on rapporte le début du texte du D. 14, 4, 7, 2 *Ulpianus* uniquement à *quae actio dolum malum coeret domini*, où seul le maître serait alors visé. Nous laissons la question ouverte en pensant toutefois que le sens général du texte semble viser seulement la distribution effectuée par le maître.

Dans cette institution, on constate que la responsabilité contractuelle du maître est engagée indirectement¹⁵⁴⁰. Elle se traduit dans l'obligation qu'il a uniquement de liquider la *merx*¹⁵⁴¹ ; il ne s'agit donc pas d'une responsabilité contractuelle ordinaire pour un contrat de son subordonné imposant de satisfaire un tiers déterminé pour l'obligation issue du contrat conclu mais inexécutée¹⁵⁴². En effet, la portée de la liquidation intéresse tous les créanciers sur la *merx*, non seulement celui qui ouvrirait action en premier. Cette liquidation aura d'ailleurs pour effet d'éteindre toutes les créances des créanciers qui se sont présentés à la *vocatio*.

A noter que le créancier de la *merx peculiaris* conserve toujours un choix stratégique, puisqu'il a la possibilité d'ouvrir action *de peculio* en lieu et place de la « distributive »¹⁵⁴³. Parfois, il n'a pas le choix, si les

¹⁵⁴⁰ Voir en ce sens : MANDRY, II, p. 438 ; BUTI, note 7, p. 151.

¹⁵⁴¹ Voir, dans le sens d'une action limitée dans son étendue à la *merx peculiaris* : GLÜCK, p. 279 ; AUGER, p. XLVIII ; CHIUSI, *Tributoria*, p. 278.

¹⁵⁴² Voir en ce sens : CHIUSI, *Tributoria*, p. 278, qui indique que l'action *adiecticiae qualitatis* vise d'ordinaire deux destinataires : le maître civilement, l'esclave naturellement. La *tributoria*, elle, ne vise que la *merx peculiaris*.

¹⁵⁴³ Et cette *actio de peculio* pourrait être une alternative plus intéressante dans le cas exposé au paragraphe précédent du corps du texte, à savoir dans l'hypothèse où un créancier retardataire voudrait obtenir le recouvrement de sa créance.

Cf. : le D. 14, 4, 5, 1 *Ulpianus* et le D. 14, 4, 9, 1 *Ulpianus*, qui précisent que le créancier qui peut bénéficier des deux actions (*de peculio* ou *tributoria*) doit en choisir une ; celle qu'il jugera la meilleure. Voir en outre, dans le même sens : Gai. 4, 74a et le D. 14, 4, 11 *Gaius*.

Voir en outre, sur la possibilité d'intenter l'action *de peculio* en lieu et place de l'action *tributoria* : GLÜCK, p. 279 s. ; MANDRY, II, p. 420 s. ; AUGER, p. LXI ; KARLOWA, II, p. 1163 ; BUCKLAND, p. 238 ; LEVY, *Die Konkurrenz*, p. 154 ; MICOLIER, p. 353, p. 355 et la note 18, p. 355, qui pense que les dettes de la *merx* viseraient de toute façon l'entier du pécule. Cette solution est à notre sens critiquable, car la dette vise la *merx* elle-même, seule susceptible d'être partagée et distribuée, à moins que par le choix du créancier, au moment de l'ouverture d'action seulement, ce ne soit l'action *de peculio* qui soit intentée (voir dans le même sens : CHIUSI, *Tributoria*, p. 313 et la note 103, p. 313). Voir encore : FERRINI, *Z. S. S.* 21 (1900), p. 193, qui considère l'action *tributoria* comme une action *de peculio* partielle ; VALINÖ, p. 119 ss ; CHIUSI, *Tributoria*, p. 379 ss.

Certains auteurs cités en note 1532 pensent que l'action intentée prioritairement entraînerait par *litis contestatio* l'impossibilité d'ouvrir l'autre, l'objet des deux actions étant le même, soit la relation contractuelle du subordonné avec le tiers. Nous ne comprendrions pas pourquoi, si nous avions qualifié l'action *tributoria* de délictuelle, celle-ci entraînerait par *litis contestatio* l'impossibilité d'accéder à l'action *de peculio* le cas échéant, action qui elle, viserait le rapport contractuel (voir en ce sens : BUCKLAND, p. 238). En effet, Gaius fait bien la distinction, à Gai. 4, 6 ss, entre les

conditions pour obtenir l'action *tributoria*, notamment la *scientia* du maître, ne sont pas remplies. Il apparaît cependant, lorsque les deux voies sont offertes, que la responsabilité fondée sur le pécule peut être avantageuse¹⁵⁴⁴, car non seulement elle est plus facile à prouver¹⁵⁴⁵, mais encore le montant disponible pour la réparation peut être plus élevé que celui de la part reçue de la *merx peculiaris* une fois divisée et « distribuée », ce d'autant plus que le montant de celle-ci est compris dans l'étendue de la responsabilité *de peculio*¹⁵⁴⁶. Entre autres avantages encore de rappeler que le tiers ne concourt pas avec les autres créanciers¹⁵⁴⁷ et qu'il n'a pas de caution à donner. Il faut cependant espérer que le maître n'ait pas beaucoup à déduire du pécule de son esclave pour des dettes internes de celui-ci, car il conserve dans le cadre de l'action *de peculio* ses privilèges ordinaires¹⁵⁴⁸.

Si les créances des tiers sont définitivement honorées, tant sur le plan civil que naturel, après la répartition volontaire ou le cas échéant jugée, il sera au contraire toujours possible au maître de déduire son découvert, mais seulement le découvert, lors du prochain procès en

obligations naissant *ex contractu* et celles naissant *ex delicto* ; elles n'ont pas le même objet. Il précise en outre, à Gai. 4, 107, que l'on ne peut pas intenter une nouvelle action sur la même affaire.

¹⁵⁴⁴ De manière générale, voir à ce sujet : AUGER, note 1, p. LI ; KARLOWA, II, p. 1163 ; BUCKLAND, p. 238 ; CHIUSI, *Tributoria*, p. 379 ss.

¹⁵⁴⁵ En effet, l'action *de peculio* n'a pour conditions que l'existence du pécule, tandis que l'action *tributoria* nécessite la *scientia* sur l'exercice d'un commerce particulier et le dol du maître.

En ce sens, voir : BUCKLAND, p. 238 ; CHIUSI, *Tributoria*, p. 379 ss.

¹⁵⁴⁶ Au D. 14, 4, 11 *Gaius*, Gaius l'affirme lui-même en indiquant que la *merx* étant limitée, il vaut mieux parfois ouvrir action *de peculio*. Le pécule comprend en effet dans son actif tous les biens et droits de l'esclave, y compris la *merx*. La limite maximale de la responsabilité du maître peut ainsi être plus élevée et profiter aux créanciers, surtout si l'esclave ne doit rien à son maître.

Voir en ce sens : GLÜCK, p. 279 s. ; AUGER, note 1, p. LI ; KARLOWA, II, p. 1163 ; MICOLIER, p. 355 ; VALINÖ, p. 111 et 120 ; CHIUSI, *Tributoria*, p. 334.

¹⁵⁴⁷ En ce sens, cf : le D. 15, 1, 9, 8 *Ulpianus (Iulianus, Marcellus)*, où il apparaît clairement que chaque créancier peut ouvrir action successivement.

¹⁵⁴⁸ Voir en ce sens : le D. 14, 4, 1, pr. *Ulpianus* ; le D. 14, 4, 1, 2 *Ulpianus* et surtout le D. 14, 4, 5, 7 *Ulpianus (Labeo)* à la fin, qui précise *a contrario* que le maître perd son privilège à la déduction sur la *merx peculiaris*.

Voir les explications à propos du *ius deductionis* dans la section « Le *ius deductionis* », p. 364 ss, qui ne s'applique pas à la *merx peculiaris*.

responsabilité contractuelle *de peculio*¹⁵⁴⁹. Du coup, il semble que l'obligation « naturelle » de l'esclave ou créance « naturelle » du maître pour le « non-assez perçu » (soit le découvert interne) ne subsiste qu'entre eux¹⁵⁵⁰.

f. Protection particulière du tiers et perte des privilèges du maître

Le tiers (créancier) qui contracte sur la *merx* reçoit une protection particulière résultant du fait que le maître, contrairement à l'institution du pécule, ne bénéficie pas du *ius deductionis* direct sur celle-ci¹⁵⁵¹, il ne peut que concourir éventuellement avec lui et les autres créanciers, si l'esclave lui doit quelque chose à raison de ce commerce ou pour toute autre raison¹⁵⁵² :

*D. 14, 4, 5, 7 Ulpianus : Sed est quaesitum, dominus utrum ita demum partietur ex merce, si quid ei mercis nomine debeat, an vero et si ex alia causa. et Labeo ait, ex quacumque causa ei debeat, parvique referret, ante mercem an postea ei debere quid servus coeperit : sufficere enim, quod privilegium deductionis perdidit.*¹⁵⁵³

Ulpien précise clairement, en reprenant Labéon, que le maître concourt avec les créanciers « distributaires » dès que l'esclave lui doit

¹⁵⁴⁹ En ce sens, cf. : le D. 14, 4, 12 *Iulianus* à la fin. Voir à ce sujet la note 1522.

¹⁵⁵⁰ Comme en témoigne le D. 14, 4, 12 *Iulianus*.

¹⁵⁵¹ Le prêteur crée une certaine entorse à la puissance du maître en l'empêchant de se servir sur la *merx* de manière préférentielle.

Voir à ce sujet : VOET, § III, p. 563 ; GLÜCK, p. 268 ; AUGER, p. XLVI ; KARLOWA, II, p. 1161 ; BUCKLAND, p. 233 ; FERRINI, Z. S. S. 21 (1900), p. 193 ; VALINŌ, p. 116 ; CHIUSI, *Tributoria*, p. 277.

¹⁵⁵² Voir : Gai, 4, 72 ; le D. 14, 4, 5, 10 *Ulpianus* ; le D. 14, 4, 7, pr. *Ulpianus* et les *Iust. Inst.* 4, 7, 3, qui indiquent que le maître peut être créancier de l'esclave sans en préciser la raison. Cf. en outre, les textes cités en note 1548.

Voir de plus : GLÜCK, p. 268 ; BUCKLAND, p. 235 ; VALINŌ, p. 116 ; CHIUSI, *Tributoria*, p. 277.

¹⁵⁵³ Traduction : On a soulevé la question de savoir si le maître est appelé dans la distribution de la *merx* que dans le cas où il lui est dû quelque chose dessus, ou également pour toute autre dette. Labéon dit que, par quelque raison qu'il lui soit dû, il participera au partage, et peu importe que l'esclave ait commencé à lui devoir avant ou après le commerce entrepris : en effet, c'est assez que le maître perde le droit de déduire tout ce qui lui est dû.

quelque chose, peu en importe la raison, que ce soit sur la *merx peculiaris* ou pour toute autre cause.

De plus, bien que la *merx* soit incluse dans le pécule, le maître reste néanmoins toujours responsable et donc actionnable pour le montant présumable de bonne foi, alors que le pécule de l'esclave peut être vide¹⁵⁵⁴.

g. *Synthèse*

L'action *tributoria* ne vise pas directement à condamner le maître au paiement d'une somme d'argent équivalente à la prestation inexécutée¹⁵⁵⁵, mais à le contraindre à liquider ou rectifier la masse destinée au commerce entrepris par son subordonné. C'est cette fraction comptable du pécule incluse dans un compte spécifique tenu par l'esclave qui définit et limite la responsabilité du maître. Le maître n'engage ainsi sa responsabilité contractuelle et personnelle qu'indirectement, en l'assumant en quelque sorte dans les faits sur cette masse¹⁵⁵⁶.

L'avantage d'une telle institution est indéniable : en effet, le maître, bien que dépourvu de la possibilité de contrôler chaque acte particulier de son esclave, ne prend que peu de risques, vu que sa responsabilité ne

¹⁵⁵⁴ En effet, la *merx*, en tant que fraction du pécule, devrait logiquement aussi être vide, mais la valeur connue qui lui a été « allouée » tient probablement lieu de garantie concrète, sûre et indépendante, elle ne peut donc diminuer pour des raisons extérieures à ce pour quoi elle a été constituée, soit le type de commerce donné. Cette institution juridique a sans doute pour but d'éviter cette situation perverse et rassurer de surcroît, dans une certaine mesure, les commerçants intéressés aux affaires particulières (*negotiatio*) de l'esclave (cf. le D. 14, 4, 1, 2 *Ulpianus*). En même temps, le maître encourt un risque moins important ; en effet, la responsabilité « distributive ou contributive » est en principe moins élevée, c'est-à-dire que son plafond correspondra au maximum à la valeur de la *merx* connue, ou de ce que l'on peut de bonne foi supposer faire partie la *merx* (cf. les D. 14, 4, 7, 2 ss *Ulpianus*).

Voir sur cette question : CHIUSI, *Tributoria*, p. 333.

¹⁵⁵⁵ Comme c'est d'ordinaire le cas dans les différentes actions *adiecticiae qualitatis*.

¹⁵⁵⁶ Voir la section « Définition de l'institution », p. 401 ss, où il est question de la terminologie de *mercis nomine*.

porte que sur l'actif¹⁵⁵⁷ du compte de la *merx* une fois déterminé de bonne foi (soit le *tributum*)¹⁵⁵⁸.

Pour les tiers, l'action « distributive » a l'avantage de porter sur une sorte de garantie¹⁵⁵⁹ « supposée » et permettra à chacun, une fois tous les créanciers « distributaires » connus, d'obtenir une fraction au pro rata de leurs créances sur laquelle ils pourront se satisfaire¹⁵⁶⁰ ; la *merx* est ainsi liquidée ou sa répartition rectifiée, sous réserve de caution de la part des créanciers satisfaits. Le maître ne bénéficie d'ailleurs pas du *ius deductionis*, il concourt comme tout autre créancier sur cette masse ; chaque masse commerciale est de plus distinguée, ce qui permet au tiers de ne pas voir sa créance noyée et mise en concours avec les créances des créanciers d'autres masses du même pécule¹⁵⁶¹.

Pour l'esclave, cette institution lui permet d'avoir non seulement une certaine autonomie commerciale, mais encore personnelle ; en effet, pour peu que le maître soit au courant du commerce effectué, l'esclave peut conclure des contrats de sa propre initiative et ainsi produire des effets de droit contraignants pour son maître en l'obligeant civilement

¹⁵⁵⁷ En effet, le passif sera précisément déterminé au moment de la production des créances grevant la *merx* et la liquidation de l'actif servira à le solder.

¹⁵⁵⁸ Voir p. ex. : le D. 14, 4, 8 *Julianus*, qui indique que l'action *tributoria* n'a pas une portée purement délictuelle, mais qu'elle contient une *rei persecutio*, c'est-à-dire que le demandeur invoque une inexécution contractuelle (cf. SCHMIDLIN, II, p. 284). Cela explique pourquoi, comme l'indique la suite du texte, le maître de mauvaise foi, ainsi que son héritier, s'il y a eu dol du défunt, restent tenu de l'action même si l'esclave avec lequel le tiers a contracté est mort.

¹⁵⁵⁹ En effet, le D. 14, 4, 5, 17 *Ulpianus*, fait le rapprochement entre le *tributum* et le gage. On y apprend cependant que, même si un seul créancier a racheté toutes les choses de la *merx* qui restent, celles-ci seront quand même soumises à « contribution », à moins qu'elles n'aient été spécifiquement mises en gage en faveur de celui-ci. En résumé, si dans le gage les choses sont réalisées en faveur d'un seul créancier, dans l'institution de *tributoria*, la *merx* (ou *tributum*), sorte de « gage commercial », est au contraire réalisée au profit de tous les créanciers de celle-ci. Voir en outre sur ce texte : GLÜCK, p. 278 s.

¹⁵⁶⁰ Tout dépend encore du montant de la créance que ceux-ci peuvent avoir. En effet, plus la créance est élevée et le montant de la *merx* limité, plus il conviendra peut-être d'opter pour l'action de *peculio*, d'autant plus si l'esclave ne doit rien au maître.

Voir en outre la note 1546.

¹⁵⁶¹ En ce sens, cf. : le D. 14, 4, 5, 15 *Ulpianus* et le D. 14, 4, 5, 16 *Ulpianus*.

Voir à ce sujet : MICOLIER, p. 350 ; VALINŌ, p. 110.

vis-à-vis du tiers et en le soumettant à une éventuelle action en cas d'inexécution contractuelle¹⁵⁶².

La toute puissance du maître sur son esclave ainsi que le principe de l'unité de son patrimoine apparaissent en un certain sens dépassés. On constate en effet que, bien que le titulaire juridique de l'entier du patrimoine demeure le maître, les différentes sous-sections ou quasi-patrimoines, reconnus dans les faits comme appartenant à l'esclave, et au regard desquels on effectue tel ou tel type de commerce, seront à la base d'une étendue de responsabilité différenciée, juridiquement et directement répercutée dans le patrimoine économique global (ou central) du *dominus*, sans qu'il y ait forcément consenti activement.

L'action *tributoria*, pourtant si complète et technique, n'a pas perduré dans le temps¹⁵⁶³. On peut imaginer que l'extension commerciale rendait de moins en moins possible la connaissance par le maître des activités commerciales spécifiques de ses esclaves, particulièrement lorsque ceux-ci étaient loin de la *domus*¹⁵⁶⁴; c'est pourquoi l'action *de peculio*, plus simple et plus sûre pour le tiers et le maître, apparut sans doute comme le moyen le plus adapté.

¹⁵⁶² Voir : BUTI, p. 13 ss ; CHIUSI, *Tributoria*, p. 279 et 387, pour qui l'esclave accède à une autonomie de fait, le maître donnant tout de même une sorte de consentement à l'activité exercée.

¹⁵⁶³ On en trouve une dernière trace dans les Instituts de Justinien : cf. les *Iust. Inst.* 4, 7, 3.

Voir à ce sujet : CHIUSI, *Tributoria*, p. 386.

¹⁵⁶⁴ Voir p. ex. : le D. 21, 1, 17, 16 *Ulpianus*, où l'on voit que parfois les esclaves étaient envoyés en Province.

I. Conclusion

L'institution du pécule accorde beaucoup d'autonomie à l'esclave, mais il n'en demeure pas moins que celui-ci n'accède pas au rang de sujet de droit civil *lato sensu* ; en revanche, du point de vue du droit naturel, on peut le considérer comme un véritable sujet de droit¹⁵⁶⁵. Le droit naturel concerne, nous le rappelons, la nature des choses, l'ensemble des éléments communs chez tous les être vivants ; en cela, on peut considérer qu'il s'intéresse plus à l'état de fait(s) qu'à l'état de droit¹⁵⁶⁶. Si juridiquement, le pécule appartient de droit quiritaire au *dominus* et que l'esclave reste soumis à sa *potestas*, dans les faits, soit en droit naturel, on distingue bien la personne de l'esclave de son maître, et le pécule est considéré comme le patrimoine de fait (ou naturel) du *servus*. Ces distinctions de fait (ou de droit naturel), vont donc permettre une certaine capacité de l'esclave en droit naturel. Cette capacité sera opérée par l'entremise d'un système de comptabilité distinguant *de facto* deux patrimoines, le patrimoine propre du maître et le pécule.

Mais à ces éléments de fait objectifs, s'ajoute une dimension subjective concrétisée premièrement dans la volonté générale du maître de constituer un pécule, et deuxièmement dans la volonté de l'esclave de conclure de manière autonome tel ou tel acte au regard du pécule. La concession initiale du maître accorde ainsi au *peculium*, en parallèle à son existence de fait, un état de droit prétorien. Si l'esclave qui a reçu le droit d'administrer conclut de sa propre initiative un acte au regard de son patrimoine de fait, cela aura pour conséquence de créer un double rapport de droit : naturel auprès de l'esclave et prétorien (ou adjectice) auprès du maître¹⁵⁶⁷. Ce dernier pourra de plus être soumis à une responsabilité contractuelle en cas d'inexécution à concurrence du pécule

¹⁵⁶⁵ Voir, à propos de la capacité de droit naturel de l'esclave : MICOLIER, p. 590.

¹⁵⁶⁶ Voir les sections « Introduction », p. 41 ss, « La controverse doctrinale sur l'existence des droits subjectifs », p. 76 ss, ainsi que « L'autonomie de l'esclave et sa capacité d'interagir avec des tiers », p. 119 ss.

¹⁵⁶⁷ Si au contraire il conclut un contrat qui a pour résultat que le patrimoine du maître est enrichi, alors le tiers pourra actionner le cas échéant *de in rem verso*, voire opter pour l'*actio de peculio et de in rem verso*. Voir les explications relatives à ces institutions connexes dans la section « Le *versum in rem* et l'*actio de in rem verso* », p. 433 ss.

et il devra se soumettre aux règles prétoriennes qu'il a en quelque sorte acceptées au moment de la concession, notamment celles qui concernent le *ius deductionis*. L'on peut observer dès lors que plus l'esclave devient autonome, plus le pouvoir du maître s'affaiblit.

Le préteur est venu greffer le droit honoraire sur le droit naturel en vouant à ce dernier certains effets civils spécifiques ; c'est ainsi que l'institution du pécule devient la garante du développement économique¹⁵⁶⁸ et en même temps le fondement de la reconnaissance d'une certaine autonomie et dignité chez l'esclave. En contrepartie cependant, le préteur a dû respecter les principes émanant de l'ancien droit civil¹⁵⁶⁹. On a pu le constater à plusieurs reprises : par exemple dans le type d'actes que l'esclave peut conclure ; ainsi, les actes de disposition, de même que les acquisitions gratuites - sans contrepartie - au pécule, doivent d'une certaine manière être singulièrement consentis par le *dominus* pour se soustraire aux règles de l'ancien droit civil, la *concessio* générale du pécule n'y suffisant pas¹⁵⁷⁰.

¹⁵⁶⁸ Voir au sujet du pécule comme institution destinée au développement économique : BROZ, p. 332 ; BUTI, p. 174 ; APATHY, Z. S. S. 96 (1979), p. 406 ; ALBANESE, p. 150 et MARTINI, LABEO 26 (1980), p. 106, qui voient dans le développement de l'institution du pécule la volonté d'utiliser au mieux les ressources des esclaves.

¹⁵⁶⁹ Voir : MICOLIER, p. 761, qui indique que les règles de la jurisprudence classique ne contredisent pas le *ius civile* au sens étroit, mais servent à l'assouplir ; MONIER, I, p. 251.

¹⁵⁷⁰ Voir à ce sujet la section « *L'administratio ou libera administratio* », p. 300 ss.

Section 4 Le *versum in rem* et l'*actio de in rem verso*¹⁵⁷¹

A. Introduction – une institution indépendante

Peut-on concevoir une institution permettant à l'esclave d'engager son maître sans le consentement préalable de celui-ci, et en dehors de toute entremise d'un pécule ?

Voici une question qui a son importance compte tenu du fait que l'esclave n'a en principe aucune capacité propre de lier par des obligations son maître sans son consentement selon le droit civil au sens strict¹⁵⁷².

L'institution du *versum* que nous allons étudier semble être précisément à la charnière entre les institutions conférant à l'esclave une autonomie très relative (*iussum* et *praepositiones*) et celles qui lui accordent une indépendance d'opération très avancée par le truchement d'un pécule.

Dans plusieurs textes, l'institution du *versum* semble être en relation avec l'institution du pécule et certains auteurs n'hésitent pas à admettre qu'elle lui serait même nécessairement liée¹⁵⁷³. D'autres auteurs

¹⁵⁷¹ Voir de manière générale au sujet de cette institution : le D. 15, 1, 32, pr. *Ulpianus (Iulianus)* ; le D. 15, 1, 36 *Ulpianus (Pomponius)* ; le D. 15, 1, 41 *Ulpianus* ; le D. 15, 3, 1, pr. *Ulpianus* ; les P. Sent. 2, 9 ss.

Voir aussi : AUGER, p. XXI ; Kaser, I, § 141 II 2, p. 607.

¹⁵⁷² Voir la section « Les règles restrictives révélant l'incapacité juridique de l'esclave », p. 127 ss.

¹⁵⁷³ Voir, dans le sens d'un lien nécessaire entre les deux institutions : BARON, Klagen, p. 1 ss, spéc. p. 9, qui suppose l'existence nécessaire d'un pécule pour fonder l'action ; VON TUHR, p. 238 ss, qui conçoit que le *versum* représenterait une créance naturelle que l'esclave aurait contre son maître, issue de l'acte effectué dans son intérêt. Cette créance naturelle aurait trouvé sa source dans le pécule de l'esclave dès qu'il fût admis qu'il pouvait contenir, non seulement des biens matériels, mais aussi des créances. L'action *de in rem verso* aurait ainsi pour objet la libération par le maître de la créance naturelle que son esclave a envers lui (KUPISCH, p. 13, tout en reprenant la théorie de VON TUHR sur le « Regressanspruch », s'en distingue toutefois, puisqu'il semble rejeter l'idée d'un lien nécessaire entre le pécule et l'action *de in rem verso*). Nous ne partageons pas la conception de VON TUHR, car elle dépend de la volonté du maître de payer en quelque sorte son esclave, et elle n'est donc pas applicable dans tous les cas où l'esclave est créancier naturel d'une obligation de libération par son maître vis-à-vis du tiers. En effet, l'esclave n'a aucune voie d'action pour la demander. Voir encore : MICOLIER, p. 307 ss, spéc. p. 324 ss, qui reprend pour l'essentiel la théorie de VON TUHR, en ajoutant que le pécule existerait de plein droit et qu'il n'y

soutiennent un point de vue plus nuancé et conçoivent que l'institution du *versum* engendre une responsabilité du maître particulière¹⁵⁷⁴.

Il nous semble que si les deux institutions peuvent coexister et avoir certains rapports, elles répondent cependant toutes deux à des conditions différentes et ont chacune un objectif distinct ; nous le verrons dans les pages qui suivent¹⁵⁷⁵. L'action de *in rem verso* serait d'ailleurs apparue plus tard que celle de *peculio*¹⁵⁷⁶.

Dans certains cas juridiquement et économiquement complexes, le préteur peut même octroyer au tiers une action unique dont la formule comprend les deux chefs de condamnation de *peculio* et de *in rem verso*, invitant le juge à se déterminer d'abord sur le moyen du pécule et ensuite sur celui du *versum*¹⁵⁷⁷. Mais cette hypothèse n'empêche nullement de concevoir que l'action de *in rem verso* est une action indépendante¹⁵⁷⁸.

aurait plus besoin de le prouver dans le procès sur l'*in rem versum* à partir de l'époque de *Marcellus* ; SOLAZZI, *Scritti I* (p. 247 ss), p. 247 ss, spéc. p. 266, qui s'inspire de la théorie de BARON ; BURDESE, *Manuale*, p. 510 s.

¹⁵⁷⁴ Voir en ce sens : LÖWENFELD, p. 1 ss, spéc. p. 49 ss, qui conçoit que le *versum* est lié au pécule, mais pas dans un rapport nécessaire ; BUCKLAND, p. 176 ss, qui se montre toutefois réservé sur la totale indépendance de l'*actio de in rem verso* par rapport à l'institution du pécule ; NIEDERLÄNDER, p. 51 ; GAY, p. 166 ss et p. 254 ; KUPISCH, note 11, p. 13 ; MAC CORMACK, *Studi Biscardi*, p. 328 ss, spéc. p. 338 s., qui fait le rapprochement des deux institutions sous un aspect procédural en indiquant que la formule contenait régulièrement les deux chefs de condamnation, mais qui constate que le juge devait trancher de *in rem verso* si le pécule n'existait pas ou était insuffisant ; CHIUSI, *Die actio*, p. 49 ss.

¹⁵⁷⁵ Une fois encore, nous tenons à préciser qu'il n'est pas exclu que l'esclave qui sert d'intermédiaire à l'*in rem versum* possède un pécule. En ce sens, cf. : le D. 15, 3, 1, pr. *Ulpianus*, qui traite de l'hypothèse où le pécule est vide ou insuffisant ; le D. 15, 3, 5, 1 *Ulpianus*, qui illustre clairement la distinction de l'institution du *versum* de celle du pécule, et la possibilité pour elles de coexister lorsque le texte indique que l'argent emprunté par l'esclave peut passer un instant par le pécule avant d'être versé dans le patrimoine propre du maître. Cependant, le pécule n'apparaît pas comme une condition nécessaire au *versum* : cf. le D. 15, 3, 1, 1-2 *Ulpianus (Labeo)*, où le *versum* semble pouvoir exister, même si le maître a retiré le pécule (*ademptio*) ou si une année s'est écoulée depuis la mort de l'esclave et que l'action de *peculio* n'a pas encore été intentée (voir encore : le C. 4, 26, 7 *Diocletianus* et *Maximianus*).

Voir en outre les notes 1578 et 1657 en faveur de la distinction des deux institutions.

¹⁵⁷⁶ En ce sens, voir : GAY, p. 161. D'un autre avis : MAC CORMACK, *Studi Biscardi*, p. 319 ss, spéc. p. 322 s., qui conçoit l'éventualité de l'introduction antérieure de l'Edit de *in rem verso* par rapport à celui de *peculio*.

¹⁵⁷⁷ Cette dernière hypothèse laisse au tiers le loisir de choisir les moyens de preuve qu'il entend avancer au procès pour démontrer que les conditions de l'un ou l'autre type de responsabilité

sont remplies, et le juge obtient ainsi une plus grande marge d'appréciation pour la condamnation. Plusieurs textes présentent cette possibilité : voir notamment Gai. 4, 72a, où l'emploi du singulier pour définir l'action *de peculio et de in rem verso* semble en faire une action unique particulière, introduite par le prêteur avec les deux clauses de condamnation ; le D. 19, 2, 60, 7 *Labeo*, qui parle de responsabilité *de peculio et de in rem verso* du maître, si l'esclave louant lui-même ses services à un tiers cause quelque dommage à celui-ci ; le D. 5, 1, 57 *Ulpianus*, qui précise que dans le cas d'un fils de famille décédé, l'action est donnée *de peculio et de in rem verso* contre son père ; le D. 15, 1, 36 *Ulpianus (Pomponius)*, qui indique que, pour le cas d'un gage donné à l'esclave, le créancier gagiste a non seulement l'action *de peculio et de in rem verso* contre le maître, mais encore l'action *de dolo malo* ; le D. 15, 3, 19 *Paulus*, qui indique clairement que la clause *de in rem verso* est ajoutée à l'action *de peculio*, et cela est particulièrement nécessaire lorsque l'année qui suit la mort d'un fils est écoulée (cf. la *praescriptio annalis*) ; le C. 4, 26, 1 *Severus et Antoninus*, qui traite du cas de la responsabilité *de peculio et de in rem verso* d'un père de famille dont le fils a été nommé tuteur.

Voir, au sujet de cette action à double condamnation : VON TUHR, p. 137 ; LENEL, § 104, p. 279 s. ; MICOLIER, p. 326 ss ; GAY, p. 168 et 277 s., qui conçoit que l'action unique au deux chefs de condamnation puisse exister en parallèle à l'action indépendante ; ALBANESE, p. 155 ss ; BURDESE, Manuale, p. 510 ; CHIUSI, Die *actio*, p. 85 ss, spéc. p. 111 ss, qui voit la possibilité de l'action unique à double condamnation dans les cas juridico- et économique- complexes, mais n'exclut pas que, même si elles ont la même formule, les deux actions puissent être intentées séparément.

¹⁵⁷⁸ Les deux actions respectives *de in rem verso* et *de peculio* peuvent être bien distinguées : les textes de Gai. 4, 74, le D. 15, 1, 1, 1 *Ulpianus* et le D. 15, 3, 16 *Alfenus*, séparent clairement les deux actions par un « *aut* ». De plus, il n'est pas opéré de déduction au pécule de l'esclave pour ce qui est versé au patrimoine du maître à l'ouverture de l'action, ce qui montre bien que les deux institutions (pécule – *versum*) doivent être bien distinguées et qu'elles répondent à des règles différentes (voir aussi le D. 15, 3, 17, 1 *Africanus* à la fin). Voir en outre : Gai. 4, 74a *in fine*, qui ne fait que rappeler probablement qu'une formule identique s'applique à deux actions distinctes (et non pas à une action unique avec une double condamnation *de peculio et de in rem verso* : cf. la note 1577) ; le D. 14, 5, 1 *Gaius*, qui présente clairement l'indépendance des deux actions en faisant de l'*actio de peculio* l'action subsidiaire à toutes les autres, et notamment à celle *de in rem verso* ; *idem* dans le D. 15, 3, 5, 2 *Ulpianus* à la fin et Iust. Inst. 4, 7, 5 à la fin, qui soulignent la préférence qu'il convient d'accorder à l'action dite pour le tout *de in rem verso*, notamment par rapport à celle du pécule. Enfin, la lecture du D. 15, 1, 1, 1 *Ulpianus*, nous présente l'« *Edictum triplex* » et non pas *duplex*, concernant donc bien trois actions différentes : *de peculio, quod inusu et de in rem verso*. Voir également dans le sens de la distinction les textes suivants : le D. 15, 1, 27, pr. *Gaius* ; le D. 43, 26, 13 *Pomponius* ; le D. 3, 5, 13 *Ulpianus*, qui emploie les termes de « *sive...sive* » ; le D. 15, 2, 1, 10 *Ulpianus (Labeo)* à la fin ; le D. 38, 5, 1, 22 *Ulpianus* ; le D. 42, 8, 6, 12 *Ulpianus* ; le D. 46, 4, 11, 1 *Paulus*, qui parle d'« *honorariae actiones* » au pluriel pour l'action *de peculio* et celle *de in rem verso*, ce qui tend à confirmer que Paul distingue bien deux actions ; les P. Sent. 2, 9, 1, qui ne font aucune allusion au pécule.

Dans le sens de la distinction des actions, il convient de citer les auteurs suivants : LÖWENFELD, p. 1 ss, spéc. p. 49 ss, qui reconnaît toutefois que le *versum* est parfois lié au pécule ; BEKKER, p. 101 ss, qui met en doute la théorie de BARON et conçoit l'hypothèse où les actions *de peculio* et *de in rem verso* peuvent être indépendantes ; VON TUHR, p. 239, qui conçoit la possibilité de considérer l'action *de in rem verso* comme indépendante dans les cas d'ademption ou lorsque s'est écoulé plus d'une année après la mort de l'esclave, bien qu'il reconnaisse que le *versum* ne puisse

Ce sont là les raisons pour lesquelles nous traiterons du *versum* comme d'une institution distincte. Détachée de la condition de consentement préalable du maître et indépendante de toute concession de pécule, elle se base sur des concepts originaux, qui en font une institution propre et particulière jouant un rôle capital dans la reconnaissance de l'autonomie contractuelle de l'esclave.

se dissocier complètement du pécule ; BUCKLAND, p. 176 et 184, qui précise que la formule identique aux deux actions ne prouverait pas que l'*actio de in rem verso* ne pouvait pas être intentée indépendamment de l'*actio de peculio*. BUCKLAND se montre toutefois réservé quant à admettre l'indépendance totale de l'*actio de in rem verso* de l'institution du pécule. Voir encore : NIEDERLÄNDER, p. 48, qui ne conçoit pas de lien nécessaire entre l'*actio de in rem verso* et le pécule ; GAY, p. 155 ss, spéc. p. 166 ss, p. 170 et 276, qui se rallie à la théorie de l'indépendance des actions, mais constate, p. 174, qu'elles peuvent coexister. De même, à la p. 170, GAY affirme que si la formule est identique aux deux actions, il ne faut pas confondre les deux institutions sur lesquelles elles se basent. Voir en outre : MAC CORMACK, Studi Biscardi, p. 320, spéc. p. 324, qui pense, comme nous le soutenons, que, bien que la formule soit identique, elle s'applique pourtant bien à deux actions distinctes. Il semblerait que l'*actio de in rem verso* serait apparue avant l'*actio de peculio* et aurait été intégrée par la suite dans l'Edit de *peculio* par le préteur ; MAC CORMACK, S. D. H. I. 48 (1982), p. 345 ss ; CHIUSI, Die *actio*, p. 49 ss, spéc. p. 66 ss, qui reconnaît toutefois aux p. 6 et 43, que les deux actions peuvent avoir la même formule. D'un autre avis : VON TUHR, p. 238 ss, qui pense que le *versum* et l'action *de in rem verso* sont nécessairement liés à l'institution du pécule ; SOLAZZI, Scritti I (p. 247 ss), p. 247, spéc. p. 257 ss, qui pense que la séparation des deux actions ne serait l'œuvre que des compilateurs de Justinien ; BOUCHÉ-LECLERCQ, p. 22 s., qui ne conçoit que l'action unique aux deux chefs de condamnation à l'époque classique ; LONGO G., S. D. H. I. 1 (1935), p. 404 ; SOLAZZI, Scritti VI (p. 247 ss), p. 1 ss, qui n'admet pas que l'institution du *versum* se détache du pécule. Pour lui, l'*actio de peculio* et l'*actio de in rem verso* sont confondues dans une action unique prévoyant les deux aspects de la responsabilité du maître (condamnation *de peculio* et pour « l'enrichissement »). Cela ressortirait notamment de la formule identique concernant ces deux actions (cf. Gai. 4, 74a *in fine*). De même, le demandeur à l'*actio de in rem verso* semblerait devoir prouver l'existence du pécule. La plupart des textes étudiés par SOLAZZI dans son article paraissent pourtant infirmer sa propre théorie. Voir en outre : BARON, Klagen, p. 1 ss, qui ne conçoit que l'action unique sous la même formule avec les deux condamnations. Il reconnaît toutefois que cette action n'aboutissait en pratique qu'à une seule condamnation *de peculio* ou *de in rem verso*. Voir encore : WINSCHIED, note 2, § 483, p. 1117 ; MICOLIER, p. 326 ss ; LENEEL, § 104, p. 279 s., qui constate que l'Edit ne donne qu'une seule formule aboutissant à une double condamnation (cf. Iust. Inst. 4, 7, 4). Une action indépendante ne pourrait alors exister qu'utilement (cf. les D. 15, 3, 20, pr et 21 *Scaevola*) ; mais cette hypothèse nous semble devoir être écartée au vu du nombre de textes où il n'est pas question d'*actio utilis* lorsque la relation tripartite comprend un *alieni iuris*. Voir encore récemment : BURDESE, Manuale, p. 510, qui n'admet que l'action unique sous une seule formule, mais avec deux condamnations.

B. Définition

a. *Le contexte d'application*

Avant de définir l'institution du *versum*, nous devons exposer brièvement dans quelles circonstances elle trouve application.

Il s'agit du cas où un « représentant » R (l'esclave) gère en son nom¹⁵⁷⁹ une affaire pour le compte de B (le maître représenté) dont le résultat consiste souvent dans la conclusion d'un contrat bilatéral avec A (le tiers) dans l'intérêt de B.

A aurait déjà effectué sa prestation (son obligation serait exécutée), tandis que B n'aurait pas encore exécuté la contreprestation résultant du contrat conclu¹⁵⁸⁰.

Tant que B n'exécute pas son obligation, on peut considérer que la prestation déjà effectuée par A consiste en quelque sorte en un enrichissement de B. Si A ne reçoit pas la contreprestation du contrat conclu par R, l'enrichissement reçu de B permet au créancier A d'engager la responsabilité de B et de l'actionner à raison du montant dudit enrichissement, pour obtenir satisfaction. Cet « enrichissement » (le *versum*) correspond d'une certaine manière équitablement au montant de la contreprestation contractuelle que le tiers est en droit d'attendre¹⁵⁸¹.

¹⁵⁷⁹ Rappelons en effet que l'esclave sans pécule ne peut pas engager naturellement son maître. L'obligation de droit naturel ne peut naître qu'au nom de la personne qui passe l'acte en son nom propre.

Voir les sections « Les actes effectués *cum servo sine peculio* et sans autorisation ou « préposition » », p. 325 ss, et « Les actes juridiques – le principe de la non-représentation », p. 121 ss.

¹⁵⁸⁰ Voir à ce sujet : LÖWENFELD, p. 3, qui dit que, pour que le tiers puisse agir directement contre le maître, il ne doit pas avoir reçu de contreprestation de celui-ci ; VON TUHR, p. 33 ss, p. 88 ss et p. 130 ss, qui précise que l'acte de gestion accompli par l'esclave produit tant une augmentation de l'actif que du passif du patrimoine du maître. Selon lui, l'action en libération se fonde en effet sur une obligation naturelle du maître envers son esclave grevant ce passif. Voir encore : BOUCHE-LECLERCQ, p. 24, qui indique d'ailleurs que « les actes de la vie pratique impliquent en général une prestation et une contre-prestation » ; GAY, p. 271 ss, qui indique que l'*alieni iuris* est « générateur d'une obligation immédiate du maître vis-à-vis du tiers avec lequel il a été convenu ; il est générateur aussi d'une obligation limitée, dans son montant, au *versum* ». A la p. 275, il précise que cette obligation, c'est la contreprestation que le maître n'a pas accompli, d'un montant équivalent au *versum*.

¹⁵⁸¹ Voir en ce sens : LÖWENFELD, p. 5.

Il ne faut cependant pas confondre la terminologie d'« enrichissement » que nous employons au sujet du *versum* avec celle de notre théorie contemporaine de l'enrichissement illégitime¹⁵⁸². En effet, l'institution du *versum* suit des règles tout à fait particulières.

L'enrichissement qui fait suite à un délit n'entraîne d'ailleurs pas de *versum*, car il ne se fonde pas sur un acte de gestion dans l'intérêt du maître¹⁵⁸³.

b. *Essai d'une systématisation*

Le contexte étant présenté, voici maintenant les concepts directeurs que nous pouvons mettre en relief au sujet de l'institution dont il est question.

Un texte de Gaius nous décrit le fonctionnement de l'institution du *versum* :

*Gai. 4, 72a : Est etiam de peculio et de in rem verso actio a praetore constituta. Licet enim negotium ita gestum sit cum filio servove, ut neque voluntas neque consensus patris dominive intervenerit, si quid tamen ex ea re, quae cum illis gesta est, in rem patris dominive versum sit, quatenus in rem eius versum fuerit, eatenus datur actio...*¹⁵⁸⁴

L'on peut tirer du texte qu'il y a *versum* chaque fois que l'esclave (R) conclut un acte de gestion¹⁵⁸⁵ avec un tiers (A) dans l'intérêt de son

¹⁵⁸² Nous avons opté pour une telle terminologie car plusieurs textes mentionnent le terme de *locupletior* : cf. la note 1590.

¹⁵⁸³ Voir la note 1585.

Voir de plus : LÖWENFELD, p. 4 ; GAY, p. 270.

¹⁵⁸⁴ Traduction : Le prêteur a établi aussi une action afférente au pécule et à l'enrichissement du patrimoine. En effet, même si une affaire a été traitée avec le fils ou l'esclave sans la volonté ou le consentement du père ou du maître, il est donné, au cas où elle aboutit à un versement dans le patrimoine de ceux-ci, une action, dans la mesure où cet enrichissement s'est produit... (fin du passage altérée).

¹⁵⁸⁵ Souvent la gestion des affaires d'une personne implique la conclusion d'actes juridiques et notamment de contrats : la plupart des textes parlent de la notion large de *negotium*, mais certains énoncent clairement la conclusion d'un *contractus*. En ce sens, cf. : Gai. 4, 72a ; Gai. 4, 74 ; le D. 14, 5, 1 *Gaius* ; le D. 15, 3, 18 *Neratius* à la fin ; le D. 15, 3, 3, 6 *Ulpianus (Labeo)* à la fin ; le D. 15, 3, 17, pr. *Africanus* ; les D. 15, 1, 1, pr.-2 *Ulpianus* ; le D. 15, 3, 3, 1 *Ulpianus (Pomponius)* ; le D. 15, 3, 3, 2 *Ulpianus* ; le D. 2, 13, 4, 3 *Ulpianus*, qui traite du cas d'un esclave engagé dans les affaires

maître, qui tend à une augmentation de l'actif ou une diminution du passif du patrimoine de celui-ci (B) - ce que nous appellerons « enrichissement » au sens large du terme¹⁵⁸⁶. Ce moyen est très utile dans

bancaires de son maître ; le D. 14, 3, 17, 4 *Paulus* (*Proculus*) ; le D. 15, 3, 19 *Paulus* (*Neratius*), pour le cas analogique du fils de famille ; les P. Sent. 2, 9, 1.

Plus précisément, on trouve surtout l'*in rem versum* dans les cas de *mutuum* (voir p. ex. : le D. 15, 3, 17, pr. *Africanus* ; le D. 15, 3, 3, pr. *Ulpianus* ; le D. 15, 3, 3, 1 *Ulpianus* ; les D. 15, 3, 3, 4-6 *Ulpianus* ; le D. 15, 3, 3, 10 *Ulpianus* ; le D. 15, 3, 7, 1 *Ulpianus* ; le D. 15, 3, 10, 7 *Ulpianus* ; le D. 15, 3, 8 *Paulus* (*Pomponius*) ; le D. 15, 3, 11 *Paulus*), de vente (voir p. ex. : le D. 15, 3, 16 *Alfenus* ; le D. 15, 3, 3, 7 *Ulpianus* ; le D. 15, 3, 7, 3 *Ulpianus* (*Labeo*) ; le D. 15, 3, 5, pr. *Ulpianus* (*Pomponius*) ; le D. 15, 3, 3, 10 *Ulpianus*), de location de services (voir p. ex. : le D. 19, 2, 60, 7 *Labeo*).

Voir à ce sujet : LÖWENFELD, p. 3 ; VON TUHR, p. 1 ss, spéc. p. 152 ss ; BUCKLAND, p. 176 et p. 178 ss, qui indique que le maître est responsable du « contract » de son esclave ; MICOLIER, p. 321, qui défend la théorie de la gestion d'affaire, mais qui la met en rapport nécessaire avec les règles de la *negotiorum gestio*. Nous pensons qu'il ne faut pas nécessairement mettre le terme d'acte de gestion dans l'intérêt du maître en rapport avec les règles de la *negotiorum gestio* ; cet acte de gestion suit des règles différentes propres à l'institution du *versum*. Voir encore : GAY, p. 165, qui retient le *negotium* opéré par l'esclave comme base du *versum*, et *idem*, p. 224, 245 et 270, qui ne conçoit l'*in rem versio* que si le tiers est lié par un contrat avec l'*alieni iuris*, et que si ce contrat est essentiellement spéculatif ; KUPISCH, p. 12, qui pense que l'enrichissement se base sur un acte de gestion (*negotiorum gestio*) visant le patrimoine du maître ; KASER, I, § 141 II 2, p. 607, qui parle très clairement de « Verpflichtungsgeschäft », soit d'acte générateur d'obligations ; MAC CORMACK, Studi Biscardi, p. 338, qui estime que la responsabilité *de in rem verso* repose sur une « transaction between a son or slave and a third person » ; BURDESE, Manuale, p. 510, qui indique qu'à la base de l'action, il existe un contrat générateur d'obligations.

¹⁵⁸⁶ Voir en ce sens : le D. 15, 3, 2 *Iavolenus* (*a contrario*), qui indique que l'enrichissement est une condition nécessaire à l'*actio in rem* ; Gai. 4, 72a ; le D. 14, 5, 1, pr. *Gaius* ; le D. 15, 3, 3, pr. *Ulpianus*, qui traite du cas d'un esclave qui emprunte de l'argent à un tiers pour son affranchissement. L'enrichissement consiste ici dans la différence entre la valeur supérieure de l'argent emprunté donnée au maître pour l'achat et la valeur inférieure de l'esclave. Voir encore : le D. 15, 3, 13 *Ulpianus* (*Iulianus*), qui présente le cas de plusieurs maîtres copropriétaires. Ne pourra être condamné *de in rem verso* que celui qui reçoit effectivement le *versum*. Nous émettons quelques réserves sur la thèse de GAY, p. 201, qui pense que c'est la volonté de l'auteur de l'acte (l'esclave) qui détermine l'affectation du *versum* à un patrimoine déterminé. Le texte nous indique qu'il n'y a *versum* que dans le patrimoine qui est objectivement enrichi par l'acte de l'esclave ; nous ne pensons donc pas que la volonté de l'*alieni iuris* soit déterminante. A tout le moins, ce serait la volonté d'un seul des maîtres de l'esclave en commun (cf. le texte : « *solus iussit* ») qui pourrait jouer le rôle d'aiguille des deniers reçus dans son patrimoine. Voir en outre : le D. 15, 3, 3, 2 *Ulpianus* à la fin, qui indique qu'il y a *versum* chaque fois que l'esclave augmente le patrimoine du maître, ou à tout le moins ne le diminue pas ; le D. 4, 3, 20, pr. *Paulus*, qui précise, inversement, que le maître n'est pas enrichi si l'emprunt fait par l'esclave sert à épouger une dette de celui-ci envers celui-là ou envers un tiers (voir aussi : le D. 15, 3, 10, 7-9 *Ulpianus*, pour le cas de l'esclave débiteur du maître ; le D. 15, 3, 11 *Paulus*, pour cas de l'esclave débiteur d'un tiers). Voir en outre, pour le cas du fils de famille : le D. 14, 6, 7, 12 *Ulpianus* (*Iulianus*). Il ne peut donc y avoir enrichissement que si la somme n'est pas attendue par le maître, sinon s'opère un phénomène de substitution de créances – voir aussi la note 1612 ; le D. 46, 4, 11, 1 *Paulus*, qui indique que, si le

le domaine commercial où le maître ne peut donner son consentement pour chaque acte. Mais il est aussi une garantie, pour le tiers qui aurait contracté sans s'assurer du consentement du maître ou de l'existence d'un pécule, de conserver une chance d'être satisfait au cas où le maître (ou l'esclave) ne s'exécuterait pas.

tiers créancier remet par acceptation la dette résultant d'une promesse de l'esclave, il ne pourra plus actionner le maître par les actions honoraires du pécule ou *de in rem verso*. Dans ce cas, il n'y aurait plus enrichissement, car la dette est remise, et partant, il n'y aurait plus possibilité d'ouvrir action.

La théorie de l'enrichissement, dont nous nous inspirons, est soutenue notamment par : LÖWENFELD, p. 3 ; DERNBURG, II, § 14, p. 38 ss ; WINDSCHEID, II, § 467 ss, spéc. § 483, p. 1116 ss ; LONGO G., S. D. H. I. 1 (1935), p. 404 ; NIEDERLÄNDER, p. 37 ss, p. 51 et 64 ; KUPISCH, p. 12, qui considère la diminution du passif également comme un enrichissement ; KASER, I, § 141 II 2, p. 607 ; MAC CORMACK, Studi Biscardi, p. 338, qui conçoit que le fondement de la responsabilité *de in rem verso* repose sur une notion d'enrichissement illégitime ; BURDESE, Manuale, p. 511, qui pense que l'enrichissement (*versum*) se calcule en fonction de ce qui, à la suite du contrat conclu par l'esclave, a procuré un avantage patrimonial du maître direct ou indirect. D'autres auteurs veulent plutôt y voir une institution *sui generis*, mais ils ne parviennent pas à se détacher complètement de la théorie de l'enrichissement, cf. : BUCKLAND, p. 176 ss, qui se rattache toutefois de préférence aux théories de l'enrichissement ; GAY, p. 190, qui constate qu'à l'époque classique les jurisconsultes cherchent à systématiser l'*in rem versum* et à en préciser les rapports avec la *negotiorum gestio*. Mais il ne s'agit là que de similitudes ou d'analogies et non d'une adaptation de cette dernière à l'*in rem versum*. En effet, le *negotiorum gestor* est lui-même responsable envers le tiers et peut actionner directement le maître pour ses impenses, ce qui n'est pas le cas de l'*alieni iuris* dans le *versum in rem*. Pour GAY, p. 271 ss, il ne s'agirait pas d'une responsabilité du maître pour enrichissement réalisé après l'acte de l'*alieni iuris*, mais bien plutôt d'une responsabilité issue d'une *datio* au patrimoine du maître sans contrepartie de sa part. Cette action du tiers de donner consiste, à notre avis, de toute évidence en une sorte d'enrichissement, mais elle suivrait sans doute simplement les règles de l'ancien droit civil, à savoir l'« *id quod adquisitum - instrumentum* » (voir la note 1592) ; GAY relève à juste titre l'intéressant parallèle avec le régime de la *condictio*, mais n'identifie pas les deux systèmes. Voir en outre : CHIUSI, Die *actio*, p. 45 s., qui conteste la théorie de VON TUHR, notamment en rejetant l'idée de la fiction que le tiers recevrait l'action en libération de la dette naturelle dont le maître serait tenu envers l'esclave. En effet, une telle théorie supposerait que l'esclave soit un *sui iuris* pleinement capable en droit et notamment capable d'actionner en justice, ce qui n'est pas le cas. Pour CHIUSI, l'*actio de in rem verso* a pour vocation d'empêcher que le maître enrichi par un acte de son subordonné se soustraie à toute responsabilité. Selon CHIUSI, Die *actio*, p. 186, le fondement de l'*actio de in rem verso* doit être recherché dans le rapport de puissance. Relevons cependant que l'institution étudiée est précisément une entorse à la *potestas* (voir la section « Conclusion », p. 468 ss).

Concernant les auteurs se rattachant de préférence à la théorie de la gestion d'affaire, voir : la note 1600.

Voir en outre les notes 1590, 1615, 1654 et 1660.

Le *versum* (soit l'enrichissement) sera la conséquence directe d'un contrat conclu par l'esclave dans l'intérêt du maître (par exemple achat, emprunt, etc...) ou, suivant le cas, la conséquence indirecte d'une affaire conclue dans l'intérêt du maître ensuite d'un emprunt (p. ex. pour l'achat de nourriture en faveur des esclaves du maître ou le paiement des créanciers de celui-ci), faisant alors de cet emprunt un acte intéressant le maître et non l'esclave (ou son pécule). Le créancier non satisfait sera dans le premier cas le vendeur et dans le deuxième le prêteur. Si, dans la deuxième hypothèse, ni le prêteur, ni le vendeur de l'objet acquis avec l'argent emprunté ne devaient être satisfaits, chacun d'eux aurait théoriquement la possibilité d'actionner¹⁵⁸⁷.

Le *versum* implique donc que l'acte de l'esclave soit accompli de sa propre initiative¹⁵⁸⁸, c'est-à-dire en son propre nom. L'acte a donc pour base le droit naturel. En effet, l'esclave qui agit n'a pas reçu de *iussum* ou de *praepositio* pouvant fonder une responsabilité *in solidum* qui lui permettrait d'agir au nom de son maître. Vu qu'il n'a peut-être pas de pécule, il ne peut agir qu'en son nom et naturellement, mais dans l'intérêt de son maître¹⁵⁸⁹, car le résultat de l'affaire doit d'une certaine manière avoir abouti à un « enrichissement » de ce dernier¹⁵⁹⁰.

¹⁵⁸⁷ En ce sens, voir : le D. 15, 3, 3, 10 *Ulpianus*, qui accorde théoriquement l'action au prêteur et au vendeur ; le D. 15, 3, 4 *Gaius*, précise toutefois que, par soucis d'équité, seul le créancier le plus diligent sera préféré, soit certainement celui qui ouvre action en premier.

¹⁵⁸⁸ Même si l'esclave agit de sa propre initiative, il n'a pas besoin d'avoir immédiatement la volonté d'enrichir son maître.

Voir à ce sujet : LÖWENFELD, p. 36 ; GAY, p. 276 s. ; BUTI, note 2, p. 147, note 5, p. 149 et p. 153.

¹⁵⁸⁹ En ce sens, voir : le D. 15, 3, 3, 1 *Ulpianus*, qui indique que le *versum* n'a lieu que si l'esclave emploie directement quelque chose au profit du maître ou dans l'administration de ses affaires. Il se peut que l'effet du *versum* soit indirect, lorsque l'esclave emploie d'abord la somme empruntée dans son pécule avant d'en faire usage pour le compte de son maître. Voir encore : le D. 15, 3, 3, 6 *Ulpianus* à la fin, qui précise qu'il y a *versum* quand l'esclave agit au profit des affaires du maître ; le D. 15, 3, 5, 3 *Ulpianus*, qui parle de *rem domini gerens*, ce qui indique clairement que l'acte de l'esclave se fait dans la gestion des affaires du maître et donc pour son compte ; le D. 15, 3, 7, 3 *Ulpianus*, qui précise que ce que l'esclave achète pour des funérailles dont son maître est chargé constitue un *versum* ; le D. 14, 6, 7, 12 *Ulpianus*, qui traite du cas analogique d'un fils de famille, où le fils qui emprunte de l'argent versé dans le patrimoine de son père le fait en réalité plus pour le compte de son père que pour lui-même. Inversement, au D. 15, 3, 11 *Paulus*, si l'esclave emprunte une somme d'argent pour payer un de ses propres créanciers du pécule, cet acte n'entraîne pas de *versum* dans le patrimoine du maître, puisqu'il est effectué pour le compte de l'esclave (au regard

Nous avons vu que l'esclave ne peut pas engager son maître contractuellement par ses propres actes, sans que ce dernier y consente¹⁵⁹¹. Dans l'institution qui nous intéresse, l'acte bilatéral¹⁵⁹² accompli par l'esclave impliquant l'exécution d'une obligation de la part de chacune des parties (maître et tiers) ne devrait donc pas être valable, puisqu'il n'a pas été autorisé. Mais comme il contient un élément d'enrichissement concrétisé dans la prestation du tiers faite à l'esclave (pan actif de la convention), cet enrichissement est comptabilisé directement dans le patrimoine du maître, comme s'il suivait le principe du « *id quod adquisitum - instrumentum* »¹⁵⁹³.

de son pécule) ; peu importe au fond que le maître y gagne à ne plus pouvoir être actionné *de peculio* (voir encore pour le cas analogique du fils de famille : le D. 15, 3, 10, 10 *Ulpianus*).

Voir en ce sens : LÖWENFELD, p. 3, spéc. p. 23 ss, qui précise que le transfert de l'élément patrimonial du tiers au maître doit se faire dans l'intérêt de celui-ci ; VON TUHR, p. 169 ss, qui indique que l'esclave ne doit pas suivre son propre intérêt, ni celui d'un tiers, mais bien celui du maître ; BUCKLAND, p. 176, qui parle d'acte accompli « on his purpose », soit à l'attention du maître ; BOUCHE-LECLERCQ, p. 23 ; GAY, p. 218, qui rapporte que l'*alieni iuris* accomplit des actes matériels ou juridiques dans l'intérêt de son maître ; BUTI, note 2, p. 147, note 5, p. 149 et p. 153, qui présente l'action *de in rem verso* comme une action fondée sur un acte accompli dans l'intérêt du maître (pour le compte du *dominus*), mais de la propre initiative de l'esclave (donc en son nom propre) ; CHIUSI, *Die actio*, p. 187, qui précise que le *negotium* doit avoir été conclu dans l'intérêt du maître.

¹⁵⁹⁰ Le *versum in rem* fonde une responsabilité pour enrichissement particulière ; plusieurs textes emploient le terme de *locupletior*, indiquant que le patrimoine du maître doit être enrichi, cf. : le D. 15, 3, 2 *Iavolenus* ; le D. 15, 3, 5, 3 *Ulpianus* ; le D. 15, 3, 6 *Tryphoninus* ; le D. 14, 3, 17, 4 *Paulus (Proculus)* ; le D. 15, 3, 10, 7 *Ulpianus (Pomponius)* au milieu, qui conçoit que l'institution vise à protéger le créancier contre le gain (*lucrum*) que le maître pourrait tirer de l'acte de son esclave.

Voir de plus les notes 1586, 1615 et 1654.

¹⁵⁹¹ Voir les sections « Les règles restrictives révélant l'incapacité juridique de l'esclave », p. 127 ss, et « Les cas hors pécule : le *insum* et la *praepositio* comme semblants d'autonomie », p. 197 ss.

¹⁵⁹² L'acte doit être bilatéral, car s'il est unilatéral, les règles du *versum* ne s'appliquent pas. En effet, si les rapports avec le tiers aboutissent à une donation de celui-ci, le principe ancien du « *id quod adquisitum - instrumentum* » devrait s'appliquer. Si au contraire l'acte de gestion aboutit à une donation de l'esclave au tiers (ou tout autre acte d'appauvrissement unilatéral), celui-ci n'entraîne pas de contreprestation positive en faveur du patrimoine du maître, ne constituera évidemment aucun *versum*. Il devrait même ne pas être valable. Demeure réservée cependant la responsabilité de *peculio* issue d'un acte effectué au regard du pécule ou celle donnée lors d'actes autorisés par le *dominus*.

¹⁵⁹³ Voir la section « Les actes juridiques – le principe de la non-représentation », p. 121 ss, au sujet de l'*instrumentum*.

Le pan passif de la convention, soit l'élément d'appauvrissement, empêche pourtant un tel principe de valoir pleinement et soumet donc le *versum* à de nombreuses conditions. Celles-ci sont vouées à protéger, d'un côté le maître qui n'a pas consenti à l'acte et qui n'en est peut-être même pas informé, et de l'autre, le tiers qui bénéficie tout de même d'une certaine garantie réalisée dans la possibilité d'actionner le *dominus de in rem verso* au cas où il ne recevrait pas de contreprestation, soit que le maître connaissant l'acte de son esclave refuse d'exécuter la contreprestation grevant son patrimoine, soit qu'ignorant un tel acte, il n'ait simplement pas pu payer le tiers au jour de l'ouverture de l'action.

L'esclave lui-même est apte naturellement à exécuter la convention conclue, en puisant directement dans le patrimoine de son maître¹⁵⁹⁴. On imagine que le tiers pourrait opposer par *exceptio* un *versum* objectif au maître qui, informé de l'acte de son esclave, souhaiterait l'annuler et revendiquer le cas échéant la chose transmise. Le principe du droit civil ancien empêchant de rendre la situation du maître plus mauvaise n'a donc pas pleine vigueur, puisque l'exécution par l'esclave de l'obligation adjectice peut être considérée comme la contreprestation au *versum*, et qu'en définitive, la situation patrimoniale du maître n'en serait pas péjorée¹⁵⁹⁵.

c. *Emergence d'une conception de représentation directe...*

L'institution implique-t-elle un système de représentation ?

Le concept du *versum* ne correspond pas tout à fait à une représentation directe telle que nous l'entendons dans notre droit contemporain¹⁵⁹⁶. Premièrement, il n'est pas question de consentement

¹⁵⁹⁴ Cf. : le D. 10, 2, 20, 1 *Ulpianus*.

¹⁵⁹⁵ Voir les développements dans la section « Les actes effectués *cum servo sine peculio* et sans autorisation ou « préposition » », p. 325 ss.

¹⁵⁹⁶ Dans le sens d'une construction juridique consistant en une représentation directe par un *alieni iuris*, voir : BOUCHÉ-LECLERCQ, p. 23, qui indique que l'action de *in rem verso* entrant dans la catégorie des actions *adiecticiae qualitatis* vient « [...] obvier aux inconvénients du principe de la non-représentation [...] » ; GAY, p. 204 et p. 277 ; KUPISCH, p. 11, qui pense que l'*actio de in rem verso* constitue un « Ersatz » à l'impossibilité de concevoir un système de représentation directe ; CHIUSTI, *Die actio*, p. 12, qui rapporte que les actions adjectices sont un véritable besoin pour pallier le manque de représentation directe dans la structure de la *familia*.

antérieur à l'acte ou d'octroi de pouvoirs de représentation¹⁵⁹⁷. Deuxièmement, l'esclave n'a pas besoin de faire toujours savoir au nom de qui il agit au moment de l'acte, car le *versum* est un fait qui s'observe directement et objectivement. Certains textes nous présentent de plus l'existence possible d'un *versum* indirect où les effets de l'acte ne se produisent dans un premier temps que dans le pécule avant de passer dans le patrimoine du maître¹⁵⁹⁸.

L'institution ne répond pas non plus à des critères propres à une représentation indirecte, puisque l'esclave n'agit pas sur le mandat de son maître ; il agit de sa propre initiative. De plus, les effets des actes du subordonné visent directement la sphère juridique du maître et donc ne constituent pas, à l'époque classique, les bases de la représentation indirecte telle que nous la connaissons¹⁵⁹⁹.

La question de savoir si on peut le considérer comme un *negotiorum gestor* a été débattue en doctrine¹⁶⁰⁰, mais cette idée paraît devoir être

C'est donc aussi et avant tout par nécessité économique que le préteur a créé les actions adjectives, à compter de la fin de la République.

¹⁵⁹⁷ L'on peut dire, en employant une terminologie contemporaine, que le maître ne donne aucune procuration spéciale ou générale à son esclave, que ce soit sous la forme d'une autorisation adressée au tiers (*iussum*) ou d'une *praepositio* à un type de commerce donné.

¹⁵⁹⁸ La règle générale est exposée aux textes suivants : le D. 15, 3, 3, 1 *Ulpianus* (*Pomponius*) ; le D. 15, 3, 5, 3 *Ulpianus* et le D. 15, 3, 7, 1 *Ulpianus*.

Voici un exemple fictif pouvant illustrer cette règle : l'esclave emprunte une somme pour remplacer une charrette qu'il a détruite, et comme il en reçoit une en donation, il décide finalement d'utiliser l'argent emprunté pour acheter du blé en vue de nourrir les esclaves de son maître. Cet emprunt que l'esclave emploie dans l'intérêt du maître et non dans son propre intérêt constituera alors un *versum*.

¹⁵⁹⁹ Voir la section « Les actes juridiques – le principe de la non-représentation », p. 121 ss.

¹⁶⁰⁰ La doctrine est divisée au sujet des causes de la responsabilité pour *versum* : certains auteurs considèrent qu'elle ne résulterait que d'une gestion d'affaire, alors que d'autres admettent qu'elle se fonde sur un enrichissement du maître. La théorie d'une action fondée sur la gestion d'affaires est notamment défendue par : LÖWENFELD, p. 1 ss ; VON TUHR, p. 169 ss, pour qui l'intention de l'esclave de gérer les affaires du maître doit être antérieure à l'acte. Selon lui, l'action *de in rem verso* trouverait son fondement dans une prétention en libération de l'obligation naturelle du maître envers son subordonné. Voir encore : KUPISCH, p. 13, qui se rallie à la théorie du « Regressanspruch » fondée sur une *negotiorum gestio*, tout en excluant le rapport nécessaire entre l'institution du pécule et le *versum in rem*. D'un avis contraire, voir : GAY, p. 190 et 218 ; CHIUSI, *Die actio*, p. 2 s., qui pense qu'il faut exclure le rapport de connexité avec la *negotiorum gestio*. Selon cet auteur, le fondement d'une telle responsabilité doit être recherché dans le rapport de puissance.

rejetée, puisqu'elle impliquerait que l'esclave soit capable de droit¹⁶⁰¹. En effet, le rapport interne entre le maître et l'esclave, basé sur la *potestas*, empêche l'application des règles de la *negotiorum gestio* (gestion d'affaires), puisque ce système est fondé sur le principe d'une représentation indirecte impliquant la capacité de droit du représentant¹⁶⁰². Or, l'esclave ne peut pas agir juridiquement en son nom et pour son propre compte car, au sens juridique et civil du terme, il n'a pas de patrimoine¹⁶⁰³. Comment serait-il envisageable que le maître actionne son esclave pour se faire rendre le résultat de la gestion générale, et comment l'esclave pourrait-il réclamer ses impenses ? Si l'esclave possède un pécule, il y a des règles particulières qui s'appliquent à cette institution¹⁶⁰⁴ ; s'il n'en possède pas, on peut tout au plus songer à un rapport de droit naturel entre lui et son maître dépourvu de sanction¹⁶⁰⁵. La *potestas* crée de plus une situation de représentation directe pour les actes purement favorables, incompatible avec la *negotiorum gestio*¹⁶⁰⁶.

Les règles de la gestion d'affaires générale exposées dans les textes n'ont donc qu'un intérêt limité au rapprochement que l'on peut faire de l'institution du *versum* de celle de la *negotiorum gestio*¹⁶⁰⁷.

S'agissant des auteurs défendant la théorie de l'enrichissement, voir la note 1586.

¹⁶⁰¹ Un esclave peut être par contre le *negotiorum gestor* d'un tiers (autre que son propre maître), cf. : le D. 3, 5, 13 *Ulpianus*. Ce tiers n'aura pas d'action directe de la gestion d'affaires contre le maître de l'esclave, mais il aura la possibilité de l'actionner adjectivement par l'action de *peculio* si le *servus* possède un pécule, ou par l'action de *in rem verso* si le *dominus* est enrichi à la suite d'une telle activité. Voir encore : les D. 3, 5, 16 ss *Ulpianus*.

Voir à ce sujet : GAY, p. 190.

¹⁶⁰² En ce sens, voir : CHIUSI, *De actio*, p. 2.

¹⁶⁰³ Toutefois, l'esclave peut conclure une affaire au regard de son pécule avant de l'employer pour les affaires de son maître (ex. : un emprunt), mais il faudra alors que l'acte de gestion postérieur réponde à des conditions strictes. Cette situation doit de plus se distinguer du cas de la donation par l'esclave à son maître où ne s'opère aucun *versum* (voir la section « Actes de portée interne », p. 460 ss).

¹⁶⁰⁴ Comme la possibilité pour le maître d'effectuer une *deductio* (voir la section « Le *ius deductionis* », p. 364 ss).

¹⁶⁰⁵ Voir p. ex. : le D. 3, 5, 17 *Paulus (Neratius)* et le D. 3, 5, 18, pr. *Paulus*.

¹⁶⁰⁶ Cf. le principe du droit civil ancien « *id quod adquisitum – instrumentum* ».

¹⁶⁰⁷ La *negotiorum gestio* vise en effet un but différent, puisqu'elle répond en principe à une situation d'urgence pour protéger les biens ou les droits d'une autre personne absente ou incapable de s'en occuper. Voir le titre V du livre III du Digeste. Le parallèle effectué par certains jurisconsultes

Un autre parallèle non moins significatif est avancé par certains juristes : il s'agit de celui de l'institution de la *procuratio*¹⁶⁰⁸. Cependant, dans ce cas aussi, il nous semble difficile de considérer l'esclave comme *procurator*, puisque, par définition, cette tâche, fondée sur un mandat, ne peut être confiée qu'à un homme libre¹⁶⁰⁹.

Les similitudes de ces diverses institutions mises en relief par les juristes témoignent simplement d'une volonté de systématiser l'institution du *versum* à l'époque classique¹⁶¹⁰. Toutefois ces comparaisons attestent, une fois de plus, d'un rapprochement inévitable de l'esclave et de l'homme libre capable en droit. Les actes conclus par l'intermédiaire d'un esclave produisent cependant des effets juridiques différents, parfois novateurs, dont un effet de représentation directe, normalement inconnu à l'époque classique dans les rapports conclus entre *sui iuris*.

avec la position juridique analogue du *negotiorum gestor* ou du *procurator* est très intéressante (voir la section « Conclusion », p. 468 ss), fonctions d'ordinaire attribuées à des hommes libres (voir p. ex. : le D. 3, 5, 9, 1 *Ulpianus*. A relever, dans ce fragment, l'intéressante condition de l'utilité qui se retrouve tant dans la *negotiorum gestio* que dans le *versum in rem*). Voir en outre : le D. 15, 3, 17, pr. *Africanus* ; le D. 15, 3, 3, 2 *Ulpianus* ; le D. 15, 3, 3, 4 *Ulpianus*.

¹⁶⁰⁸ Voir à ce sujet : le D. 15, 3, 17, pr. *Africanus* ; le D. 15, 3, 3, 2 *Ulpianus* ; le D. 15, 3, 3, 4 *Ulpianus*.

¹⁶⁰⁹ Voir à ce sujet le titre III du livre III du Digeste.

¹⁶¹⁰ Voir en ce sens : GAY, p. 190, qui considère que la conception de la *negotiorum gestio* n'est évoquée que par analogie pour souligner des similitudes avec l'institution du *versum* ; CHIUSI, *Die actio*, p. 44, qui pense que les textes parlant du *negotiorum gestor* ou du *procurator* ne sont cités qu'à titre comparatif comme échantillon descriptif.

C. Le *versum* en tant qu' « enrichissement »

a. L'élément objectif

La théorie de l'institution se fonde, nous l'avons vu, sur une sorte d' « enrichissement ». Comment le déterminer ?

Le résultat de cet enrichissement s'apprécie et se constate objectivement (dans les faits) et juridiquement, c'est-à-dire sans que le maître ait à en avoir connaissance ou volonté¹⁶¹¹ et sans forcément que

¹⁶¹¹ En ce sens, voir : Gai. 4, 72a, qui nous dit explicitement que lorsqu'une affaire est traitée avec l'esclave sans la volonté ou le consentement du maître, il existe une action pour enrichissement si l'affaire a abouti à un versement dans le patrimoine du maître (dans le même sens, cf. : les Iust. Inst. 4, 7, 4) ; le D. 15, 3, 5, 1 *Ulpianus* (*Pomponius*), qui indique que le maître qui a connaissance de l'acte de son esclave répond pour *versum*, qu'il ait ratifié ou pas l'acte en question. On peut déduire de ce texte que l'acte de l'esclave peut entraîner la responsabilité contractuelle de son maître pour *versum*, même si celui-ci en a eu connaissance mais n'y a pas expressément consenti après coup. Cette responsabilité possède donc une caractéristique objective, définie par le seul fait que l'esclave a contracté avec le tiers nécessairement ou utilement et qu'il en est résulté un enrichissement. Voir encore : le D. 14, 3, 17, 4 *Ulpianus* (*Proculus*), où il apparaît que l'interdiction faite au tiers de prêter de l'argent à l'esclave n'empêche pas le *versum*. Le tiers peut en effet opposer une réplique *de dolo malo* au maître qui refuserait de rendre ce dont il s'est « objectivement » enrichi. Ainsi, le refus de l'acte par le maître ne suffit pas à l'exempter de toute responsabilité, mais elle prend alors une tournure délictuelle (*dolo malo*) (le D. 14, 3, 17, 5 *Ulpianus*, annonce peut-être d'ailleurs les prémices de notre responsabilité pour enrichissement illégitime fondée sur l'art. 62 CO, symbolisée ici par la *condictio* : voir à ce propos la note 1668 et CHIUSI, *Die actio*, p. 62). Dans le D. 15, 3, 5, 2 *Ulpianus*, l'acte conclu de la volonté et sur l'autorisation du maître entraîne la responsabilité *quod iussu* de ce dernier. Si l'acte n'est que ratifié par la suite, il y aura uniquement responsabilité *de in rem verso* (voir aussi : le D. 14, 5, 1 *Gaius* ; de plus, nous renvoyons à la section « Le *iussu* – l'*actio quod iussu* », p. 197 ss, spécialement à la note 672) ; le D. 42, 8, 6, 12 *Ulpianus*, qui précise que même si le maître ne sait pas que la chose reçue de l'esclave a été versée *in rem*, il est tenu du *versum*. Inversement, si le maître a manifestement connaissance de l'acte de son esclave, il sera tenu en son nom directement (voir la section « Le *iussu* – l'*actio quod iussu* », p. 197 ss) ; le D. 43, 26, 13 *Pomponius*, qui explique que, si un esclave reçoit un précaire sans que le maître le sache, celui-ci sera néanmoins tenu *de peculio* ou *de in rem verso*. Au contraire, si le maître en a connaissance et l'en a chargé, il répondra très probablement *quod iussu*, le mandat dont parle le texte pouvant être rapproché à un *iussu* ; le C. 4, 26, 3 *Antoninus*, où une responsabilité *de in rem verso* est reconnue, bien que le créancier prête une somme à l'esclave sans autorisation, mandat ou ratification de son maître.

Voir en outre la note 1636 concernant quelques développements sur la notion de *iussu*.

Voir encore, dans le sens de l'exclusion de l'élément de la connaissance et de la volonté du maître : VON TUHR, p. 216, qui estime que, pour le *versum* direct, l'esclave acquiert immédiatement pour son maître sans que celui-ci ait à avoir connaissance de l'acte ou y consente ; BUCKLAND, p. 176 ; GAY, p. 176 s. et 198, qui considère que le *versum* résulte de l'augmentation du patrimoine du

l'esclave le veuille¹⁶¹² ; cela ressort notamment de l'esprit général du titre III du livre XV du Digeste. Le *versum* rend le maître automatiquement propriétaire des objets acquis du tiers par l'esclave et inscrits directement sur son compte¹⁶¹³ ; cela comprend aussi des droits à partir d'une certaine époque¹⁶¹⁴, bien que, dans les faits, la possession de l'argent emprunté en

maître ; MAC CORMACK, Studi Biscardi, p. 333 et p. 338, de même que CHIUSI, *Die actio*, p. 31 ss, spéc. p. 43, qui pensent que la connaissance ou la volonté du maître ne sont pas déterminantes pour engendrer le *versum*.

¹⁶¹² Voir en ce sens : le D. 15, 3, 3, 9 *Ulpianus*, où la mauvaise foi de l'esclave qui présente au tiers une intention fallacieuse d'employer l'argent au profit de son maître, n'entraîne pas en principe de *versum*. Il en va de même de l'esclave qui abandonne par la suite la volonté d'employer l'argent au profit de son maître comme il l'avait laissé croire. Donc la volonté de l'esclave au moment de l'acte n'est pas déterminante pour qu'il y ait *versum*. Ce sera la preuve du *versum* (enrichissement) effectif amenée par le créancier qui permettra de vérifier qu'il y a bien eu *versum* au moment de l'acte de l'esclave ou juste après, et qu'il peut ouvrir action *de in rem verso*. Voir encore : le D. 15, 3, 7, 4 *Ulpianus* à la fin, qui précise qu'il n'y a pas toujours action *de in rem verso*, excepté dans les cas où l'esclave a conclu une affaire dans l'intention d'en verser le profit au maître. Pour le cas d'un *filiusfamilias*, voir par analogie : le D. 15, 3, 7, 5 *Ulpianus*, où il semble que le fils de famille doive avoir l'intention de faire un acte pour la gestion des affaires du maître ; toutefois, au D. 14, 6, 7, 12 *Ulpianus* (*Iulianus*), l'argent emprunté par un fils de famille, sans l'intention de le recevoir dans le but de le verser dans le patrimoine du père, est considéré comme un enrichissement du père si un *versum* se produit néanmoins dans un deuxième temps. Même si l'on considère que le fils a eu l'intention de verser la chose dans le patrimoine du maître, il n'y aura pas de *versum* s'il sert à éponger une dette de celui-là envers le *paterfamilias*, car s'opère alors un effet de substitution de créances et non pas un enrichissement (voir plus loin les explications données dans la section « L'esclave ne doit pas être débiteur du maître ou le devenir », p. 452 ss). La volonté du fils au moment de l'acte n'est donc pas déterminante pour le *versum*. Il s'agira, pour le créancier, de prouver l'enrichissement effectif du patrimoine du père (*versum*), s'il souhaite recouvrer sa créance par le moyen de l'*actio de in rem verso* (voir les explications présentées dans la section « La connaissance de l'intention ou du but poursuivi par l'esclave », p. 453 ss).

Voir en outre, sur la volonté du subordonné : MAC CORMACK, Studi Biscardi, p. 334 et les références citées en note 33, p. 334, qui pense que la volonté de l'esclave n'est pas un critère déterminant pour la responsabilité *de in rem verso*.

¹⁶¹³ Voir en particulier : le D. 33, 8, 6, 4 *Ulpianus* (*Pegasus, Nerva et Atilicinus*).

¹⁶¹⁴ Voir en ce sens : le D. 15, 3, 16 *Alfenus*, qui dit que les bœufs acquis sont *penes dominum*, donc en propriété du maître ou à tout le moins en sa possession médiata ; le D. 15, 3, 12 *Gaius*, qui traite de l'achat d'un fonds de terre ; le D. 15, 3, 3, 3 *Ulpianus* (*Labeo*), qui traite de l'acquisition de vivres ou de vêtements ; le D. 15, 3, 3, 5 *Ulpianus* (*Labeo*), où le maître acquiert un droit de créance contre l'emprunteur de l'esclave ([...] *quod nomen ei adquisitum est* [...]). Voir en outre : Gai. 4, 72a, qui conçoit que le *versum* peut concerner n'importe quelle chose ; les P. Sent. 2, 9, 1.

Voir, dans le sens de l'acquisition de la propriété : LÖWENFELD, p. 38, qui souligne que le transfert peut viser aussi bien des *res corporales* qu'*incorporales* ; VON TUHR, *Actio*, § 16, p. 227 ss ; BUCKLAND, p. 177 ; BOYER, p. 96 ss, qui se réfère à l'acquisition prétorienne ; MEYLAN, p. 465 s. ; PRINGSHEIM, p. 424 s. ; GAY, p. 192 et 273 ; MAC CORMACK, Studi Biscardi, p. 328, note 21,

vue d'actes pour le compte du maître ou des choses acquises demeure le plus souvent immédiatement à l'esclave¹⁶¹⁵.

p. 328, et p. 338, qui soulève cette question en admettant que le *versum* doit être en « specific property » du défendeur (le maître).

¹⁶¹⁵ Voir à ce sujet : le D. 15, 3, 6 *Tryphonius*, qui indique que l'argent ou la chose, reçue par l'esclave dans son pécule pour *versum*, doit passer dans le patrimoine comptable du maître pour que soit fondée la responsabilité *de in rem verso*. Tryphonien n'admet pas que ce que l'esclave reçoit dans son pécule rend le maître plus riche ; il faut encore que cela ait été versé (ou inscrit) par lui directement dans le compte du patrimoine central du maître, cf. : le D. 33, 8, 6, 4 *Ulpianus* (*Pegasus, Nerva et Atilicinus*). Dans le même sens, voir : le D. 15, 3, 3, pr. *Ulpianus* ; le D. 15, 3, 3, 5 *Ulpianus* (*Labeo, Pomponius*) ; le D. 15, 3, 5, 3 *Ulpianus* ; le D. 15, 3, 16 *Alfenus*, où les bœufs rachetés par l'esclave sont directement entrés dans le patrimoine du maître – *penes dominum essent* (voir les explications relatives à ce texte à la note 840 ; le D. 15, 3, 3, 5 *Ulpianus* (*Labeo, Pomponius*), où l'obligation (ou droit de créance) que l'esclave acquiert pour son maître d'un prêt en faveur d'un tiers avec de l'argent qu'il a au préalable emprunté, doit être comptée directement dans les comptes du maître ; le D. 2, 13, 4, pr. et 3 *Ulpianus*, qui indique que le maître dont l'esclave exerce le métier de banquier est tenu p. ex. de présenter ses comptes, si le *servus* exerce ce métier du consentement du maître. Si l'esclave exerce le métier de banquier à l'insu du maître, il suffit à ce dernier d'affirmer qu'il n'a rien reçu dans ses comptes propres, mais le tiers pourra prouver un éventuel *versum* dans lesdits comptes, pour obtenir le cas échéant l'action *de in rem verso* ; le D. 14, 3, 11, 8 *Ulpianus* et le D. 14, 3, 12 *Iulianus*, qui présente un cas où un esclave vicairé du maître X, qui est loué à Y pour faire le commerce de Y, vend à X un objet. X ne s'acquitte pas du prix. Dans ce cas, il y a *versum* dans le patrimoine de X, car l'objet se trouve juridiquement dans son patrimoine et X n'en a pas payé le prix. A noter qu'il y a aussi en quelque sorte enrichissement lorsqu'un élément du passif du maître diminue suite à un acte de son esclave en sa faveur (p. ex. le paiement d'une dette du maître avec de l'argent emprunté) : voir p. ex. le D. 15, 3, 7, 1 *Ulpianus* ; le D. 15, 3, 10, 7 *Ulpianus*, qui précise que cette règle n'est valable que si l'esclave n'est pas lui-même débiteur du maître, car dans ce cas, le *versum* ne sera effectif que pour ce qui dépasserait cette dette. P. ex. l'esclave débiteur de son maître à raison de 30 sesterces emprunte 40 sesterces à un tiers pour payer un débiteur dudit maître. Cet acte ne constitue un *versum* que pour 10 sesterces, les autres ne servant, par substitution, qu'à couvrir la créance du maître envers son esclave. Le tiers ne pourra engager la responsabilité du maître qu'à raison de 10 sesterces. Nous pouvons relever que le risque d'intenter cette action est grand, puisqu'il ne suffit pas que le tiers prouve qu'il y a eu *versum* de 40 au patrimoine du maître, mais il faut qu'effectivement le maître ait été enrichi d'autant, ce qui ne dépend pas de la volonté du tiers, mais de critères indépendants, comme dans cette hypothèse, l'existence d'une dette de l'esclave envers son maître que ce dernier pourra opposer à titre d'exception dans le procès.

La doctrine semble admettre unanimement que l'acte de l'esclave doit viser le patrimoine du maître. Voir en ce sens : LÖWENFELD, p. 11 et p. 37, qui indique que le *versum* n'est pas comptabilisé sur le compte du pécule et qu'il doit consister dans le transfert d'un élément du patrimoine du tiers dans le patrimoine du maître ; VON TUHR, p. 1 ; BUCKLAND, p. 178, qui insiste sur le fait qu'une augmentation du pécule est un enrichissement du maître, mais ne constitue pas un *versum*. Le pécule étant distingué du patrimoine du maître, c'est bien ce dernier qui doit être augmenté. Voir encore : NIEDERLÄNDER, p. 37 et 57 s., pour qui l'acte du subordonné doit viser le patrimoine du maître et engendrer une augmentation de la valeur patrimoniale ; GAY, p. 272 ss, qui rappelle que l'*in rem verso* s'apprécie dans le patrimoine du maître, non pas dans le pécule ;

b. Absence de « contreprestation » du maître à un tiers ou à l'esclave

Le maître ne doit pas avoir versé de « contreprestation » d'un montant équivalent au *versum* au tiers qui l'actionne, à un tiers créancier concurrent du pécule qui a obtenu condamnation¹⁶¹⁶ ou à l'esclave¹⁶¹⁷, et ce jusqu'à l'ouverture de l'action de *in rem verso*, sous peine, pour le créancier *in rem*, de perdre la possibilité d'actionner faute

CHIUSI, *Die actio*, p. 69 et p. 127, pour qui l'*actio de in rem verso* ne serait possible que si le *versum* passe directement du patrimoine du tiers demandeur à l'action au patrimoine du maître. Les actes de l'esclave ne doivent pas viser le pécule ; l'activité accomplie doit être accomplie directement dans l'intérêt du maître. Il nous semble toutefois que cette position doit être nuancée, si l'on admet la possibilité d'un *versum* indirect.

Voir en outre les notes 1586, 1590 et 1654.

¹⁶¹⁶ Voir p. ex. : le D. 15, 3, 1, 2 *Ulpianus (Pomponius, Iulianus)*, qui précise que, lorsqu'il y a plusieurs créanciers, celui (X) qui intente l'action de *peculio* avant celui (Y) qui pourrait intenter une action de *in rem verso*, et qui reçoit paiement d'un montant équivalent au *versum*, empêchera Y d'intenter l'action de *in rem verso*, car le maître ne sera plus enrichi. En effet, le texte explique que ce qui a tourné au profit du maître est censé retourné dans le pécule, et que le paiement au tiers ainsi effectué au regard du pécule correspond en quelque sorte à un paiement fait par le maître à son esclave ; cela ne s'avère que si le maître a payé le tiers qui l'a actionné de *peculio* d'un montant équivalent au *versum*, sans quoi l'action de *in rem verso* subsisterait en faveur de Y.

¹⁶¹⁷ En ce sens, voir : le D. 15, 3, 2 *Iavolenus* et le D. 15, 3, 3, pr. *Ulpianus*, où la contreprestation peut consister dans l'affranchissement de l'esclave, soit la valeur marchande de cet esclave que le maître perd en lui accordant la liberté. Si l'argent emprunté pour un tel affranchissement excède toutefois le prix de l'esclave, le surplus sera considéré comme *versum* et permettra au prêteur d'ouvrir action de *in rem verso* pour ce montant. Voir encore : le D. 15, 3, 10, 6 *Ulpianus*, où le paiement fait à l'esclave entraîne la perte du *versum*. S'il n'y a plus d'enrichissement (*versum*) du maître, le tiers perd la possibilité d'actionner. Il en va de même dans le cas où le maître est de mauvaise foi et que l'esclave, à qui il a reversé un montant équivalent au *versum*, le dilapide volontairement ; cependant, l'action de *in rem verso* devenue impossible sera remplacée par une action délictuelle de *dolo malo* qui permettra tout de même au créancier de récupérer la somme due *in simplum*. Voir en outre : le D. 15, 3, 10, 7 *Ulpianus (Pomponius)*, qui indique que le paiement du montant du *versum* à l'esclave annule celui-ci. Mais ce paiement (ou donation rémunératoire) excluant la responsabilité de *in rem verso* pour le maître ne doit pas correspondre à un acte de donation pure de celui-ci à l'esclave, car dans ce cas, le *versum* subsiste. On imagine assez bien que la somme que le maître transmet à l'esclave correspond en quelque sorte au montant de l'obligation (dette) civile adjectice émanant de l'acte de l'esclave qu'il doit en contreprestation au tiers (rappelons toutefois que, pour que le rapport adjectice de droit civil latent créé entre le tiers et le maître par l'acte de l'esclave devienne effectif, il faut que le maître vienne à en avoir connaissance). Cette somme remise à l'esclave représente en même temps la libération par le maître de son obligation (dette) naturelle envers l'esclave, née de l'acte accompli à son profit (voir en outre, les développements au sujet de ce texte dans la note 1615).

d'enrichissement¹⁶¹⁸. Au *versum* (à savoir la prestation du tiers, soit l'enrichissement) correspond en quelque sorte une double obligation du maître : une obligation civile à l'égard du tiers issue du contrat (la « contreprestation »)¹⁶¹⁹ et une obligation naturelle à l'égard de l'esclave (que l'on pourrait qualifier de « contreprestation naturelle ») consistant en la libération de la dette naturelle de ce dernier vis-à-vis du tiers¹⁶²⁰. L'esclave est en effet lui-même débiteur naturel du tiers¹⁶²¹.

Un paiement direct ou indirect effectué à un tiers créancier du pécule ou à l'esclave libère ainsi le maître de toute responsabilité *de in rem verso*, car on considère la contreprestation comme effectuée¹⁶²².

¹⁶¹⁸ Cette contreprestation peut avoir différentes formes : elle peut consister en un acte ressemblant à une donation (p. ex. un affranchissement), en un paiement dû à la suite d'une condamnation à une responsabilité *de peculio*, ou encore en un paiement quelconque. Voir les deux notes précédentes.

Voir de plus à ce sujet : LÖWENFELD, p. 47 ; GAY, p. 195.

¹⁶¹⁹ Cette obligation découle de l'acte de gestion dans l'intérêt du maître. S'il vient à en avoir connaissance, il est tenu en principe de payer le tiers pour se libérer de son éventuelle responsabilité adjectice. S'il ne paie pas le tiers, soit volontairement, soit qu'il ignore l'acte de son esclave, ou que son esclave ne le fasse, il risque de se retrouver attaqué par l'action *de in rem verso* pour inexécution.

¹⁶²⁰ Sur ce point, voir : VON TUHR, p. 136, qui peut nous éclairer, puisqu'il considère que l'esclave serait le créancier naturel de son maître à la suite de l'acte de gestion en sa faveur. L'auteur parle de plus de l'obligation naturelle du maître envers l'esclave et de l'obligation civile de celui-là envers le tiers comme de deux obligations solidaires.

Voir en outre, concernant l'existence d'une créance naturelle de l'esclave envers son maître : les notes 1573, 1623 (2^e moitié), et 1676.

¹⁶²¹ Si l'esclave paie au tiers le montant du *versum*, il libère le maître.

Voir à ce sujet : LÖWENFELD, p. 4, qui insiste sur l'existence de deux obligations. Selon cet auteur, l'obligation principale serait l'obligation naturelle de l'esclave envers le tiers, tandis que l'obligation du maître en serait l'accessoire. LÖWENFELD, p. 5, emploie certainement cette terminologie pour souligner le fait que l'action *de in rem verso* est une action *adiecticia* à l'obligation naturelle non actionnable de l'esclave. Les actions *adiecticiae qualitatis* semblent avoir la vocation de représenter l'action *directa* ou *contraria* (p. ex. *actio vendit*) issue du contrat, mais ne pouvant porter ce nom du fait de l'interposition de l'esclave. Les deux obligations qui sont issues de ce contrat doivent cependant toutes deux être considérées comme principales, sous l'angle du droit naturel respectivement du droit civil au sens large, suivant que l'on se place du point de vue de l'esclave ou du point de vue du maître. Ainsi, l'une ne serait pas l'accessoire de l'autre, étant donné qu'elles ont le même objet, soit la contreprestation issue dudit contrat.

¹⁶²² Voir sur cette question : LÖWENFELD, p. 47, qui parle d'annulation du *versum* si une contreprestation est effectuée ; VON TUHR, p. 225 ss.

Cette « contreprestation » doit être en rapport de connexité avec l'acte de gestion de l'esclave accompli dans l'intérêt du maître ; cela implique d'une part que le maître doive dans ce cas connaître le *versum* et d'autre part qu'il remette une somme à titre de contreprestation (paiement) à ce *versum*¹⁶²³. En effet le maître qui continue à engager son patrimoine ou le diminue par des actes de disposition sans rapport de connexité avec le *versum*, ne diminue pas cet « enrichissement » spécifique¹⁶²⁴.

c. *L'esclave ne doit pas être débiteur du maître ou le devenir*

Si l'esclave est débiteur (naturel) du maître au moment de l'acte accompli dans l'intérêt de celui-ci ou le devient par la suite, le montant de la dette sera « retenu » ou « retiré » sur le *versum*, diminuant de tout autant l'étendue de la responsabilité *de in rem verso* du maître, voire l'empêchant, faute d'enrichissement à l'ouverture de l'action¹⁶²⁵. Cette règle place

¹⁶²³ En ce sens, voir : le D. 15, 3, 1, 2 *Ulpianus* (*Pomponius, Iulianus*), où le lien de connexité apparaît spécialement lorsque le texte indique que le *versum* ne sera éteint que si le maître paie au tiers, qui l'a actionné sur le pécule, le montant de ce que l'esclave a fait tourner à son profit. Dans le cas contraire, s'il n'y a pas de connexité entre le paiement et le *versum*, l'action *de in rem verso* subsiste. Voir en outre au sujet de ce texte la note 1616. Voir encore : le D. 15, 3, 2 *Iavolenus* et le D. 15, 3, 3, pr. *Ulpianus*, où le rapport de connexité entre ce qui a été reçu à titre de *versum* et ce qui est perdu est concrétisé par l'affranchissement, en quelque sorte considéré comme contreprestation au *versum* de l'esclave pour racheter sa liberté ; le D. 15, 3, 10, 7 *Ulpianus*, qui indique que le lien de connexité peut être perçu dans la donation que le maître fait à l'esclave, donation qualifiée de rémunératoire, donc équivalent au montant du *versum* dont le maître doit avoir connaissance (ici la diminution du passif de son patrimoine suite au paiement d'un de ses créanciers par l'esclave). Cette donation rémunératoire peut être considérée comme la contreprestation au *versum*. Si la donation est pure, le *versum* subsiste, ce qui souligne encore le rapport de connexité nécessaire entre la diminution du patrimoine du maître et le *versum*. Voir en outre la note 1616.

¹⁶²⁴ Cela apparaît très clairement dans le D. 15, 3, 10, 7 *Ulpianus*. Voir en outre les notes 1617 et 1623.

¹⁶²⁵ Voir en ce sens : le D. 15, 3, 10, 7 *Ulpianus* (*Pomponius*), où un esclave débiteur ou qui devient débiteur après un emprunt d'argent pour payer son maître, ne crée pas de *versum* à concurrence de sa dette, mais uniquement pour l'éventuel surplus. Ainsi, l'esclave qui emprunte 40, mais est débiteur du maître de 30, et qui paie un créancier du maître pour 40 ne constituera qu'un *versum* de 10 (40 employés au profit du maître - 30 de dette de l'esclave envers celui-ci = 10 de *versum* dans son patrimoine). Voir encore : le D. 15, 3, 10, 8 *Ulpianus* à la fin, qui pose la règle générale selon laquelle l'action *de in rem verso* est supprimée dès que l'esclave devient débiteur du maître (ce qui est vrai si l'esclave est débiteur du même montant que celui qui a tourné au profit de son maître) ; le D. 15, 3, 10, 9 *Ulpianus*, qui précise que l'action *de in rem verso* éteinte par le fait que

certainement le maître dans le rôle de créancier « naturel » privilégié, qui sera satisfait avant tous les autres. Ainsi, si l'esclave lui doit naturellement quelque chose, il pourra substituer directement le montant du *versum* (enrichissement) que l'esclave opère ou a opéré dans son patrimoine à cette créance naturelle contre lui, laissant subsister le *versum* pour ce qui dépasserait le montant de sa créance¹⁶²⁶. Le *versum* servirait de paiement libératoire de la part de l'esclave.

Cette conception émanant sans doute du rapport de puissance du maître sur son esclave peut être rapprochée du *ius deductionis* qui s'opère lorsque le tiers actionne de *peculio* et que l'esclave doit quelque chose à son maître ; ce dernier déduira en premier lieu du pécule ce qui lui est dû¹⁶²⁷. Il n'y a pas besoin de quelque lien de connexité que ce soit entre l'endettement naturel de l'esclave envers son maître et le *versum* opéré, pour que s'effectue la substitution. Le souci de protection du maître l'emporte donc sur celui du tiers.

d. *La connaissance de l'intention ou du but poursuivi par l'esclave*

De son côté, le tiers doit vouloir conclure un acte dans l'intérêt du maître, mais il n'a pas besoin de se renseigner diligemment sur l'acte accompli ou l'emploi fait de l'argent prêté à l'instant-même de la conclusion de l'acte par l'esclave¹⁶²⁸. Au moment du procès, il lui faudra cependant démontrer qu'il sait que l'acte a été accompli dans l'intérêt du maître, ou que l'argent prêté a eu pour résultat une gestion d'affaires

l'esclave est devenu débiteur du maître au profit de qui il a agi, ne naît pas s'il devient par la suite créancier du même montant que le *versum* ; le D. 4, 3, 20, pr. *Paulus*, où un esclave, débiteur de son maître, qui emprunte de l'argent pour le rembourser, ne génère pas de *versum*.

Voir à ce sujet : LÖWENFELD, p. 47 s. ; VON TUHR, p. 229 ss.

Voir en outre les explications à la note 1615.

¹⁶²⁶ Voir à ce sujet : VON TUHR, p. 230, de même que MICOLIER, p. 322, qui considèrent au contraire qu'il y aurait compensation de la créance en libération de l'esclave contre son maître (cf. la théorie de VON THUR).

¹⁶²⁷ Voir la section « Le *ius deductionis* », p. 364 ss.

¹⁶²⁸ En ce sens, cf. : les textes qui traitent du cas où l'esclave emprunte d'abord pour son pécule avant que ne se produise un *versum* dans le patrimoine du maître.

ayant conduit à un enrichissement de celui-ci¹⁶²⁹. Cette condition est importante lors de la preuve du *versum* que le tiers devra administrer au moment du jugement, sinon le maître ne pourra pas être tenu pour responsable *de in rem verso*, ou à tout le moins ne sera-t-il responsable qu'à raison du pécule, si l'esclave en possède un.

e. *La nécessité ou l'utilité de l'acte de gestion dans l'intérêt du maître*

Etant donné que dans le *versum* il n'est pas question de consentement antérieur ou simultané du maître pour que l'acte de l'esclave soit valable *in rem domini*¹⁶³⁰ et pour que soit engagée sa

¹⁶²⁹ En ce sens, voir : le D. 15, 3, 3, 9 *Ulpianus*, qui précise que le créancier doit s'informer de l'emploi que l'esclave va faire de l'argent (et non de la volonté de celui-ci d'effectuer l'acte dans l'intérêt du maître : cf. plus bas) ; le D. 15, 3, 3, 10 *Ulpianus* ; le C. 4, 28, 5 *Alexander*.

Au sujet du devoir du tiers de s'informer, voir : LÖWENFELD, p. 23 ss, qui indique que l'intention de l'esclave de conclure le contrat dans l'intérêt du maître est nécessaire, mais pas essentielle au moment de la conclusion de celui-ci. Le tiers peut donc ne pas connaître l'intention de l'esclave à ce moment-là. A la p. 40, l'auteur précise bien qu'il n'a pas à cet instant de devoir de connaître l'intention de l'esclave. Voir encore : BUCKLAND, p. 182 s., qui précise que l'intention du tiers portant sur l'emploi fait de l'argent prêté est une condition à l'action *de in rem verso*, mais qui reconnaît que la question est controversée à la lumière de certains textes, spécialement pour les cas autres que le prêt (voir encore GAY, note 2, p. 246) ; VON TUHR, p. 171, qui précise que le tiers ne peut pas savoir que l'esclave agit dans l'intérêt du maître et pense qu'il ne doit pas connaître les intentions de l'*alieni iuris* pour que s'opère le *versum* ; GAY, p. 216 s. et note 19, p. 216, qui pense que le tiers ne peut connaître ni les intentions, ni le but poursuivi par l'*alieni iuris* au moment de la conclusion de l'acte.

Nous pensons que la connaissance ou l'ignorance de la volonté de l'esclave au moment de l'acte n'est pas une condition en elle-même nécessaire pour que soit engagée la responsabilité *de in rem verso*. Voir à ce sujet la note 1612, où nous avons indiqué qu'il peut y avoir un *versum* sans forcément que l'esclave ne le veuille, et que la volonté de ce dernier n'est pas en elle-même déterminante pour le *versum*. Donc, peu importe que le tiers ait connaissance de l'intention de l'esclave au moment de l'acte, puisque celui-ci peut éventuellement changer d'avis après la conclusion et partant provoquer ou non le *versum*.

Voir au sujet de la preuve du *versum* : la note 1663.

¹⁶³⁰ A noter que nous ne visons ici que l'hypothèse où un esclave agit sans pécule. Si l'esclave qui passe l'acte possède un pécule, le tiers créancier conserve toujours la protection de la responsabilité *de peculio* si les conditions d'un *versum* ne sont pas remplies : cf. la note 1575. Et si l'acte de l'esclave ne respecte pas les conditions du *versum*, ou s'il est effectué sans pécule ou sans aucune autre forme de consentement (p. ex. un *iussum* – voir la note 1636, ou une *praepositio*), les règles de l'ancien droit civil au sens étroit viendraient à s'appliquer et empêcheraient dès lors toute conclusion d'acte générateur d'obligations pour le maître, ce qui exclurait ainsi toute responsabilité de type contractuel.

responsabilité *de in rem verso in solidum*¹⁶³¹, le prêteur a dû contrecarrer ce défaut de volonté préalable par une protection spéciale, en introduisant encore deux conditions particulières au *versum*. Il ne peut dès lors y avoir enrichissement (*versum*) que si l'acte est conclu dans l'intérêt du maître - ou l'argent emprunté en vue d'un tel acte. Cela sera le cas si l'acte est nécessaire ou a au moins une certaine utilité pour le maître¹⁶³² ; par conséquent, les dépenses voluptuaires sont exclues du champ d'application de l'institution¹⁶³³. Ces critères (nécessité et/ou utilité de l'acte) seront appréciés au moment du procès par le juge¹⁶³⁴. L'acte de l'esclave peut aussi être ratifié, cette ratification se substituant en quelque sorte aux conditions susmentionnées¹⁶³⁵.

¹⁶³¹ Cf. : Gai. 4, 72a.

¹⁶³² Voir en ce sens : le D. 15, 3, 17, pr. *Africanus*, qui précise très clairement que l'esclave emprunte une somme pour l'employer dans les affaires de son maître (*in rem domini pecuniam mutatus*), ce qui souligne la nécessité d'un tel emprunt, bien que sa destination finale ne soit pas définie ; le D. 15, 3, 3, 3 *Ulpianus (Labeo)*, où l'esclave emprunte une somme d'argent pour subvenir à ses besoins alimentaires et vestimentaires, comme il est dans l'habitude de son maître de s'en occuper. L'argent emprunté a donc pour but de remplir une fonction afférant au maître et qui est nécessaire à sauvegarder la valeur économique de son esclave. Voir aussi : le D. 15, 3, 3, 4 *Ulpianus a contrario*, qui indique que les dépenses voluptuaires ni nécessaires ni utiles, que l'esclave ferait avec l'argent emprunté d'un tiers pour le compte de son maître, n'augmentent pas le patrimoine de ce dernier. Il faut donc que les dépenses soient au moins d'une certaine utilité pour entraîner un *versum*. Voir encore : le D. 15, 3, 3, 7 *Ulpianus*, où, lorsque l'esclave achète du blé pour nourrir la famille de son maître, il y a *versum* ; le D. 15, 3, 3, 8 *Ulpianus*, où il y a *versum* lorsque l'esclave achète un autre esclave dont le maître a besoin, ou lorsqu'il répare la maison de ce dernier ; le D. 15, 3, 5, 2 *Ulpianus*, qui présente très clairement les conditions de la nécessité ou au moins de l'utilité de l'acte pour le compte du maître, pour que puisse avoir lieu le *versum* ; le C. 4, 26, 3 *Antoninus*, qui parle de *iustis erogationibus*, que l'on pourrait traduire par « pour de justes dépenses », à savoir nécessaires ou à tout le moins utiles. Voir, pour une analogie intéressante concernant l'utilité des actes du *negotiorum gestor* : le D. 3, 5, 9, 1 *Ulpianus (Labeo, Proculus, Celsus, Julianus)*.

Dans le sens de la reconnaissance de la nécessité ou à tout le moins de l'utilité de l'acte de l'esclave pour que s'opère le *versum*, voir : LÖWENFELD, p. 38 s. ; VON TUHR, p. 208 ss ; NIEDERLÄNDER, p. 37 ; GAY, p. 211 ; KUPISCH, p. 12 ; SCHLEPPINGHOFF, p. 12 ; CHIUSI, *Die actio*, p. 150 s. et p. 184.

¹⁶³³ En ce sens, voir : SCHLEPPINGHOFF, p. 12.

¹⁶³⁴ Il n'appartient certainement pas au maître de les apprécier, sinon le tiers serait soumis à l'arbitraire total de celui-là.

¹⁶³⁵ Voir en ce sens : le D. 15, 3, 5, 1-2 *Ulpianus*. Dans cette hypothèse, on imagine que l'acte de l'esclave n'a pas forcément besoin de remplir les conditions de nécessité ou utilité pour fonder une responsabilité *de in rem verso*. Le *ratum* en tant que consentement postérieur à l'acte ne suffit pas à faire naître une responsabilité *in solidum* pure (pour l'entier de la dette à faire valoir sur

Dans les hypothèses où le maître consent expressément et antérieurement à l'acte, on se rapprocherait cependant plus d'une sorte de *iussum*¹⁶³⁶.

L'étendue de la responsabilité résultera du montant de l'enrichissement du patrimoine du maître (*versum*), qui variera lui aussi en fonction des mêmes critères de nécessité ou utilité (voir ci-dessous).

patrimoine du maître), telle que celle issue du *iussum* ou des « prépositions » (sortes d'autorisations véhiculant le consentement antérieur du maître à l'acte), mais doit, par souci d'équité sans doute, permettre au tiers de recevoir une meilleure protection que la simple et limitée action ordinaire de *peculio*.

Voir en outre sur la question de la ratification : VON TUHR, p. 202 ss ; BUCKLAND, p.176 ; BUTI, note 5, p. 149.

¹⁶³⁶ En ce sens, voir : le D. 15, 3, 3, 4 *Ulpianus*, qui précise que les dépenses voluptuaires ne constituent pas de *versum*, à moins que l'esclave ait agité de la volonté de son maître, comme il en irait d'un procureur ayant reçu mandat ou consentement antérieur spécifique du maître ; ce qui peut nous faire penser à une sorte de *iussum*. Voir encore : le D. 15, 3, 3, 6 *Ulpianus* (*Labeo*), qui indique que, si l'acte de l'esclave n'est pas utile au maître, mais que celui-ci l'a voulu, il y a aussi *versum in rem* (quoique dans cette hypothèse, il serait plus juste de considérer que l'acte donne lieu à l'action *quod iussu*, d'ailleurs expressément énoncée au D. 15, 3, 5, 2 *Ulpianus*). Peut-être que dans l'hypothèse du D. 15, 3, 3, 6 *Ulpianus* (*Labeo*), seul l'esclave a eu connaissance de cette volonté et non le tiers, ce qui exclut dès lors l'application de la responsabilité *quod iussu*. Voir en outre : le D. 15, 3, 5, 2 *Ulpianus*, qui résume les différents systèmes de responsabilité, et qui rappelle que si l'acte est manifestement tributaire de la volonté du maître, l'action qui en résulte est donnée *quod iussu* ; en revanche, si l'acte est ratifié ou accompli pour des motifs de nécessité ou utilité, l'action est donnée *in rem verso* ; et enfin, si l'acte ne dépend d'aucune de ces conditions, l'action est uniquement donnée *de peculio*. Voir en outre : le D. 46, 1, 10, 2 *Ulpianus*, qui prévoit, pour le cas d'un fils de famille qui se porte garant, que l'action est donnée *quod iussu*, si le père a autorisé l'acte. Si au contraire l'acte est accompli à l'insu du père, on pourra encore agir contre lui si quelque chose a été versé dans son patrimoine. Voir de plus : le C. 4, 28, 5 *Alexander*, qui nous dit que celui qui peut prouver que l'acte de l'*alieni iuris* (ici le cas d'un fils de famille) est accompli sur la base d'un *iussum*, aura une action perpétuelle contre le père. Dans cette Constitution, la preuve éventuelle du *versum* apparaît comme subsidiaire, voire inutile, puisque celui qui peut prouver le *iussum* est mieux protégé.

Voir aussi : NIEDERLÄNDER, p. 38.

D. L'action de *in rem verso*¹⁶³⁷

a. Les conditions à l'action

i. Le *versum* objectif

La possibilité d'ouvrir action de *in rem verso* est subordonnée à diverses conditions.

La plus importante de ces conditions est l'existence d'un *versum*. Ce *versum* doit correspondre à un « enrichissement » objectif¹⁶³⁸, comptable et juridique¹⁶³⁹ direct ou indirect qui est constaté au moment de l'acte déterminant effectué pour le compte et dans l'intérêt du maître. Cet acte

¹⁶³⁷ L'institution contemporaine à laquelle ressemble le plus l'institution du *versum* est sans doute notre théorie de la responsabilité contractuelle pour inexécution (Voir les art. 97 ss CO). En effet, le tiers qui a déjà effectué sa prestation et qui ne reçoit pas de contreprestation peut actionner en quelque sorte le maître pour inexécution.

Notre théorie contemporaine de l'enrichissement illégitime (cf. les art. 62 ss CO) présente de plus un certain nombre d'analogies avec l'institution ici étudiée, puisqu'elle semble s'être inspirée de plusieurs mécanismes du *versum*. Toutefois, le rapprochement ne peut être complet, puisque le fondement même de ces deux institutions est différent dans le sens où le *versum* repose de toute façon sur une cause, qui est le contrat issu de l'acte de gestion en faveur du maître, tandis que l'enrichissement illégitime ne trouve application précisément que si une cause n'est pas valable, ne s'est pas réalisée ou a cessé d'exister. Il faut de plus relever les distinctions suivantes : la situation visée par le *versum* concerne nécessairement trois acteurs : un esclave, le maître et un tiers, ce qui n'est pas toujours le cas dans l'enrichissement illégitime qui ne se base en règle générale pas sur un rapport de représentation directe. Du reste, les cas fortuits n'influencent pas sur le *versum* contrairement à notre institution contemporaine. Il convient d'ajouter que l'acte fondant un enrichissement illégitime peut résulter aussi d'un acte illicite contrairement au *versum*, toujours basé sur un acte de gestion utile ou nécessaire dans l'intérêt du maître.

¹⁶³⁸ C'est-à-dire indépendant de la volonté du maître, voire de l'esclave au moment de l'acte.

Voir en outre : LONGO G., S. D. H. I. 1 (1935), p. 404, qui pense que la seule condition nécessaire à l'action de *in rem verso* est le *versum* ; ROUBIER, p. 58 s. ; CHIUSI, *Die actio*, p. 60 et p. 186 s., qui relève que la responsabilité de *in rem verso* ne dépend que du fait objectif du *versum*. Il faut que le patrimoine du maître ait été enrichi au moins un instant.

¹⁶³⁹ C'est-à-dire que le résultat de l'enrichissement est compté directement dans les comptes du maître et donc favorise son patrimoine directement. Il ne doit pas être compté au pécule, car si tel est le cas, seule l'action de *peculio* sera ouverte, cela sous réserve cependant d'un *versum* indirect postérieur dans les comptes du maître, à la suite d'un acte dans son intérêt postérieur p. ex. à l'emprunt. Voir : le D. 15, 3, 3, 5 *Ulpianus*, où l'esclave emprunte de l'argent pour prêter à son tour.

Voir à ce sujet la note 1615.

- le *negotium*¹⁶⁴⁰ - doit être de plus nécessaire ou à tout le moins utile au maître, sous réserve de la possibilité d'une ratification¹⁶⁴¹. Cette condition de l'utilité/nécessité protège ainsi le maître contre la conclusion d'un acte peu sérieux ou pas forcément favorable qui peut avoir été effectué à son insu. Le tiers non satisfait qui voudrait ouvrir action doit de plus savoir que l'esclave a contracté dans l'intérêt du maître et pour son compte¹⁶⁴².

ii. La durée du *versum* – une condition supplémentaire nécessaire à l'action ?

L'enrichissement doit durer dans le temps¹⁶⁴³ ; cette règle peut soulever un certain nombre de questions : comment interpréter cet élément de durée ? Que se passe-t-il si le maître n'est plus enrichi au jour de la condamnation ?

Nous avons vu que le maître ne doit pas avoir offert de « contreprestation » et que l'esclave ne doit pas être débiteur du maître ou le devenir avant l'ouverture de l'action, sous peine de diminuer le *versum* de tout autant, voire de le supprimer¹⁶⁴⁴. Ces éléments dont le tiers n'a pas forcément connaissance aussi bien au moment de la conclusion de l'acte qu'à l'ouverture de l'action peuvent être soulevés, dans le courant de la procédure, à titre d'exception par le maître défendeur au procès. Cela se fera au moment de la rédaction de la formule devant le magistrat, la preuve devant être administrée devant le juge. Le maître doit donc connaître ces circonstances, et lui seul pourra les opposer ; ce ne sont donc pas des faits qui se constatent automatiquement et qui sont

¹⁶⁴⁰ L'acte de gestion conclu en faveur du maître fixe le moment de l'évaluation du *versum*.

¹⁶⁴¹ La possibilité qu'a le maître de ratifier l'acte permet au tiers d'actionner *de in rem verso* pour des contrats conclus ne respectant pas ces critères (nécessité/utilité). Ainsi, il reçoit une certaine garantie, spécialement dans les cas où il s'avère que l'esclave avec lequel il passe l'acte n'a pas de pécule.

Voir en outre la note 1635.

¹⁶⁴² Le tiers n'a pas besoin d'avoir cette information au moment de l'acte, mais au moment de l'ouverture de l'action. Cf. la section « La connaissance de l'intention ou du but poursuivi par l'esclave », p. 453 ss.

¹⁶⁴³ Cf. : le D. 15, 3, 10, 6 *Ulpianus*, « *Versum autem sic accipimus, ut duret versum [...]* ».

¹⁶⁴⁴ Voir les sections « Pas de contreprestation du maître à un tiers ou à l'esclave », p. 450 ss, et « L'esclave ne doit pas être débiteur du maître ou le devenir », p. 452 ss.

retenus d'office. Dans ces cas, on relève que le montant du *versum*, et par conséquent l'étendue de la responsabilité, peuvent avoir diminué ou être nuls au jour du jugement¹⁶⁴⁵.

Au contraire, cette condition ne s'applique pas lors des cas fortuits dans lesquels on considère que le *versum* subsiste¹⁶⁴⁶. En effet, on peut considérer que le *versum* une fois comptabilisé dans le patrimoine du maître y perdure juridiquement, bien que, dans les faits, l'objet du *versum*, souvent resté en mains de l'esclave, soit détruit ou perdu.

La règle du *ut duret versum* n'a donc pas de portée générale et doit être interprétée relativement aux diverses hypothèses envisagées.

iii. Cas fortuits

Les cas fortuits entraînant la perte du résultat de l'enrichissement ne suppriment pas le *versum* qui continue d'exister, que l'esclave, possesseur de ce résultat, le perde fautivement ou pas¹⁶⁴⁷. Il suffit que le patrimoine du maître ait au moins un instant juridiquement compté le *versum*¹⁶⁴⁸. L'institution du *versum* suit donc des règles particulières qui ne

¹⁶⁴⁵ Voir en outre les critères d'estimation relatifs au temps et à l'étendue du *versum* dans la section « Etendue de la responsabilité », p. 461 ss.

¹⁶⁴⁶ Voir la section sur les « Cas fortuits », p. 459 ss.

¹⁶⁴⁷ Voir en ce sens : le D. 15, 3, 16 *Alfenus*, qui précise que le maître sera tenu, même si l'esclave dissipe l'argent qu'il a reçu pour acheter des marchandises ; le D. 15, 3, 17, pr. *Africanus*, qui indique que le prêteur créancier aura l'action *de in rem verso*, même si l'esclave perd l'argent du prêt sans sa faute ; le D. 15, 3, 3, 7 *Ulpianus*, où le blé acheté par l'esclave perdu fortuitement constitue quand même un *versum* ; le D. 15, 3, 3, 8 *Ulpianus*, où l'esclave qui achète au maître un esclave nécessaire qui vient à mourir, ou qui répare une maison qui tombe en ruine, engage la responsabilité adjectice de son maître ; le D. 15, 3, 3, 10 *Ulpianus*, où l'esclave qui emprunte de l'argent pour acheter un habit qu'il a perdu, permet au prêteur créancier d'actionner le maître *de in rem verso* si le prix a été déjà payé au vendeur. Si, après avoir reçu des habits, le prix n'a pas été versé et que l'argent est perdu, le prêteur ainsi que le vendeur, tous deux créanciers, bénéficieront de l'*actio de in rem verso*.

Nous pouvons apercevoir dans cette solution, les prémices de notre théorie contemporaine du transfert des risques en matière de contrat de vente, où les risques passent à l'acquéreur dès la conclusion du contrat : cf. art. 185 CO.

¹⁶⁴⁸ C'est-à-dire que les effets de l'acte de l'esclave se soient déployés directement dans son patrimoine et l'aient rendu propriétaire du *versum*, ce qui doit s'entendre de sa valeur comptable, peu importe que le maître en ait connaissance.

En ce sens, voir : CHIUSI, *Die actio*, p. 187.

peuvent être complètement rapprochées de notre théorie contemporaine de l'enrichissement illégitime¹⁶⁴⁹.

iv. Actes de portée interne

Suite à un acte conclu uniquement en faveur d'un pécule (*peculio nomine*), les opérations de donation d'éléments du *peculium* au maître ou de retrait volontaire de celui-ci n'entraînent pas de *versum*¹⁶⁵⁰. Dans ces hypothèses, il n'y a pas d'acte de gestion effectué dans l'intérêt du maître, la portée de tels mouvements de biens ou de droits étant purement interne¹⁶⁵¹ et répondant à des règles propres et indépendantes de celles du *versum*¹⁶⁵².

¹⁶⁴⁹ En effet, selon l'art. 64 CO, l'étendue de la restitution est déterminée par l'enrichissement effectif au jour de la répétition, sous réserve de la mauvaise foi de l'enrichi.

¹⁶⁵⁰ Voir en ce sens : le D. 15, 3, 5, 3 *Ulpianus*, qui précise que l'*ademptio* du pécule dans lequel est entré l'argent emprunté ne constitue pas en soi un *versum*, si cet argent n'a pas été l'objet d'un acte de gestion dans l'intérêt du maître ; le D. 15, 3, 7, pr. *Ulpianus*, qui rappelle que la donation pure d'un élément du pécule n'entraîne pas d'action *de in rem verso*, si cette donation n'est pas liée à un acte de gestion ayant pour but d'« enrichir » le maître. Inversément, au D. 15, 3, 7, 1 *Ulpianus*, si un emprunt est effectué dans les comptes du pécule et est donné par la suite au maître, dans le but de le libérer d'une dette envers ledit pécule, l'action *de in rem verso* sera possible. A la base de cette donation, on reconnaît un acte de gestion utile dans l'intérêt du maître. Voir en outre pour le cas analogue d'un fils de famille : le D. 15, 3, 10, 2 *Ulpianus (Papinianus)*.

Voir de plus à ce sujet : LÖWENFELD, p. 12, qui raisonne sur la base des rapports de droit naturel. Il constate que la donation pure n'entraîne pas de dette naturelle du maître envers l'esclave, du coup l'action *de in rem verso* - qui se fonderait sur une créance naturelle de l'esclave envers son maître (« action » en libération : cf. la théorie de VON TUHR) - ne trouverait pas application. A la p. 26, il reconnaît que dans le texte D. 15, 3, 7, 1 *Ulpianus*, la donation résulte en fait d'un acte de gestion consistant en l'emprunt effectué pour ne pas rendre le maître débiteur du pécule. Selon VON TUHR, p. 171, spéc. p. 196 ss, l'acte de gestion doit être conclu sans volonté de donation.

¹⁶⁵¹ C'est-à-dire n'intéressant pas un tiers.

¹⁶⁵² P. ex., dans le cas de la donation, l'emprunt fait n'a pas été employé pour conclure d'actes avec un tiers dans l'intérêt du maître, il s'agit simplement d'une donation de l'esclave à son maître de portée interne. De plus, une telle donation ne peut en principe pas constituer une augmentation du patrimoine du maître, puisque le pécule n'est juridiquement pas séparé du patrimoine central du maître. En cas d'*ademptio*, le maître fait usage d'une prérogative personnelle rattachée à la *potestas* et issue l'institution du pécule, dans laquelle ni l'esclave, ni le tiers n'ont d'emprise. Celle-ci ne correspond de plus pas à un acte de gestion.

Les conditions d'un *versum* n'étant pas réunies, ces actes n'entraînent pas de responsabilité du maître *de in rem verso*.

b. *Etendue de la responsabilité*

L'action directe contre le maître est donnée *in solidum*¹⁶⁵³, mais elle est subordonnée à l'enrichissement qui lui est parvenu¹⁶⁵⁴. La notion d'*in solidum* ne doit pas être comprise dans le sens d'une responsabilité du maître pour l'entier de la créance dans son patrimoine, comme c'est le cas pour le *iussum* et les « prépositions »¹⁶⁵⁵. L'acte de l'esclave, bien que

Voir encore : LÖWENFELD, p. 9, qui considère que le retrait du pécule n'influence pas l'action *de in rem verso* ; CHIUSI, *Die actio*, p. 178 s., qui ne voit dans la donation ou l'*ademptio* que des augmentations apparentes du patrimoine, mais non juridiques.

¹⁶⁵³ Le créancier peut donc espérer recouvrer la totalité (responsabilité *in solidum*) de la réelle contre-valeur de l'objet du contrat au jour de la conclusion de l'acte, et non seulement la prestation du débiteur telle que stipulée dans ledit contrat. P. ex., au D. 15, 3, 16 *Afrenus* (voir la note 840), le vendeur créancier pourra demander la totalité de la somme due (excédent compris) au maître de l'esclave débiteur. Cette responsabilité pour le tout à concurrence de l'enrichissement peut donc aussi jouer en faveur du créancier, puisqu'il pourra actionner dans cette hypothèse pour un montant supérieur à celui stipulé, correspondant à l'enrichissement dont le maître a effectivement bénéficié au moment de l'acte.

¹⁶⁵⁴ Voir en ce sens : le D. 15, 3, 10, 4 *Ulpianus*, qui indique que le *versum* correspond effectivement à ce qui est versé dans le patrimoine du maître. Ainsi, si seule une partie de l'argent emprunté ou d'autres choses achetées est versée au patrimoine, l'action *de in rem verso* ne pourra être intentée qu'à raison de cette partie. Dans le même sens, voir : Gai. 4, 72a et le D. 14, 5, 1 *Gaius*, où l'action *de in rem verso* est donnée jusqu'à concurrence de l'enrichissement parvenu au maître (« [...] *eatenus introducit actionem, quatenus in rem eius versum fuerit* [...] ») ; le D. 15, 3, 18 *Neratius*, qui dit que l'action *de in rem verso* n'appartient qu'au créancier qui a fourni cela même qui a été versé dans le patrimoine du maître ; le D. 15, 1, 30, 1 *Ulpianus*, qui précise que, si un héritier ne touche qu'une portion de la succession dans laquelle un tiers a une créance issue d'un *versum* dans le patrimoine du maître défunt, il pourra être tenu qu'à raison de la partie du *versum* qui lui sera parvenue, à moins qu'il ne soit lui-même seul enrichi en définitive par l'acte accompli par l'esclave. Voir en outre les notes 1590, 1586, et 1615.

¹⁶⁵⁵ Voir en ce sens : Gai. 4, 74, qui semble distinguer les deux types de responsabilité, puisqu'il n'emploie le terme *in solidum* que pour les responsabilités spéciales contractuelles induites par le *iussum* ou les « prépositions », qui visent l'intégralité de la créance contre le patrimoine du maître. Il en va de même dans les *Iust. Inst.* 4, 7, 5, qui cependant emploient la formule « *solidum* », non seulement pour les actions issues du *iussum* ou des « prépositions », mais encore pour l'*actio de peculio* et *de in rem verso*. Il nous semble cependant que, dans ces deux dernières hypothèses, Justinien fait également la distinction de régime, puisque le deuxième « *solidum* » doit être compris par rapport au montant de l'enrichissement effectif que le créancier serait parvenu à prouver, servant à le couvrir alors pour le tout, à savoir pour l'entier de sa créance (l'enrichissement objectif). Dans l'*actio de in rem verso*, le *in solidum* ne doit donc pas être compris dans le sens d'une responsabilité illimitée sur l'entier du patrimoine du maître. La responsabilité *in solidum* s'apprécie par rapport au montant de la créance que le créancier peut demander, mais ce montant n'est dans ce cas pas limité p. ex. par la valeur d'un pécule ; il dépendra de l'étendue de la contreprestation inexécutée à laquelle le cocontractant aurait eu droit et dont le maître serait enrichi objectivement. Voir encore : le D. 15, 3, 5, pr. *Ulpianus* (*Pomponius*), où *in solidum* doit s'entendre de manière

soumis à de nombreuses conditions, est ici accompli avec une certaine autonomie. Cette responsabilité contractuelle spéciale *in solidum*¹⁶⁵⁶ doit donc être comprise dans le sens où elle ne pourra pas, le cas échéant, être limitée par un pécule¹⁶⁵⁷, mais seulement par la valeur du *versum* lui-même (enrichissement effectif, soit la valeur effective du patrimoine enrichi moins la valeur du patrimoine avant enrichissement correspondant au *versum*)¹⁶⁵⁸ qui varie selon que l'acte est nécessaire ou seulement utile¹⁶⁵⁹. Bien que la question de l'étendue de la responsabilité se pose au moment du jugement, il faut se rapporter au moment de la conclusion de l'acte déterminant pour la calculer. Son montant correspondra à la valeur effective du *versum* ce jour-là et non pas à sa valeur au jour de l'ouverture d'action ou du jugement¹⁶⁶⁰. Le *versum* consiste en l'enrichissement

relative au montant du prix stipulé, correspondant à la totalité de ce que peut demander le créancier sur le patrimoine du maître sans limitation extrinsèque (p. ex. un pécule), si l'acte était nécessaire. Dans le même sens, voir : le D. 15, 1, 1, pr. *Ulpianus* ; le D. 15, 3, 1, pr. *Ulpianus*.

Voir en ce sens également : CHIUSI, *Tributoria*, note 135, p. 323.

¹⁶⁵⁶ Voir à ce sujet : le D. 15, 3, 1, 2 *Ulpianus (Julianus)*, qui présente l'*actio de in rem verso* comme avantageuse par rapport aux actions qui pourraient n'être intentées que sur le pécule, et Julien indique de plus qu'elle ne s'éteint pas si le créancier intente l'action de *peculio* plutôt que celle du *versum* et qu'il ne reçoit pas l'équivalent au moins de l'enrichissement (dans le sens d'une action qualifiée d'avantageuse, voir : les Iust. Inst. 4, 7, 5a à la fin, qui présentent l'*actio de in rem verso* comme devant être préférée à celle sur le pécule ou à la *tributoria*).

Voir en outre la note 1616.

¹⁶⁵⁷ Le pécule peut parfois être très restreint, et donc largement inférieur à la contre-valeur de la prestation à laquelle le créancier cocontractant aurait droit. De plus, on doit remarquer que, dans l'institution du *versum*, il n'y a pas de déduction possible par le maître pour ce que lui doit l'esclave, comme il en irait sur le pécule : cf. le D. 15, 3, 16 *Alfenus* et le D. 15, 3, 17, 1 *Africanus*. Cela signifie donc bien aussi que l'institution du *versum* se distingue de celle du pécule, mais qu'elles entretiennent certains liens.

¹⁶⁵⁸ Voir en ce sens : le D. 15, 3, 10, 4 *Ulpianus*, qui précise que la responsabilité pour *versum* est limitée au *versum* effectif dans le patrimoine du maître ; donc si seule une partie de la somme a été employée au profit du maître, l'action de *in rem verso* sera limitée à cette partie. Voir en outre à ce sujet la note 1654.

Dans le sens d'une responsabilité correspondant au profit effectivement réalisé par le maître, voir : BUCKLAND, p. 176 ; NIEDERLÄNDER, p. 57 s. ; GAY, p. 241 ; KASER, I, § 141 II 2, p. 607.

¹⁶⁵⁹ Voir notamment à ce sujet : CHIUSI, *Die actio*, p. 188 ss.

¹⁶⁶⁰ En effet, on peut déduire que l'estimation ne se fait pas au jour de la condamnation, puisque plusieurs textes indiquent que le maître répond même si l'objet de la prestation du créancier a disparu entre la conclusion de l'acte et la condamnation. Voir en ce sens : le D. 15, 3, 17, pr. *Africanus* ; le D. 15, 3, 3, 7 *Ulpianus* ; le D. 15, 3, 3, 8 *Ulpianus* ; le D. 15, 3, 3, 10 *Ulpianus*. De plus,

objectif et juridiquement effectif (*versum*) du maître, lorsque la condition de la nécessité existe¹⁶⁶¹. Si un *versum* n'est justifié que pour des motifs d'utilité (et non pas de nécessité), le maître ne pourra être tenu qu'à raison de la valeur réelle inférieure du *versum* et non du prix supérieur stipulé pour un tel *versum*, ou inversement que du prix stipulé inférieur à la valeur réelle du *versum* ; dans cette hypothèse, la responsabilité du maître est donc plus limitée¹⁶⁶².

il ne serait pas équitable de condamner le maître pour un montant d'enrichissement évalué le jour de la condamnation, car suivant l'écoulement du temps, celui-ci pourrait être bien supérieur ou nettement inférieur à celui qui serait estimé juste après la conclusion de l'acte. Comme le maître répond sur l'intégralité de son enrichissement (*in solidum*), chacune des parties pourrait, respectivement selon l'une ou l'autre des hypothèses présentées dans la précédente phrase, être lésée dans la condamnation. En ce sens, voir : le D. 15, 3, 16 *Alfenus*, qui indique que, dans le cas de l'achat d'un troupeau de remplacement, la différence de valeur entre les deux troupeaux a lieu au moment de l'achat du nouveau ; Gai. 4, 72a (cf. aussi les Iust. Inst. 4, 7, 4), où, dans la phrase « [...] *quatenus in rem eius versum fuerit, eatenus datur actio* [...] », le temps du premier verbe semble indiquer que l'estimation du *versum* a lieu avant l'ouverture de l'action ; le D. 15, 3, 3, 12 *Gaius*, qui précise que, dans le cas de l'achat d'un terrain, l'estimation de l'enrichissement se fait au moment du contrat, puisque le *versum* se détermine en fonction du prix ou de la valeur de la chose ce jour-là.

Mais aucune solution définitive ne paraît avoir pu être élaborée sur cette question par les juristes : cf. GAY, p. 198 s.

Cette responsabilité pour enrichissement est particulière et se distingue en plusieurs points des régimes prévus par d'autres institutions (dont certaines visant aussi une responsabilité pour enrichissement). En effet, l'évaluation se fait au jour de la conclusion de l'acte et non pas au moment de la *litiscontestatio* ou de la condamnation, ce qui semble p. ex. être le régime général pour les actions issues de la *negotiorum gestio* (cf. le D. 3, 5, 36, pr. *Paulus*), de la pétition d'hérédité (cf. : le D. 5, 3, 36, 4 *Paulus* et le D. 5, 3, 40, pr. *Paulus*), de la *condictio indebiti* (cf. le D. 12, 6, 15, pr. *Paulus*) ou encore de la *condictio triticaria* (cf. le D. 13, 3, 4 *Gaius* et le D. 13, 3, 3 *Ulpianus*).

Voir à ce sujet, dans le sens de l'évaluation au moment de la conclusion de l'acte : BUCKLAND, p. 178. *D'un avis contraire, voir* : KASER, I, § 141 II 2, p. 607, qui estime que la valeur de l'enrichissement s'apprécie au moment du jugement.

¹⁶⁶¹ En ce sens, voir : le D. 15, 3, 16 *Alfenus*, qui précise que le maître sera tenu pour la valeur réelle supérieure des bœufs entrés dans son patrimoine, et non seulement pour leur prix inférieur stipulé au moment de la conclusion du contrat (voir en outre les explications données en note 840 au sujet de ce texte) ; le D. 15, 3, 5, pr. *Ulpianus (Pomponius)* à la fin, qui indique que, lorsque les esclaves achetés sont nécessaires au maître, il sera tenu du prix d'achat de ceux-ci, même si leur valeur est inférieure.

Voir en à ce sujet : NIEDERLÄNDER, p. 38.

¹⁶⁶² Voir en ce sens : le D. 15, 3, 12 *Gaius*, où, pour l'achat d'un terrain, qui est une opération risquée et n'est certainement pas nécessaire pour le maître, mais qui peut néanmoins lui être utile, Gaius estime que l'enrichissement équivaut à la valeur réelle du terrain si sa valeur réelle est inférieure au prix d'achat stipulé, et seulement au prix stipulé dans le contrat si sa valeur réelle est

c. Procédure

Il appartient au tiers d'apporter la preuve de la réalisation effective du *versum* et de proposer le montant de la responsabilité - correspondant à la valeur de ce *versum* - qu'il espère obtenir pour se satisfaire¹⁶⁶³. Le juge reste libre de déterminer les faits sur la base des preuves amenées par le tiers demandeur. Si le maître défendeur n'oppose pas quelque exception (p. ex. le fait qu'il a vidé volontairement son patrimoine du *versum* ou que son esclave est devenu son débiteur), le juge fixera, compte tenu de tous les éléments, le montant de la responsabilité pour *versum* dont le maître est tenu.

Le fardeau de la preuve incombant au créancier est très lourd ; il s'agit en quelque sorte d'une restriction de procédure, protégeant le

supérieure au prix d'achat ; le D. 15, 3, 5, pr. *Ulpianus (Pomponius)*, où l'esclave qui achète d'autres esclaves en croyant qu'ils sont nécessaires pour son maître, génère un *versum* dans le sens où ceux-ci peuvent s'avérer tout de même utiles pour lui. Dès lors, si ces esclaves sont seulement utiles, mais pas nécessaires, le maître ne sera tenu que pour la valeur réelle de ceux-ci, même si le prix stipulé au contrat était supérieur. Inversement, si les acquisitions sont nécessaires, le maître sera tenu du prix d'achat supérieur de ceux-ci.

Le tiers créancier ne pourra réclamer, dans ces hypothèses, que le montant maximum de l'enrichissement effectif du maître qui, dans son calcul, peut résulter être inférieur à la valeur de la prestation effectivement exécutée ou telle que fixée dans le contrat, spécialement dans le cas où l'acte de l'esclave n'est qu'utile au *dominus*. Le souci des juristes semble donc de protéger le maître.

Voir à ce sujet : NIEDERLÄNDER, p. 37 ; GAY, p. 243 s., qui fait allusion au *verum pretium*, mais ne semble pas lier la notion de nécessité ou d'utilité à l'estimation du montant du *versum*.

Par simple curiosité, on citera, à titre comparatif, l'art. 99 al. 2 CO concernant l'étendue de la réparation.

¹⁶⁶³ Ainsi il doit non seulement se renseigner au sujet de l'affaire conclue par l'esclave, qui doit avoir en fin de compte visé l'intérêt du maître, mais encore pouvoir apporter la preuve du *versum* (soit de l'emploi fait de l'argent) s'il veut ouvrir action *de in rem verso*. Dans le même sens, voir : Gai. 4, 74 au milieu et Gai. 4, 74a à la fin ; le D. 15, 3, 18 *Neratius* ; les P. Sent. 2, 9, 1 et l'I. P. Sent. 2, 9, 1 ; les Iust. Inst. 4, 7, 5 ; les Iust. Inst. 4, 7, 5a à la fin ; le C. 4, 25, 1 *Antoninus* à la fin ; le C. 4, 26, 3 *Antoninus* à la fin ; le C. 4, 26, 7 *Diocletianus* et *Maximianus* ; le C. 4, 26, 12 *Diocletianus* et *Maximianus*. La Paraphrase de Théophile VIII (édition FERRINI, p. 449), souligne la difficulté rencontrée à prouver le *versum* (voir à ce sujet : GAY, p. 191, note 42).

Voir à ce sujet : LÖWENFELD, p. 50 ; BOUCHE-LECLERCQ, p. 23, qui précise que « le juge examinait d'abord si le père de famille avait retiré de l'acte un profit [...] » ; MAC CORMACK, Studi Biscardi, p. 320, qui pense que le juge évaluait d'abord si un *versum* avait eu lieu.

Voir en outre : la section « Les conditions à l'action », p. 457 ss, et la note 1629.

maître pour un acte de l'esclave dont il peut ne pas avoir eu connaissance¹⁶⁶⁴.

d. *Evolution vers une action universelle*

Si les actions de *peculio* et de *in rem verso* sont indépendantes dans leur fondement à l'époque classique, sous Justinien cependant, il semble que le concept d'une action unique avec les deux chefs de condamnation tende à se généraliser¹⁶⁶⁵.

Un texte de Justinien aux Iust. Inst. 4, 7, 8 propose en outre une solution tout à fait novatrice dans la théorie de la responsabilité adjectice :

*Iust. Inst. 4, 7, 8 : Illud in summa admonendi sumus id, quod iussu patris dominive contractum fuerit quodque in rem eius versum fuerit, directo quoque posse a patre dominove condici, tamquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. ei quoque, qui vel exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia huius quoque iussu contractum intellegitur.*¹⁶⁶⁶

Il met en concours les actions adjectices *quod iussu* et *de in rem verso* avec une prétention directe et générale qu'il nomme « *condictio* », les gestions d'affaires (*praepositiones exercitoria* et *institoria*) étant rapprochées de l'institution du *iussum*¹⁶⁶⁷.

¹⁶⁶⁴ A ce sujet, voir : Gai. 4, 74, qui s'exclame en disant que le tiers créancier ne sera pas aussi bête, lorsqu'il peut bénéficier des actions spéciales pour le tout issues du *iussum* ou des « prépositions », d'essayer de prouver que sa créance a été versée dans le patrimoine du maître. Dans le même sens, voir : les Iust. Inst. 4, 7, 5.

¹⁶⁶⁵ En ce sens, voir : les Iust. Inst 4, 7, 4 au milieu.

¹⁶⁶⁶ Traduction : Il faut encore remarquer qu'à l'égard de ce qui est dû en vertu d'une obligation contractée sur la base d'une autorisation du père ou du maître, et de ce qui a tourné à leur profit, on a aussi une action personnelle contre eux-mêmes directement, comme si on avait contracté principalement avec eux. On a décidé qu'on aurait aussi l'action personnelle directement contre ceux contre lesquels on peut intenter les actions institoire et exercitoire ; parce que c'est en quelque façon sur leur autorisation directe qu'on a contracté avec leurs esclaves.

¹⁶⁶⁷ Voir en outre p. ex. : le D. 12, 1, 29 *Paulus* et le D. 14, 3, 17, 4-5 *Paulus (Proculus)*.

A l'époque classique, il semble cependant évident que l'institution du *iussum* et celle du *versum* doivent être en tout point distinguées, car si le *iussum* consiste en une sorte d'autorisation préalable à l'acte, il n'est rien de semblable dans le *versum* précisément objectif et indépendant de

Cette *condictio* générale, apparue très probablement au Bas-Empire, doit sans doute correspondre à l'action directe issue du contrat avec *l'alieni iuris*, qui ne pouvait être intentée contre le maître qu'adjectivement à l'époque classique.

En revanche, si on admet que l'acte de l'esclave fonde une sorte d'enrichissement illégitime du maître, alors la *condictio indebiti* pourrait être qualifiée d'action générale donnée en cas d'enrichissement illégitime. L'acte d'engagement ou de disposition de l'esclave fait en l'absence de consentement de son maître étant au moins partiellement défavorable (contrevenant ainsi aux principes de l'ancien droit civil) et donc nul, il n'y aurait pas de cause. Aucun rapport de droit adjectice ne naîtrait entre le tiers et le maître¹⁶⁶⁸. En extrapolant, la *condictio* ne viserait pas exactement à récupérer ce qui a été transféré (pour cela, il y aurait alors l'action

toute volonté du maître antérieure à l'acte. De plus, les responsabilités respectives engagées divergent quant à leurs conditions et quant à leurs étendues, la première visant la créance en son entier dans le patrimoine du maître (*in solidum*), la seconde, bien que qualifiée d'*in solidum*, demeurant limitée au *versum*. D'un autre avis, voir : CHIUSI, *Die actio*, p. 66, qui considère que s'opère un rapprochement entre la responsabilité pour *insum* et celle pour *versum*.

Voir, au sujet de l'évolution vers une action unique : MANDRY, II, p. 324 ss ; GAY, p. 278 ss ; KASER, II, § 204 III 2 c, p. 107.

¹⁶⁶⁸ Voir : le D. 14, 3, 17, 5 *Paulus (Proculus)*, qui montre de plus que la *condictio* générale semble matérialiser l'action personnelle directe issue du contrat de prêt. Comme le rapport entre le tiers et le maître se crée par un intermédiaire (l'esclave), la terminologie d'action *directa* ou *contraria* (p. ex. *vendit*) ne pouvait pas être employée sans difficultés (cf. toutefois le D. 15, 3, 7, 4 *Ulpianus*). C'est pourquoi on parle sans doute de *condictio generalis* sous Justinien, le but étant de diminuer les distinctions juridiques tant au fond que dans la forme, et de simplifier les procédures. Ainsi les différentes responsabilités contractuelles issues des divers modes d'intervention de l'esclave en dehors de l'institution du pécule (*insum*, « prépositions » ou *in rem versum*) tendent à se regrouper dans l'action générale appelée *condictio*. Toutefois il demeure difficile de savoir si la *condictio* dont fait état ce texte ne devrait pas plutôt être rapprochée de la *condictio* pour enrichissement illégitime, institution déjà connue à l'époque classique (p. ex. *indebiti* ou *furtiva*). En effet, le D. 14, 3, 17, 4 *Paulus (Proculus)* semble évoquer un acte de mauvaise foi (*dolo malo*) consistant, pour le maître, à ne pas vouloir rendre la somme dont il se serait indûment enrichi. De plus, le fondement de la *condictio* pour enrichissement illégitime ne repose pas sur le contrat conclu par l'esclave avec le tiers dans l'intérêt du maître (rapport adjectice), mais bien sur le rapport direct entre le tiers et le maître issu du déplacement indu d'un élément de patrimoine du tiers directement dans celui du maître. Le texte semble d'ailleurs démontrer que le contrat conclu par l'esclave préposé (*id est* agissant sur la base d'une *praepositio*) est non avenu, et donc que la cause du transfert au maître de l'argent emprunté par le *servus* n'existe pas.

Voir en outre sur cette question discutée : LÖWENFELD, p. 23 ; VON TUHR, p. 251 ; SOLAZZI, *Scritti I* (p. 269 ss), p. 270, spéc. p. 275 ; KASER, II, § 270 III 1, p. 424.

réelle), mais à obtenir l'exécution de la contreprestation ou un équivalent en dommages et intérêts pour inexécution contractuelle.

Le *iussum* « étendu » dont le texte de Justinien fait mention paraît dès lors concrétiser le pouvoir de représentation directe, véhiculant la volonté ou l'autorisation du maître (Vollmacht) pour tous les cas institutionnels envisagés (*iussum*, *praepositiones* ou encore *in rem versum*). Nous renvoyons de plus le lecteur aux réflexions des juristes sur le rapprochement avec la *negotiorum gestio*¹⁶⁶⁹. Ce texte est certainement le témoin d'une évolution, au vu de la perte d'importance du formalisme procédural¹⁶⁷⁰.

Sans doute les esclaves représentants commerciaux de leur maître étaient-ils pratiquement devenus des fondés de procuration dans leurs affaires à l'image des hommes libres, comme en témoigne la fiction de liberté insérée dans la formule de l'action, mais ils étaient plus proches d'un système de représentation directe que ceux-ci¹⁶⁷¹. Que les rapports juridiques soient passés entre *sui iuris* ou par l'intermédiaire d'un *alieni iuris*, ils aboutissent dans les deux cas au fondement d'une responsabilité contractuelle générale où l'action *directa* (ou *contraria*) et la « *condictio* » ont le même objet, soit une prétention personnelle directe contre le cocontractant libre. Les distinctions dans les différents régimes de responsabilités adjectives se sont donc amenuisées. Au Bas-Empire, l'esclave semble être devenu un véritable représentant direct de son maître.

¹⁶⁶⁹ Voir à ce sujet, les réflexions de : BARON, *Conditionen*, p. 250 ; SOLAZZI, *Scritti I* (p. 269 ss), p. 269 ss, spéc. p. 275 ; CHIUSI, *Die actio*, p. 46 s.

¹⁶⁷⁰ Selon GAY, p. 269, l'*in rem versum* reflète le développement de concepts plus larges, comme l'équité ou le consensualisme, au détriment du formalisme et des anciens principes du droit civil.

¹⁶⁷¹ Tant le procureur que le mandataire libres restaient p. ex. soumis à un contrat de mandat ne permettant que la représentation indirecte.

E. Conclusion

L'institution du *versum* vient compléter le tableau des actions dites adjectives. Elle est l'un des maillons essentiels servant l'économie commerciale romaine¹⁶⁷². Elle conçoit une responsabilité contractuelle du maître pour un acte effectué de la propre initiative de l'esclave et sans le consentement préalable de celui-là.

Le rôle joué par l'institution en cause peut être complémentaire dans les cas où l'esclave possède un pécule, dans le sens où le tiers pourra choisir entre l'une ou l'autre des institutions et ouvrir respectivement l'action *de peculio* ou l'action *de in rem verso*¹⁶⁷³. D'ailleurs, dans les cas juridiquement et économiquement les plus difficiles, l'action unique munie des deux conclusions *de peculio* et *de in rem verso* permettrait au tiers de sauvegarder un maximum de chances de succès et d'éviter de devoir intenter les deux actions séparément, p. ex. l'action *de peculio* après celle *de in rem verso*, si le *versum* n'a pu être prouvé lors du premier procès.

Le rôle de l'institution est toutefois tout à fait autonome dans les hypothèses où l'esclave n'a pas ou plus de pécule, ou qu'une fois l'esclave décédé ou affranchi, le tiers n'aurait pas ouvert action *de peculio* dans l'année contre le maître¹⁶⁷⁴. En effet, il se peut que l'esclave n'ait jamais possédé de pécule ou qu'il se le soit vu retirer par son maître dans

¹⁶⁷² Voir en ce sens : KUPISCH, p. 11.

¹⁶⁷³ L'action *de peculio* sera p. ex. préférée notamment dans les cas où le tiers aurait de la peine à prouver les conditions nécessaires à l'ouverture de l'action *de in rem verso*.

Voir en outre : GAY, p. 276, qui conçoit une utilisation de l'action *de in rem verso* aussi bien à titre principal que subsidiaire, suivant le cas.

¹⁶⁷⁴ En ce sens, voir p. ex. : le D. 15, 2, 1, 10 *Ulpianus (Labeo)* à la fin, où il est clairement précisé que l'exception de l'année (avancée par le maître défendeur) ne joue que dans l'action *de peculio*, pas dans l'action *de in rem verso* ; le D. 15, 3, 19 *Paulus (Neratius)* à la fin, qui constate que l'ajout de la clause *de in rem verso* est nécessaire lorsque l'année est dépassée.

Dans le même sens, voir : CHIUSI, *Die actio*, p. 49 ss, spéc. p. 56, qui présente l'*actio de in rem verso* comme nécessaire, spécialement dans les cas d'*ademptio* ou de dépassement de l'année. *D'un autre avis, voir* : LENEL, § 104, p. 280, qui ne conçoit la responsabilité *de in rem verso* que comme une clause ajoutée à celle de l'action *de peculio*.

l'exercice de son droit d'*ademptio*¹⁶⁷⁵. Ainsi, le tiers qui aurait conclu un contrat bilatéral avec l'esclave conserverait l'espoir d'obtenir, au moins en partie, la contreprestation contractuelle, ou sa contre-valeur sous la forme d'une indemnité, à laquelle il a droit.

Ce système a l'avantage d'éviter de devoir constater la nullité d'un acte conclu par l'esclave et d'obliger le tiers à exercer une action en revendication ou une *condictio* pour récupérer l'objet ou l'argent transférés. Les relations commerciales n'en sont qu'améliorées et favorisées ; le tiers qui s'engage reçoit une garantie intéressante pour le contrat qu'il conclut avec l'esclave, mais par souci d'équité sans doute, le prêteur a limité l'étendue de la responsabilité au *versum*, correspondant en quelque sorte uniquement à la valeur équitablement estimée de la prestation du tiers déjà exécutée.

Deux aspects méritent d'être encore soulignés : l'aspect de représentation et l'aspect patrimonial.

Pour le premier, on peut dire que l'institution permet à l'esclave d'entreprendre des actes de gestion dans l'intérêt et pour le compte du maître, sans que celui-ci en ait forcément connaissance. Le système restrictif de l'ancien droit civil trouve ici un nouveau dépassement, puisque l'esclave peut produire de son propre mouvement et en son nom des effets de droit civil contraignants dans la sphère juridique de son maître, à l'insu de ce dernier, en engageant la responsabilité du *dominus* dans le cas où ni l'un ni l'autre n'effectueraient envers le tiers la contreprestation au contrat conclu¹⁶⁷⁶.

L'on doit également constater que le rapport de *potestas* liant l'esclave au maître, et justifiant notamment de la nécessité d'autoriser

¹⁶⁷⁵ De plus, même si l'esclave possède un pécule, le contenu de celui-ci ou le droit de déduction prioritaire du maître pourrait dans certains cas être défavorable au tiers, qui risquerait de ne pas toucher d'équivalent pour sa prestation effectuée.

¹⁶⁷⁶ Etant donné que l'esclave interagit directement avec le tiers, on estime que le rapport le droit naturel créé entre eux fonde une obligation naturelle du *servus* d'effectuer la contreprestation de l'acte bilatéral conclu. Cela a pour effet, si la contreprestation est effectuée par l'esclave, de libérer le maître de son obligation civile (au sens large) de fournir lui-même la prestation ou d'en être tenu pour responsable s'il ne l'exécute pas.

tout acte d'engagement, est sérieusement érodé¹⁶⁷⁷. C'est donc un pas de plus dans la direction de la reconnaissance, chez l'esclave, de certains attributs similaires à ceux d'un sujet de droit autonome. Cela se constate non seulement par le poids juridique accordé à ses initiatives ou sa volonté de conclure des affaires pour le compte de son maître comme le ferait un véritable *procurator* libre¹⁶⁷⁸, mais encore dans les effets de droit civil au sens large qu'il engendre par ses propres actes.

Contrairement au *procurator* qui est lié dans la plupart des cas par un contrat de mandat avec le maître, l'esclave agit en son nom comme s'il était un représentant indirect¹⁶⁷⁹, mais ses actes produisent des effets directs dans le patrimoine du maître. C'est parce que l'acte de gestion accompli par l'esclave est bilatéral et qu'il contient un élément avantageux, le *versum*¹⁶⁸⁰, qu'il permet la possibilité de concevoir une responsabilité du maître. L'entorse au système archaïque de l'ancien droit civil apparaît donc évidente : dans l'institution ici étudiée, l'esclave peut engager son maître sans le consentement préalable de celui-ci.

Sur toile de fond, on voit donc émerger, à l'époque classique, les prémices de notre système contemporain de représentation directe dans les actes conclus par l'intermédiaire de l'esclave.

Le principe du patrimoine unitaire subit également une entorse. En effet, le résultat de l'acte de l'esclave effectué dans l'intérêt du maître est comptabilisé directement dans le patrimoine de celui-ci objectivement et juridiquement, sans que le maître y ait consenti. Ainsi, le maître peut se

¹⁶⁷⁷ Voir en ce sens : GAY, p. 156, qui souligne, dans la capacité des *alieni iuris* d'établir des rapports de droits et obligations, un paradoxe au vu de leur lien de dépendance (*potestas*).

¹⁶⁷⁸ A noter que plusieurs textes au sujet de l'*in rem versum* font le rapprochement. Le *procurator* reçoit généralement mandat du maître pour agir, et il le fait en son propre nom selon le principe de la représentation indirecte : voir le titre III du livre III du Digeste. L'esclave qui agit dans le cadre de l'institution du *versum* le fait également en son nom, mais il n'a pas reçu d'autorisation préalable, comme ce serait le cas dans le *iussum* ou les *praepositiones*. L'acte d'engagement que l'on devrait considérer comme nul selon les règles restrictives du *ius civile* au sens étroit (notamment par rapport aux concepts de la *potestas* et du patrimoine unitaire), déploie pourtant ses effets directement dans la sphère juridique du maître, sans que celui-ci en ait forcément connaissance.

¹⁶⁷⁹ L'esclave n'agit cependant pas sur la base d'un mandat. Le seul lien qui le lie au maître est celui de la *potestas*. Ce lien ne peut pas être apparenté à un contrat de mandat, puisqu'il s'agit d'un droit unilatéral conféré par l'ordre juridique romain.

¹⁶⁸⁰ Acquis d'une certaine manière au maître par application du principe du *ius adquirendi*.

retrouver avec un élément de passif grevant son patrimoine, et sa responsabilité peut être engagée pour un montant équivalent au *versum*, au cas où il n'exécuterait pas le contrat, et ce, de la propre initiative de son subordonné. L'insistance des juristes sur l'importance de la distinction des comptes du maître de ceux du pécule paraît démontrer que le principe de l'unité du patrimoine du *dominus* tend à s'effriter¹⁶⁸¹. En effet, les conséquences des actes accomplis en regard du pécule ou de ceux effectués en regard du patrimoine du maître par *versum* diffèrent et dépendent de règles particulières à chacun des systèmes, notamment pour ce qui est de la responsabilité qu'ils peuvent engendrer. Ces conséquences, ce n'est pas le maître, mais bien l'esclave qui est à même de les provoquer et ce, de manière autonome.

L'*in rem versum* a de plus un but protecteur en faveur du tiers contractant. En effet, l'institution permet au créancier qui contracterait avec un esclave, qu'il peut croire *sui iuris* ou posséder un pécule, d'éviter de se retrouver démuné de toute action pour obtenir satisfaction. Si l'esclave n'a pas de pécule, le tiers n'aura pas d'action *de peculio*, mais il conservera l'espoir de pouvoir démontrer un *versum* au patrimoine du maître. On comprend la nécessité d'une telle institution pour le bien de l'économie. Ainsi, tous les acteurs en profitent d'une certaine façon, y compris l'esclave qui apparaît ici comme indépendant de son maître.

L'autonomie contractuelle dont l'esclave bénéficie dans cette institution contribue d'une certaine manière à diminuer l'écart qui le sépare de l'homme libre. Dans les faits, ils sont semblables, et dans le droit, les rapprochements sont tels qu'il est parfois difficile de les distinguer. Force est de constater que plus l'esclave est autonome, plus il s'éloigne de la définition de *res* pour s'approcher de celle de *persona*. Ainsi, l'ordre juridique romain, tout en s'efforçant de maintenir les grands principes issus de l'ancien droit civil, crée, par l'entremise du préteur¹⁶⁸², des concepts juridiques nouveaux et avant-gardistes¹⁶⁸³. On observe donc une véritable (r)évolution du droit tout au long de l'époque classique.

¹⁶⁸¹ Voir aussi la section « L'institution du pécule », p. 239 ss.

¹⁶⁸² En ce sens, voir : KUPISCH, p. 11, qui relève, dans l'activité du préteur, un moyen permettant d'éviter les conséquences indésirables de l'ancien droit civil.

¹⁶⁸³ Spécialement celui de la représentation directe.

PARTIE IV REMARQUES FINALES

A Rome, l'homme privé de *status familiae, civitatis* et *libertatis* n'a pas de personnalité juridique ; il n'a, pour reprendre un texte d'Ulpien, aucune capacité de droit civil *lato sensu* propre¹⁶⁸⁴ :

*D. 50, 17, 32 Ulpianus : Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur : non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt.*¹⁶⁸⁵

Ainsi appelle-t-on « esclave » l'homme qui est soumis à la puissance d'un autre homme¹⁶⁸⁶, quand on ne dit pas de lui qu'il n'est qu'un *instrumentum*¹⁶⁸⁷. Du point de vue réel, on considère l'esclave comme une chose, un objet de droit sur lequel le propriétaire exerce son *dominium* selon le droit quiritaire¹⁶⁸⁸. Mais le *servus* ne peut être une *res* comme les autres¹⁶⁸⁹, car dans les faits, il nous apparaît comme le semblable de l'homme libre. Il est doué de conscience et de volonté propres, il peut se mouvoir de manière autonome et interagir avec d'autres êtres humains.

¹⁶⁸⁴ Voir la section « L'esclave et la notion juridique de « personne » », p. 89 ss.

¹⁶⁸⁵ Traduction : Au regard du droit civil, les esclaves sont considérés inexistantes, mais il n'en est pas de même par rapport au droit naturel, suivant lequel tous les hommes sont égaux.

Voir aussi : le D. 28, 1, 20, 7 *Ulpianus*.

¹⁶⁸⁶ La *potestas* est le pouvoir personnel découlant du droit des gens que le maître exerce sur son subordonné : voir p. ex. Gai. 1, 52-54. Le texte de Gai. 1, 54 nous rappelle que ce pouvoir peut être exercé sur l'esclave par une personne qui peut ne pas être son propriétaire, comme un usufruitier.

¹⁶⁸⁷ C'est-à-dire un instrument d'acquisition pour le maître auquel il est soumis.

¹⁶⁸⁸ Le *dominium* est en quelque sorte le pendant réel du pouvoir personnel de *potestas* : voir p. ex. Gai. 1, 54, Gai. 1, 35, Gai. 1, 119, Gai. 2, 24 et surtout le D. 50, 16, 215 *Paulus*.

En ce sens, voir : MICOLIER, p. 12 ss, qui rappelle que l'esclave n'est ni sujet de droit civil, ni sujet de droit prétorien, mais bien objet de droit ; BUTI, p. 157, qui constate que l'esclave reste presque toujours confiné au statut de *res*, alors que sa reconnaissance en tant que *persona* est très limitée, voire inexistante.

Voir en outre la section « L'esclave et la notion juridique de « chose » », p. 111 ss.

¹⁶⁸⁹ Les Romains qualifient l'esclave de chose mancipable, et par cette définition, il entre dans la catégorie des objets précieux : cf. p. ex. le *Fragm. Ulp.* 19, 1.

Une telle réalité ne pouvait donc que s'opposer à la condition juridique de l'esclave, telle que définie par le *ius civile aut gentium*. Son statut de droit civil « imposé » apparaît alors comme incompatible (*contra naturam*) avec le droit naturel dont tous les êtres vivants sont en quelque sorte titulaires à Rome¹⁶⁹⁰. Aussi l'esclave est-il sujet du *ius naturale* au même titre que n'importe quel être humain¹⁶⁹¹. Cette réalité lui a permis de nouer des rapports de droits ou d'obligations dits naturels avec son maître ou des tiers ; mais avant l'intervention du prêteur, la sécurité de telles relations restait précaire, hormis les quelques effets de droit qu'elles pouvaient déployer sur le plan civil au sens large, parfois toutefois toujours de manière « boiteuse »¹⁶⁹², comme l'impossibilité de répéter une prestation due et exécutée¹⁶⁹³.

D'ailleurs, pour contrecarrer l'insécurité juridique générée par cette capacité d'agir naturelle, les règles impératives de l'ancien droit civil étaient toujours réservées. Celles-ci pouvaient parfois priver de ses effets civils l'acte conclu sur la base du droit naturel, voire amener à en faire constater la nullité¹⁶⁹⁴. Le « *ius naturale* », bien que considéré comme le fondement nécessaire de l'ordre juridique romain, restait donc soumis aux règles spéciales et déroatoires du droit civil supérieur¹⁶⁹⁵ qui composaient le deuxième niveau de cet ordre¹⁶⁹⁶.

Mais le prêteur, soucieux de promouvoir l'évolution des pratiques commerciales, a souhaité remédier autant que faire se peut aux situations

¹⁶⁹⁰ Voir en ce sens : le D. 1, 5, 4, 1 *Florentinus*, qui indique que l'esclavage est une institution du droit des gens, par laquelle un homme est soumis au pouvoir d'un autre contre le vœu de la nature.

¹⁶⁹¹ Voir la section « Les sources du droit », p. 52 ss.

¹⁶⁹² Voir à ce sujet la section « Les actes effectués *cum servo sine peculio* et sans autorisation ou « préposition » », p. 325 ss.

¹⁶⁹³ Voir la section « *Obligatio naturalis* – généralités », p. 172 ss.

¹⁶⁹⁴ Voir la section « Les règles restrictives révélant l'incapacité juridique de l'esclave », p. 127 ss.

¹⁶⁹⁵ Et notamment les principes hérités de l'ancien droit civil. Voir : les D. 1, 3, 19-21 *Iulianus*, *Neratius*, *Celsus* et le D. 1, 4, 2 *Ulpianus*.

Voir en outre la note 122.

¹⁶⁹⁶ Le droit civil octroyait les compétences spéciales et le droit naturel les compétences résiduelles.

Voir aussi la section « Les sources du droit », p. 52 ss.

défavorables à l'économie. Son *imperium* lui a donc permis d'introduire des idées nouvelles et de créer ou modifier un certain nombre d'institutions dans le *ius civile* au sens large. Tout en respectant les grands principes du droit civil qu'il intègre, le *ius praetorium aut honorarium*¹⁶⁹⁷ a permis d'établir diverses passerelles entre les différentes couches de normes. Il a donné aux rapports reconnus en droit naturel un impact d'autant plus marqué dans le *ius civile* au sens large¹⁶⁹⁸, et a contribué à atténuer un système de droit très restrictif, voire impossible, spécialement en ce qui concerne les rapports bilatéraux conclus par des *alieni iuris*¹⁶⁹⁹.

Le préteur a ainsi créé trois types d'institutions : celles où les actes de l'esclave sont conclus directement au regard du patrimoine propre du maître (*iussum* et *praepositiones*), celle, intermédiaire, où le résultat des actes se réalise objectivement dans le patrimoine du maître (*versum*), et celles où les actes sont conclus au regard d'un pécule ou d'une *merx peculiaris* :

D. 14, 5, 1 Gaius : Omnia proconsul agit, ut qui contraxit cum eo, qui in aliena potestate sit, etiamsi deficient superiores actiones, id est exercitoria institoria tributariae, nihilo minus tamen in quantum ex bono et aequo res patitur suum consequatur. sive enim iussu eius, cuius in potestate sit, negotium gestum fuerit, in solidum eo nomine iudicium pollicetur : sive non iussu, sed tamen in rem eius versum fuerit, eatenus

¹⁶⁹⁷ Voir au sujet de cette interpénétration : BUTI, p. 5 et 158, qui constate que les grands principes de l'ancien droit civil subirent graduellement un adoucissement et même un bouleversement, à cause du *ius praetorium*, par influence au moins en partie du *ius naturale* ; APATHY, Z. S. S. 96 (1979), p. 406.

Voir aussi la note 1569.

¹⁶⁹⁸ Notamment par l'intermédiaire de toutes les actions adjectives qu'il accorde contre le *dominus* : cf. le D. 46, 1, 16, 4 *Iulianus*, qui qualifie l'action adjectice prétorienne d'*aliqua actio* ; le D. 15, 1, 2 *Pomponius*, qui souligne que l'action de *peculio* fait partie des actions adjectives prétoriennes ; le D. 44, 7, 25, 2 *Ulpianus*, qui précise que toutes les actions sont soit civiles, soit prétoriennes (dans le même sens : cf. le D. 46, 1, 11 *Iulianus*).

Voir aussi : MICOLIER, p. 753.

¹⁶⁹⁹ Voir p. ex. : BRÓSZ, p. 332.

Voir en outre la section « Les institutions relatives aux actions *adiecticiae qualitatis* », p. 195 ss.

*introducitur actionem, quatenus in rem eius versum fuerit : sive neutrum eorum sit, de peculio actionem constituit.*¹⁷⁰⁰

Ainsi, dans l'institution du *iussum*¹⁷⁰¹, nous l'avons vu, le maître adresse une autorisation de contracter tant au tiers qu'à son esclave ; elle est synonyme d'une volonté délibérée de celui-là de permettre des actes d'engagement. Il doit connaître les circonstances dans lesquelles l'esclave va agir et le vouloir expressément. Dans l'hypothèse du *iussum*, l'esclave engage le patrimoine propre du *dominus*. Il agit au nom et pour le compte du maître, comme le ferait un représentant direct ou un simple messenger, c'est-à-dire avec le consentement explicite du maître. Sa marge de manœuvre est très limitée, raison pour laquelle certains auteurs ont qualifié l'esclave d'*instrumentum* de son maître, comme pour le cas des acquisitions faites en sa faveur. La responsabilité contractuelle du maître est donnée en ce cas *in solidum*, c'est-à-dire pour l'entier du droit ou de la créance du tiers, et grève le patrimoine propre ou central de celui-ci.

Dans le système des *praepositiones*¹⁷⁰², il n'y a pas besoin d'autorisation de contracter pour chaque acte conclu entrant dans la portée de la « préposition ». L'esclave reçoit une forme d'autorisation générale d'agir au regard du patrimoine de son maître, mais pour une activité commerciale définie. Le maître a donc conscience qu'il consacre une fraction de son patrimoine à une entreprise commerciale dirigée par son esclave. Il ne consent plus à chaque convention conclue par son subordonné, ce qui laisse à celui-ci une large autonomie. Mais l'esclave

¹⁷⁰⁰ Traduction : Le proconsul fait de son mieux pour que celui qui a contracté avec une personne sous puissance ne soit pas déchu de ce que la justice lui réserverait équitablement, même si aucune des actions susmentionnées ne venait à s'appliquer, soit l'action en conséquence d'une « préposition » à un navire ou à un commerce, ou encore l'action « distributive ». Si une affaire était autorisée par le détenteur de la puissance, le cocontractant aurait l'action pour le tout. Dans les cas où l'affaire ne serait pas autorisée par ce dernier et que néanmoins elle tourne à son profit, le proconsul accorde une action jusqu'au montant de ce bénéfice. Dans les autres cas, il a créé une action sur le pécule.

Ce texte figure au début du Titre V du Livre XIV du Digeste traitant du cas des affaires conclues avec une personne soumise à la puissance d'autrui : *Quod cum eo qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur*.

¹⁷⁰¹ Voir la section « Le *iussum* – *actio quod iussu* », p. 197 ss.

¹⁷⁰² Voir la section « La « préposition » et le système des actions exercitoria et institoria », p. 215 ss.

agit toujours au nom et pour le compte de son maître, comme une sorte de représentant direct ou fondé de pouvoirs. La responsabilité pour les conventions conclues dans les limites de la *praepositio* engage également le maître *in solidum*, mais uniquement par rapport à un ensemble de transactions commerciales déterminées.

L'institution du *versum*¹⁷⁰³ se situe à la charnière des institutions intéressant le seul patrimoine du maître et celles exigeant l'existence d'un pécule. Dans cette institution, chaque fois qu'il est démontré qu'un acte bilatéral de l'esclave a profité objectivement au maître, le tiers bénéficie d'une action *in solidum*¹⁷⁰⁴ à raison de cet « enrichissement » (*versum*). Outre les cas où l'esclave agit en son nom mais sans pécule, l'institution couvre tous les cas où l'origine de la capacité contractuelle de l'esclave paraît incertaine, c'est-à-dire ceux où l'on ignore ou doute à quel titre il a agi. La volonté du maître faisant ici défaut, ce sont des critères objectifs restrictifs qui lui ont été en quelque sorte substitués¹⁷⁰⁵. Le prêteur a estimé que l'« enrichissement » objectif correspondant à la prestation que le tiers a effectuée, doit lui permettre de réclamer au maître une contreprestation plus ou moins de même valeur. A noter que, dans le cadre de cette institution, le maître peut ne pas être informé des actes accomplis par son esclave, mais néanmoins être tenu pour responsable. La limite de ce type de responsabilité, fort utile pour le tiers, réside cependant dans le fait que ses conditions sont très difficiles à prouver.

Dans l'institution du pécule¹⁷⁰⁶, la volonté du maître est matérialisée dans la concession d'un quasi-patrimoine - le *peculium* -, et dans le souhait que l'esclave l'administre. Cette volonté générale n'est exprimée qu'une seule fois et peut même être tacite. L'esclave devient ainsi maître de décider seul de tout rapport de droit particulier conclu au regard de son pécule, même si le maître l'ignore ; il accède à une grande autonomie, qui lui permettra, dans le meilleur des cas, de racheter un jour

¹⁷⁰³ Voir la section « Le *versum in rem* et l'*actio de in rem verso* », p. 433 ss.

¹⁷⁰⁴ La notion d'*in solidum* reçoit ici un sens impropre, puisque l'étendue de la réparation dépendra de critères objectifs externes à la réelle contre-valeur de la prestation du tiers. Voir les explications y relatives à la section « Étendue de la responsabilité », p. 385 ss.

¹⁷⁰⁵ Voir, en guise de rappel : le D. 15, 3, 5, 2 *Ulpianus*.

¹⁷⁰⁶ Voir la section « L'institution du pécule », p. 239 ss.

sa liberté¹⁷⁰⁷. De plus, le maître accepte, même s'il l'ignore, que les actes conclus par l'esclave en son propre nom et d'une certaine manière pour son compte (c'est-à-dire pour le compte du pécule), l'engagent sur son patrimoine propre. En contrepartie, la responsabilité n'est alors plus donnée *in solidum*, mais se trouve limitée à raison de la valeur de ce pécule (*dumtaxat de peculio*), et le maître conserve un certain nombre de privilèges destinés à compenser tant la limitation de son pouvoir, que le risque d'être tenu par ce type de responsabilité.

L'*actio tributoria*¹⁷⁰⁸ est quant à elle donnée dans le cas où l'esclave effectuerait des transactions commerciales au regard d'une partie de son pécule destinée à un type de commerce particulier¹⁷⁰⁹. Le maître doit être ici conscient que l'esclave effectue un tel type de commerce. L'esclave est ainsi libre de conclure tout acte commercial en relation avec l'étendue du pécule vouée à ce commerce. Le pendant est toutefois qu'une mauvaise gestion commerciale peut très rapidement entraîner de lourdes conséquences, tant pour l'esclave que pour le maître. En effet, si un tiers mécontent actionne le *dominus*, ce dernier sera appelé à concourir avec les autres créanciers à la liquidation et à la répartition de la *merx*. Dans ce cas, le résultat de la responsabilité vise directement le pécule à raison du fonds commercial particulier, non le patrimoine propre du maître, bien qu'économiquement et juridiquement ce soit en fin de compte bien le patrimoine central du maître qui en est affecté. De plus, il se peut que des créanciers requièrent la rectification du partage de la masse, ce qui impose que chacun des créanciers restitue, au *pro rata* de ses créances, l'éventuel surplus reçu¹⁷¹⁰.

C'est donc en concevant un système de représentation et en rattachant d'une manière ou d'une autre à la volonté du maître les

¹⁷⁰⁷ Voir la note 843 au sujet du rachat de liberté.

¹⁷⁰⁸ Voir la section « La *merx peculiaris* – l'*actio tributoria* », p. 401 ss.

¹⁷⁰⁹ On peut relever l'analogie intéressante de cette institution à celle des *praepositiones*, mais si l'une (les *praepositiones*) intéresse un domaine commercial particulier concernant le patrimoine propre du *dominus*, l'autre (la *merx peculiaris*) concerne un domaine commercial particulier du pécule de l'esclave.

¹⁷¹⁰ Voir la section « La portée de l'action *tributoria* », p. 422 ss.

Notre droit contemporain a conservé la trace d'une telle institution p. ex. à l'art. 636 CC.

différentes institutions commerciales auxquelles l'esclave peut accéder¹⁷¹¹, excepté le cas du *versum*¹⁷¹², que l'œuvre du prêteur a pu se réaliser¹⁷¹³.

Ainsi, selon l'institution en cause, on constate que moins l'expression de la volonté du maître est requise, plus l'esclave apparaît comme autonome et reçoit des libertés ; en parallèle et inversement, le pouvoir du maître sur son esclave tend proportionnellement à s'amenuiser, de même que l'étendue de sa responsabilité¹⁷¹⁴. D'une autre manière, plus le consentement du maître apparaît comme essentiel¹⁷¹⁵, plus sa responsabilité est étendue ; on dit que celle-ci est alors donnée pour le tout (*in solidum*)¹⁷¹⁶. Au contraire, dans les cas où le consentement du maître est moins important, sa responsabilité est plus limitée¹⁷¹⁷ :

¹⁷¹¹ Voir les textes suivants qui soulignent le rapport avec la volonté du maître : Gai. 4, 71, qui justifie la responsabilité *in solidum* des *praepositiones* par le fait que l'acte de l'esclave a été conclu de la volonté du maître (dans le texte : *ex voluntate*) ; le D. 15, 3, 5, 2 *Ulpianus*, qui met très clairement en rapport l'acte de volonté expresse du maître (dans le texte : *voluntate eius*) et sa responsabilité *quod iussu* ; le D. 14, 4, 1, 3 *Ulpianus*, où pour l'institution de *tributoria actione*, on se réfère à la volonté passive du maître (*patientia*) (voir les explication relatives à la *patientia* dans la section « La *scientia* - l'élément subjectif », p. 406 ss) ; le D. 15, 1, 46 *Paulus*, qui se réfère à la permission générale du maître (*permisum*) pour l'institution du pécule.

¹⁷¹² Voir, en guise de rappel : Gai. 4, 72a.

Rappelons cependant que les conditions pour obtenir satisfaction par l'*actio de in rem verso* sont restrictives et difficiles à prouver, car elles suppléent d'une certaine manière la volonté du maître faisant défaut : cf. la section « La nécessité ou l'utilité de l'acte de gestion dans l'intérêt du maître », p. 454 ss, et la section « Les conditions à l'action », p. 457 ss.

¹⁷¹³ Voir la section « Les actes juridiques – le principe de la non-représentation », p. 121 ss.

¹⁷¹⁴ Voir aussi : BUTI, p. 148 ss ; BRINKHOF, p. 242.

¹⁷¹⁵ Exception faite du *versum*.

¹⁷¹⁶ Voir p. ex., en guise de rappel pour les responsabilités données *in solidum* : Gai. 4, 70, pour l'institution du *iussum* ; Gai. 4, 71, pour les *praepositiones* ; Gai. 4, 72a à la fin, pour le *versum in rem*, mais le texte de Gaius exprime plus une étendue de responsabilité limitée à raison de l'enrichissement, que pour le tout. En effet, l'institution du *versum* conçoit la notion d'*in solidum* de manière spécifique (cf. la section « Étendue de la responsabilité », p. 461 ss).

Voir encore : les Iust. Inst. 4, 7, 8, qui tend, pour les actions données *in solidum*, à la création d'une action directe universelle contre le maître. A ce sujet, voir la section « Evolution vers une action universelle », p. 465 ss.

Au sujet de la responsabilité *in solidum*, voir : BUTI, p. 126 ss.

¹⁷¹⁷ Voir à ce sujet : le D. 15, 1, 1, pr. *Ulpianus*, qui indique que le prêteur a entendu traiter d'abord des rapports contractuels effectués par l'*alieni iuris* qui donnent contre le maître une action pour le tout, et ensuite de ceux qui n'obligent le *dominus* qu'à raison du pécule ; le D. 14, 1, 1, 22 *Ulpianus*, qui précise que si l'esclave exerce un commerce de la volonté du maître, ce dernier

D. 14, 1, 1, 20 *Ulpianus (Pomponius)* : [...] *et ita videtur et Pomponius significare, si sit in aliena potestate, si quidem voluntate gerat, in solidum eum obligari, si minus, in peculium.*¹⁷¹⁸

Ces limitations de responsabilité soulignent probablement le souhait qu'avait le préteur de compenser l'amointrissement du pouvoir du maître et la diminution des avantages et de la sécurité que lui octroyait auparavant le *ius civile* au sens strict¹⁷¹⁹.

Toutes ces institutions sont distinctes les unes des autres ; elles offrent chacune à l'esclave pour ainsi dire une capacité d'agir « prétorienne » spéciale, entraînant des conséquences juridiques différenciées et accordant au tiers les moyens d'action particuliers y afférents. Il arrive cependant souvent qu'elles se superposent et se complètent, élargissant les « capacités »¹⁷²⁰ d'agir du *servus* et le choix des actions possibles ; en effet, selon les circonstances de la cause et les conditions d'accès à telle ou telle action, le tiers doit parfois choisir celle qui est possible et lui paraît la plus favorable¹⁷²¹. Dans le doute, l'action *de*

sera tenu *in solidum* et qu'inversement, s'il le fait sans sa volonté, la responsabilité ne vaudra que *dumtaxat de peculio* ; le D. 14, 1, 6, pr. *Paulus*, qui dit que si l'esclave exerce un commerce maritime sans le consentement de son maître (*non voluntate*), il l'engagera néanmoins sur la *merx*, si ce dernier en a connaissance (*sciente*), et dans le cas contraire (*ignorante*), uniquement sur le pécule.

¹⁷¹⁸ Traduction : [...] C'est ce qui fait dire à Pomponius qu'il y a action pour le tout contre le détenteur de la puissance, quand son subordonné conclut des affaires de sa volonté, et qu'autrement l'action ne peut avoir lieu qu'à concurrence du pécule.

¹⁷¹⁹ Notamment par rapport au principe qui voulait que l'esclave ne puisse rendre la situation de son maître plus mauvaise : cf. le D. 50, 17, 133 *Gaius*. Voir à ce sujet la section « Le cas des acquisitions gratuites - sans contreprestation - par les personnes « en puissance » », p. 132 ss.

¹⁷²⁰ Le pluriel est volontairement utilisé ; en effet, il apparaît que l'esclave n'a pas une capacité d'agir, mais plusieurs, dépendantes des institutions auxquelles elles se rapportent.

¹⁷²¹ Voir à ce sujet p. ex. : le D. 15, 3, 16 *Alfenus*, expliqué en note 840, où l'on peut observer que le tiers renonce à l'action *quod iussu* « au profit » des actions *de peculio* ou *de in rem verso* ; Gai. 4, 69 ss, qui retrace la genèse des différentes actions existantes et de leurs rapports interdépendants ; le D. 15, 1, 27, pr. *Gaius (Iulianus)*, où l'action *tributoria* est donnée si le maître a connaissance du commerce entrepris par son esclave, et à tout le moins, l'action *de peculio* considérée comme une sorte d'action générale. Le texte réserve par ailleurs la préférence des actions *quod iussu* ou *de in rem verso* quand elles peuvent être intentées. Dans le même sens, voir : le D. 14, 4, 9, 1 *Ulpianus*, qui indique que l'on devra choisir entre l'action *de peculio* ou l'action *tributoria*, car si on en a intenté une, on ne pourra pas intenter l'autre. Voir encore : le D. 14, 5, 4, 5 *Ulpianus (Proculus, Celsus)*, cité et expliqué en note 1727 ; le D. 15, 3, 1, 1 *Ulpianus*, qui précise que dans les cas où l'action *de peculio* fait défaut, p. ex. suite à une *ademptio* de bonne foi ou si l'année à compter de la mort de

peculio paraît être l'action générale et subsidiaire que le tiers peut intenter dans la quasi-totalité des cas où il apparaît que l'esclave contracte de manière autonome¹⁷²², voire dans le cas où le maître aurait interdit l'acte¹⁷²³. Il n'est de plus pas impossible que quelques paradoxes surgissent, notamment lorsque le tiers, qui aurait contracté sur la base d'un *iussum* ou d'une *praepositio* du maître, peut intenter l'action sur le pécule¹⁷²⁴.

Il incombera donc au tiers créancier de prouver, devant le juge, que les conditions de telle ou telle action sont réalisées ; parfois, dans la difficulté, le prêteur accordera au tiers qui la demande, une action avec

l'esclave est dépassée (cf. l'*actio annalis*), le tiers peut tenter de prouver que les conditions d'un *versum* sont réunies et actionner le maître *de in rem verso* ; le D. 15, 3, 1, 2 *Ulpianus* (*Pomponius, Iulianus*), qui paraît présenter l'action *de in rem verso* comme avantageuse par rapport à l'action *de peculio* ; le D. 15, 3, 5, 2 *Ulpianus*, qui indique que l'acte de l'esclave conclu de la volonté expresse de son maître ouvre la voie à l'*actio quod inssu*, et qu'au contraire, l'acte accompli sans la volonté du *dominus* ne pourrait octroyer que l'*actio de in rem verso*, et subsidiairement l'*actio de peculio* ; le D. 14, 3, 17, 4 *Paulus* (*Proculus*), où l'interdiction donnée par le maître à l'esclave de contracter dans les limites du commerce pour lequel il a été préposé n'empêche pas ce dernier de conclure un acte vis-à-vis de son pécule, voire de provoquer un *versum* ; le D. 14, 1, 6, pr. *Paulus*, où l'action que le tiers peut intenter, *exercitoria, tributoria* ou *de peculio*, diffère selon le degré de volonté du maître.

Voir de manière générale au sujet de l'indépendance et/ou interdépendance des institutions, les notes 839 et 840, et en outre la note 1578 qui traite des rapports entre l'action *de in rem verso* et l'action *de peculio*.

Voir en outre à propos des rapports entre ces actions : LEVY, *Die Konkurrenz*, p. 1 ss, spéc. p. 150 ss, 238 ss et 331 ss ; FERRINI, *Z. S. S.* 21 (1900), p. 190 ss.

¹⁷²² Voir, dans le sens de l'action *de peculio* considérée comme générale et subsidiaire : le D. 15, 1, 27, pr. *Gaius* (*Iulianus*) ; Gai. 4, 74a, qui traite de la subsidiarité par rapport à l'*actio tributoria* ; le D. 15, 3, 5, 2 *Ulpianus* ; le D. 14, 3, 17, 1 *Paulus*, qui semble souligner que, lorsque l'esclave a un pécule, ce pécule sert d'une certaine manière de garantie générale.

¹⁷²³ Cf. la note 984.

¹⁷²⁴ Voir p. ex. : Gai. 4, 74 et le D. 14, 5, 4, 5 *Ulpianus*. En effet, si l'acte est conclu sur l'autorisation du maître ou sur *praepositio*, et par conséquent inscrit sur le compte de son patrimoine propre, comment concevoir une responsabilité à raison du pécule ? Gaius et Ulpian ont très certainement voulu démontrer l'adage « qui peut le plus, peut le moins », et peut-être aussi souhaité indiquer qu'en cas de doute sur la nature de la convention conclue par le *servus*, le tiers conserverait toujours, pour se satisfaire, la garantie minimale conférée par la possibilité d'intenter l'action *de peculio*, lorsque l'esclave est pourvu d'un pécule.

Sur cette question, voir : MANDRY, II, p. 360 ; BUTI, p. 202 s.

Voir en outre à ce sujet les notes 839 et 840.

les deux chefs de condamnation (*de peculio et de in rem verso*)¹⁷²⁵. L'intelligence et la stratégie guideront ainsi le tiers notamment dans le choix des moyens à intenter et des preuves à établir, pour éviter qu'il ne perde son droit à être satisfait¹⁷²⁶. La *litis contestatio*, et à plus forte raison l'autorité de chose jugée, entraînent en effet l'impossibilité d'ouvrir une nouvelle action sur le même objet¹⁷²⁷. De plus, excepté le cas de l'*actio tributoria* où tous les créanciers sont appelés à concourir, dans les autres actions, le premier créancier à obtenir le jugement sera le premier satisfait :

*D. 14, 5, 3 Ulpianus : [...] et si quidem sint creditores, qui, cum esset alienae potestatis, cum eo contraxerunt, recte dicetur occupantis meliorem esse condicionem, nisi si quis privilegiarius veniat [...].*¹⁷²⁸

L'étude de ces institutions nous montre que le rôle essentiel du préteur a donc été de rendre les relations commerciales, considérées comme ingrates¹⁷²⁹, accessibles à l'esclave. Il va de soi que son travail

¹⁷²⁵ Ainsi, si la voie de la responsabilité *in solidum* du *dominus* n'est pas donnée, il reste au tiers la voie de la responsabilité limitée.

Voir à ce sujet la note 1577.

¹⁷²⁶ Cela ressort particulièrement de Gai. 4, 74, où Gaius soulève que le tiers qui peut intenter l'une ou l'autre action *in solidum* n'aura pas la bêtise de se mettre en difficulté pour prouver qu'un pécule existe, ou qu'il y a eu *versum*.

¹⁷²⁷ En ce sens, voir : Gai. 3, 180, Gai. 4, 107 et Gai. 4, 120-123. Voir en outre p. ex. : le D. 14, 4, 9, 1 *Ulpianus*, qui le précise clairement lorsque sont en concours l'action *de peculio* et l'action *tributoria* pour la même cause ; en effet, il faut choisir une action et si on aboutit à la *litis contestatio*, on ne pourra pas intenter l'autre. Mais si on peut agir pour deux causes différentes, on garde la possibilité d'intenter les deux actions, chacune pour une cause. Voir encore : le D. 14, 5, 4, 5 *Ulpianus* (*Proculus, Celsus*), qui indique que celui qui aurait actionné *de peculio* alors qu'il aurait pu le faire *quod inssu*, perdra ensuite la deuxième voie d'action, sauf s'il croyait ne pas avoir d'autre possibilité. Ce texte souligne donc également que plusieurs institutions peuvent co-exister simultanément : en l'espèce, l'institution du pécule et celle du *inssum*. Voir en outre : le D. 15, 1, 19, pr. *Ulpianus*.

Voir de plus les développements de : MANDRY, II, p. 265 ss ; LEVY, Die Konkurrenz, p. 1 ss, spéc. p. 150 ss, 238 ss et 331 ss.

¹⁷²⁸ Traduction : [...] S'il y a plusieurs créanciers qui aient contracté avec une personne dans le temps où elle était sous puissance, on doit préférer celui qui actionne et obtient en premier le jugement, excepté les cas où se présente un créancier privilégié [...].

¹⁷²⁹ Cf. : *Cicero, De Officiis*, I, 42.

devait s'insérer principalement dans l'idée du développement économique général ; mais finalement, on observe qu'il a aussi promu, serait-ce malgré lui, la reconnaissance de la dignité de l'esclave en tant que personne humaine, douée de raison et fondamentalement semblable à tout homme libre.

La philosophie, le droit naturel et plus tard, le christianisme, ont probablement contribué à atténuer les différences de condition entre les hommes. Les juristes ont quant à eux amené une multitude de questionnements participant au perfectionnement du droit, comme en témoigne le nombre de sources vouées notamment à l'étude des rapports où l'esclave apparaît comme acteur principal¹⁷³⁰. Mais c'est dans les différentes difficultés et paradoxes rencontrés, lors de l'établissement des révolutions prétorienne dans le paysage du droit romain, que nous devons comprendre que l'esclavage est une institution inconciliable avec tout ordre juridique fondé sur le sentiment de justice et d'équité.

¹⁷³⁰ Voir : APATHY, Z. S. S. 96 (1979), p. 406, qui pense que le grand nombre de sources traitant des rapports commerciaux des esclaves est dû à un facteur socio-factuel. Selon Brinkhof, *Een Studie over het peculium*, qu'Apathy résume dans son compte-rendu, les fils de famille ne faisaient pas carrière dans le commerce. Nous pensons néanmoins que le nombre de sources témoigne plutôt des difficultés rencontrées par les juristes à concilier les différentes règles trouvant à s'appliquer, lorsqu'il s'agit de faire intervenir un objet de droit dans un rapport contractuel s'établissant par définition entre des personnes.

Table des matières

PARTIE I Introduction générale.....	39
Chapitre I Introduction.....	41
Chapitre II Remarques préliminaires	51
Paragraphe 1 Institutions et terminologie	51
Paragraphe 2 Les sources du droit	52
Section 1 Le <i>ius naturale</i>	55
Section 2 Le droit « positif » de l'époque classique	62
A. Le <i>ius civile</i>	62
B. Le <i>ius gentium</i>	65
Section 3 Réminiscence du droit naturel.....	72
Paragraphe 3 La controverse doctrinale sur l'existence des droits subjectifs	76
PARTIE II Le statut de l'esclave	87
Chapitre I L'esclave et la notion juridique de « personne » ..	89
Paragraphe 1 La notion de personnalité juridique dans le droit classique romain.....	90
Section 1 Les <i>status</i>	94
A. Le <i>status libertatis</i> ou la clé de la personnalité civile	95
B. Le <i>status civitatis</i>	96
C. Le <i>status familiae</i>	101
Section 2 Synthèse du système	107
Section 3 La condition de l'esclave par rapport à la notion juridique de « personne »	109
Chapitre II L'esclave et la notion juridique de « chose »	111
Paragraphe 1 La définition juridique de « chose ».....	111
Paragraphe 2 La condition de l'esclave par rapport aux choses	113
Section 1 L'esclave comme entité délimitée et particulière.....	113
Section 2 L'esclave comme entité accessible, utile et aliénable	114
Section 3 L'esclave comme objet de maîtrise.....	115
A. La maîtrise de fait (possession).....	115
B. La maîtrise droit (propriété, usufruit)	115
Paragraphe 3 Synthèse et conclusion	116
PARTIE III L'autonomie de l'esclave et sa capacité d'interagir avec des tiers.....	119
Chapitre I Les actes juridiques – le principe de la non- représentation	121
Paragraphe 1 Généralités	121

Paragraphe 2	Les règles restrictives révélant l'incapacité juridique de l'esclave.....	127
Section 1	L'incapacité juridique générale.....	127
Section 2	L'incapacité patrimoniale.....	128
Section 3	L'incapacité à assumer des droits ou obligations civiles.....	128
Section 4	L'incapacité d'ester en justice.....	130
Section 5	Le cas des acquisitions gratuites - sans contrepartie - par les personnes "en puissance".....	132
A.	Les règles générales.....	133
B.	Le cas des stipulations.....	137
C.	L'esclave en copropriété et les personnes ayant une situation avantageuse sur celui-ci.....	139
Paragraphe 3	Conclusion intermédiaire.....	143
Chapitre II	Les actes contractuels et l'autonomie de l'esclave .	149
Paragraphe 1	Généralités.....	151
Section 1	L'obligation civile romaine.....	151
A.	Les sources.....	151
B.	La définition.....	151
C.	La cause contractuelle.....	153
D.	L'action.....	154
E.	La stipulation.....	155
Section 2	L'élément subjectif (conscience et volonté) dans les contrats.....	156
A.	Les règles générales.....	156
B.	La casuistique relative à la conscience et la volonté de l'esclave.....	161
C.	Synthèse.....	169
Section 3	L' <i>obligatio naturalis</i> – généralités.....	172
A.	Les origines.....	172
B.	Les caractéristiques de l'obligation naturelle.....	179
C.	Synthèse.....	186
Paragraphe 2	Les actes contractuels bilatéraux accomplis par l'esclave – le système de la « représentation »..	189
Paragraphe 3	Les institutions relatives aux actions <i>adiecticiae qualitatis</i>	195
Section 1	Introduction.....	195
Section 2	Les cas hors pécule : le <i>iussum</i> et la <i>praepositio</i> comme semblants d'autonomie.....	197
A.	Le <i>iussum</i> – l' <i>actio quod iussu</i>	197
a.	Définition et effets.....	197
b.	La forme du <i>iussum</i>	201
c.	Le <i>iussum</i> des acquisitions gratuites - sans contrepartie - et le <i>iussum</i> des engagements.....	202

d.	L'action <i>quod iussu</i>	203
e.	La conclusion d'un acte par l'esclave sur la base d'un <i>iussum</i> de son maître est-elle distinguée de celle effectuée au nom de ce dernier ?.....	205
f.	Conclusion	211
g.	Le rapport entre les règles générales et spéciales	213
B.	La préposition " et le système des actions <i>exercitoria</i> et <i>institoria</i> ..	215
a.	Introduction et définitions	215
b.	La « préposition » - <i>praepositio</i>	218
c.	L'action exercitoire et institoire	228
i.	Définition et conditions de l'action	228
ii.	Nature et portée	229
iii.	Procédure	234
d.	Conclusion	234
Section 3	L'institution du pécule et la <i>merx peculiaris</i>	239
A.	Introduction.....	239
B.	Qualification juridique du pécule	248
a.	La notion de patrimoine romain	248
b.	Composition du pécule - la définition objective.....	257
i.	La définition générale	258
ii.	L'actif	259
iii.	Le passif	261
iv.	Le pécule comme universalité de droits et d'obligations.	263
v.	L'unité du pécule	265
Le vicaire (<i>vicarius</i>).....	265	
La merx (lot de marchandises) comme partie intégrante du pécule.....	266	
L'esclave en copropriété	266	
vi.	Les autres caractéristiques objectives.....	267
Le pécule comme valeur pécuniaire.....	267	
Les augmentations et diminutions du pécule	269	
Le « titulaire » du pécule	271	
c.	La <i>concessio</i> et l' <i>administratio</i> - la définition subjective du pécule	278
i.	La <i>concessio</i> relative à la constitution du pécule.....	279
ii.	L'extinction du pécule – l' <i>actio annalis</i>	288
Le décès de l'esclave.....	288	
L'aliénation de l'esclave <i>sine peculio</i> ou <i>cum peculio</i>	289	
L'affranchissement	292	
L' <i>ademptio</i>	296	
Le pécule <i>in quo nihil est</i>	298	
iii.	L' <i>administratio</i> ou <i>libera administratio</i>	300
Etendue	304	

	Les actes d'acquisition gratuits	304
	Les actes de disposition	307
	Les actes bilatéraux.....	309
C.	L'esclave agit-il comme un représentant de son maître vis-à-vis du tiers contractant ?	311
	a. Les actes conclus <i>servi nomine</i> ou <i>peculiari nomine</i>	311
	i. Les actes conclus <i>servi nomine</i>	311
	ii. Les actes conclus <i>peculiari nomine</i>	314
	b. L'aspect technique et matériel	317
	c. S'agit-il d'un phénomène de représentation indirecte ?	321
	d. Synthèse	322
D.	Les rapports externes.....	325
	a. Les actes effectués <i>cum servo sine peculio</i> et sans autorisation ou « préposition ».....	325
	b. Les actes <i>ex ante gesto</i>	333
	c. Les actes bilatéraux accomplis <i>cum servo cum peculio</i>	336
	i. Introduction	336
	ii. Le rapport naturel entre tiers et esclave	338
	iii. Le rapport « civil » <i>lato sensu</i> adjectice entre tiers et maître	340
	iv. Les liens entre le rapport naturel et le rapport civil – effet de solidarité et de libération	346
	v. La cession de créance	351
	vi. Les actes délictuels.....	352
E.	Les rapports internes	354
	a. Les rapports entre maître et esclave.....	354
	b. Les rapports entre esclaves du même maître	363
	c. Le <i>ius deductionis</i>	364
	i. Notion.....	365
	ii. La déduction dite « fictive » et la déduction matérielle.....	368
	iii. Le cas du pécule aliéné sans l'esclave	371
	iv. Le cas de l'aliénation de l'esclave avec son pécule.....	372
	v. Le cas de l'esclave aliéné sans son pécule.....	373
	vi. Le cas de l'acquéreur-créancier	373
	vii. Le cas de l'esclave affranchi	373
	viii. Synthèse	374
F.	La fidéjussion.....	375
G.	L' <i>actio de peculio</i>	377
	a. La définition	377
	b. Les conditions à l'ouverture d'action	379
	c. Le moment de l'estimation du pécule.....	383
	d. L'étendue de la responsabilité.....	385
	e. Le concours des créanciers.....	392
	f. L' <i>actio annalis</i>	394
H.	La <i>merx pecularis</i> – l' <i>actio tributoria</i>	401

a.	Définition de l'institution	401
b.	La <i>scientia</i> – l'élément subjectif.....	406
c.	La <i>merx</i> – l'élément objectif.....	409
d.	La procédure préliminaire à l'ouverture de l'action « distributive »	416
e.	La portée de l'action <i>tributoria</i>	422
f.	Protection particulière du tiers et perte des privilèges du maître.....	426
g.	Synthèse.....	427
I.	Conclusion	430
Section 4	Le <i>versum in rem</i> et l' <i>actio de in rem verso</i>	433
A.	Introduction – une institution indépendante	433
B.	Définition.....	437
a.	Le contexte d'application.....	437
b.	Essai d'une systématisation.....	438
c.	Emergence d'une conception de représentation directe...	443
C.	Le <i>versum</i> en tant qu' « enrichissement »	447
a.	L'élément objectif.....	447
b.	Absence de « contreprestation » du maître à un tiers ou à l'esclave.....	450
c.	L'esclave ne doit pas être débiteur du maître ou le devenir	452
d.	La connaissance de l'intention ou du but poursuivi par l'esclave	453
e.	La nécessité ou l'utilité de l'acte de gestion dans l'intérêt du maître	454
D.	L'action <i>de in rem verso</i>	457
a.	Les conditions à l'action	457
i.	Le <i>versum</i> objectif.....	457
ii.	La durée du <i>versum</i> – une condition supplémentaire nécessaire à l'action ?.....	458
iii.	Cas fortuits.....	459
iv.	Actes de portée interne	460
b.	Etendue de la responsabilité	461
c.	Procédure	464
d.	Evolution vers une action universelle	465
E.	Conclusion	468

PARTIE IV Remarques finales473

Index

Sauf indication contraire, les numéros correspondent aux pages (comprenant les notes de bas de page) où se trouve le mot recherché.

A

- à l'insu..... 166, 191, 201, 207, 282, 286, 332, 449, 456, 469
- abandon noxal 103, 352
- absolu..... 163, 241, 278, 331, 354
- accroître..... 242, 271
- achat. 67, 112, 155, 163, 167, 168, 200, 211, 215, 222, 230, 234, 260, 315, 336, 404, 413, 439, 441, 448, 463
- acquéreur 124, 284, 288, 289, 290, 291, 298, 350, 372, 373, 395, 396, 398, 459, 488
- acquisition .. 65, 70, 123, 132, 133, 135, 136, 137, 140, 141, 143, 147, 166, 167, 185, 189, 191, 197, 200, 203, 205, 206, 207, 208, 209, 211, 231, 270, 275, 284, 285, 287, 304, 305, 306, 309, 317, 318, 319, 327, 328, 330, 335, 348, 448, 473, 488
- acquisitions. 8, 103, 105, 132, 133, 135, 139, 141, 144, 145, 189, 190, 201, 202, 205, 206, 207, 208, 209, 211, 212, 250, 285, 287, 288, 304, 315, 321, 325, 327, 379, 431, 464, 476, 480, 486
- acte contractuel 48, 133, 153, 173, 187, 189, 192, 229, 230
- acte d'acquisition..... 284, 305, 327
- acte de disposition .. 277, 307, 309, 310, 327
- acte illicite..... 106, 358, 364, 457
- actes bilatéraux 309, 311, 314, 329, 335, 336, 380, 488
- actes de disposition 191, 287, 307, 308, 328, 337, 431, 452, 488
- actes délictuels 352, 353, 358, 488
- actes gratuits 149
- actes purement 144, 147, 208, 325, 338, 445
- actif..... 76, 77, 188, 200, 210, 231, 232, 233, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 256, 259, 260, 261, 264, 266, 271, 277, 283, 292, 298, 299, 306, 331, 332, 367, 368, 369, 370, 372, 379, 386, 387, 392, 393, 410, 414, 415, 417, 418, 425, 428, 437, 439, 442, 487
- actif net 386
- action .. 19, 21, 30, 33, 58, 60, 78, 82, 84, 85, 93, 97, 106, 108, 121, 122, 123, 124, 129, 130, 134, 135, 143, 147, 151, 152, 154, 155, 156, 157, 159, 161, 162, 163, 164, 168, 169, 170, 173, 174, 179, 180, 181, 182, 183, 185, 186, 187, 189, 192, 193, 195, 196, 197, 198, 199, 201, 202, 203, 204, 209, 210, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 239, 242, 243, 245, 247, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 259, 261, 262, 264, 266, 267, 268, 270, 276, 278, 279, 282, 283, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 297, 299, 300, 302, 303, 306, 308, 310, 312, 313, 314, 315, 316, 318, 319, 320, 321, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337, 340, 341, 342, 344, 345, 348, 349, 350, 351, 352, 355, 361, 362, 364, 365, 367, 370, 372, 374, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 401, 402, 403, 404, 406, 407, 408, 409, 410, 412, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 427, 428, 429, 433, 434, 435, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 454, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 471, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 486, 487, 488, 489
- actionnable..... 183, 221, 230, 314, 341, 350, 351, 352, 361, 367, 372, 373, 427, 451
- actionné.... 84, 130, 155, 180, 200, 203, 228, 229, 231, 233, 244, 260, 266, 290, 291, 293, 295, 298, 313, 314, 316, 318, 322, 323, 339, 353, 356, 361, 364, 365, 367, 368, 369, 370, 372, 373, 374, 376, 377, 378, 386, 390, 398, 399, 419, 423, 442, 450, 452, 482

actionner. 121, 130, 138, 156, 170, 180, 185,
 189, 200, 209, 219, 224, 228, 230, 231,
 232, 233, 234, 236, 242, 243, 244, 275,
 283, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 293,
 295, 296, 297, 305, 312, 314, 319, 321,
 323, 325, 330, 333, 334, 339, 343, 344,
 347, 348, 350, 352, 355, 360, 367, 371,
 373, 374, 375, 381, 383, 388, 389, 393,
 395, 397, 398, 406, 420, 421, 422, 430,
 437, 440, 441, 443, 445, 450, 457, 458,
 459, 461, 481

actions...8, 47, 48, 80, 83, 85, 90, 94, 97, 98,
 106, 147, 149, 154, 169, 181, 186, 191,
 192, 195, 215, 216, 217, 218, 227, 228,
 229, 230, 231, 232, 234, 235, 236, 241,
 242, 243, 246, 249, 250, 256, 271, 272,
 276, 287, 292, 295, 302, 314, 318, 319,
 349, 351, 352, 373, 377, 378, 382, 389,
 392, 401, 402, 403, 406, 407, 408, 424,
 427, 435, 440, 443, 444, 451, 461, 462,
 463, 465, 468, 475, 476, 479, 480, 481,
 482, 486, 487

ademptio....270, 280, 282, 283, 285, 286, 288,
 289, 292, 296, 297, 298, 303, 318, 320,
 340, 347, 348, 349, 360, 369, 371, 372,
 374, 381, 391, 392, 407, 434, 460, 461,
 468, 469, 480, 487

adiectivae qualitatis..1, 8, 23, 47, 48, 106, 147,
 149, 169, 181, 184, 186, 191, 195, 217,
 246, 403, 424, 427, 443, 451, 475

adjectice ..173, 180, 181, 185, 186, 221, 228,
 230, 232, 236, 293, 294, 295, 299, 314,
 323, 325, 331, 332, 334, 336, 338, 339,
 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347,
 348, 349, 350, 351, 352, 354, 360, 361,
 372, 375, 378, 379, 385, 387, 388, 389,
 390, 396, 402, 421, 430, 443, 450, 451,
 459, 465, 466, 475, 488

adjectices ..48, 106, 181, 195, 229, 235, 236,
 241, 242, 287, 296, 314, 330, 341, 342,
 343, 378, 389, 392, 401, 402, 403, 443,
 444, 465, 467, 468, 475

administratio ... 18, 29, 30, 105, 278, 280, 283,
 286, 287, 297, 298, 300, 301, 302, 303,
 304, 305, 307, 308, 309, 310, 311, 316,
 322, 325, 326, 333, 334, 335, 336, 337,
 338, 341, 356, 431, 487

administration...45, 105, 185, 225, 241, 245,
 254, 276, 281, 282, 287, 301, 303, 307,
 308, 309, 310, 321, 326, 335, 337, 339,
 341, 347, 391, 399, 441

administrer.....296, 303, 307, 310, 340, 345,
 363, 430, 454

adressage208, 209, 212

aequitas57, 72, 176

aes alienum253, 262

affranchi44, 58, 95, 104, 118, 124, 129, 179,
 183, 185, 224, 262, 265, 268, 271, 276,
 277, 288, 292, 293, 294, 295, 296, 308,
 313, 317, 318, 319, 320, 321, 326, 337,
 339, 341, 348, 349, 350, 352, 353, 355,
 367, 373, 374, 384, 385, 394, 395, 399,
 468, 488

affranchis42, 45, 95, 99, 293, 295, 339

affranchissement.... 19, 41, 69, 95, 109, 117,
 132, 141, 180, 183, 185, 224, 245, 246,
 261, 273, 276, 288, 292, 293, 294, 295,
 297, 302, 308, 311, 313, 317, 326, 337,
 349, 352, 353, 356, 358, 373, 374, 380,
 383, 384, 385, 395, 398, 399, 439, 450,
 451, 452, 487

agir1, 44, 47, 53, 76, 81, 87, 96, 119, 120,
 121, 135, 143, 149, 182, 192, 196, 198,
 200, 207, 208, 210, 211, 213, 220, 221,
 227, 228, 232, 233, 235, 237, 238, 245,
 283, 287, 297, 302, 304, 312, 313, 317,
 321, 325, 335, 368, 388, 405, 423, 437,
 441, 445, 456, 470, 474, 476, 480, 482

aliénable7, 112, 114, 117, 485

aliénation 250, 268, 288, 289, 290, 291, 295,
 297, 298, 307, 350, 371, 372, 373, 383,
 384, 385, 395, 396, 397, 398, 399, 487,
 488

alieni iuris... 93, 101, 102, 103, 105, 106, 108,
 122, 189, 200, 221, 230, 234, 251, 279,
 312, 344, 372, 379, 436, 437, 439, 440,
 442, 443, 454, 456, 466, 467, 470, 475,
 479

aliqua actio180, 181, 294, 344, 475

ancien droit.28, 73, 127, 144, 157, 190, 212,
 240, 241, 247, 258, 279, 287, 298, 304,
 306, 307, 317, 324, 326, 327, 329, 330,
 332, 348, 359, 382, 431, 440, 454, 466,
 469, 470, 471, 474, 475

animi motus157

annalis 35, 186, 268, 280, 283, 288, 289, 290,
 291, 293, 294, 297, 298, 350, 356, 365,
 367, 371, 372, 373, 374, 380, 383, 384,

385, 389, 390, 393, 394, 395, 396, 397,
398, 399, 435, 481, 487, 488

Antiquité..... 10, 28, 33, 37, 38, 41, 44, 52

appauvrissement..... 145, 190, 213, 442, 443

apud iudicem 384, 420

argent 97, 113, 128, 132, 152, 159, 162, 164,
180, 181, 209, 223, 226, 228, 239, 240,
243, 246, 248, 251, 255, 256, 260, 268,
269, 275, 290, 293, 310, 318, 327, 331,
337, 339, 342, 353, 378, 396, 403, 411,
413, 414, 415, 417, 418, 427, 434, 439,
441, 444, 447, 448, 449, 450, 452, 453,
454, 455, 457, 459, 460, 461, 464, 466,
469

ars boni et aequi 56, 69

assujettissement 74, 169

au nom d'autrui 121, 122, 173, 201, 212

au nom de 47, 121, 123, 133, 134, 138, 139,
140, 161, 162, 167, 173, 190, 197, 201,
203, 205, 207, 210, 211, 212, 220, 231,
260, 262, 267, 311, 315, 322, 330, 335,
339, 344, 346, 404, 408, 437, 441, 444,
487

augmentation 46, 200, 240, 241, 270, 271,
284, 331, 387, 388, 398, 437, 439, 447,
449, 460

augmenter..... 103, 211, 255, 267, 269, 282,
298, 300, 305, 321, 384

automatiquement ... 103, 123, 132, 138, 141,
144, 189, 206, 284, 289, 293, 296, 303,
319, 320, 327, 332, 349, 366, 378, 448,
458

autonome . 61, 133, 143, 164, 169, 178, 189,
191, 211, 220, 221, 239, 245, 273, 294,
311, 312, 317, 322, 337, 344, 345, 355,
377, 382, 410, 430, 468, 470, 471, 473,
479, 481

autonomie .. 7, 8, 44, 47, 61, 81, 87, 93, 100,
108, 114, 118, 119, 120, 134, 143, 145,
149, 169, 172, 184, 191, 195, 197, 198,
210, 212, 220, 221, 235, 237, 239, 240,
245, 271, 283, 297, 305, 306, 320, 322,
338, 340, 354, 356, 363, 371, 377, 380,
408, 428, 429, 430, 431, 433, 436, 442,
462, 471, 476, 477, 485, 486

autorisation 96, 101, 105, 106, 108, 140,
192, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202,
203, 204, 205, 206, 207, 208, 210, 211,
212, 215, 218, 221, 223, 226, 243, 277,
279, 282, 283, 301, 302, 307, 308, 309,

310, 319, 325, 328, 332, 335, 339, 343,
363, 377, 382, 389, 405, 437, 443, 444,
447, 465, 467, 470, 474, 476, 481, 488

autorité 103, 104, 383, 396, 416, 417, 482

avantage 58, 77, 79, 141, 168, 212, 289, 371,
386, 395, 397, 427, 428, 440, 469

B

bénéfice 80, 103, 189, 195, 206, 209, 271,
310, 326, 341, 365, 370, 476

biens 103, 112, 114, 115, 116, 117, 134, 135,
155, 183, 204, 208, 239, 242, 248, 249,
250, 251, 252, 253, 254, 255, 257, 265,
268, 270, 272, 276, 278, 279, 280, 283,
284, 285, 286, 287, 298, 299, 301, 302,
305, 306, 307, 309, 315, 326, 327, 328,
351, 353, 369, 371, 372, 383, 390, 415,
417, 418, 419, 425, 433, 445, 460

bilatéral... 145, 149, 153, 155, 185, 189, 192,
211, 309, 310, 311, 315, 320, 321, 329,
338, 354, 360, 437, 442, 469, 470, 477

blocage 146, 241

boîteuse 286, 326, 474

bon vouloir 198, 201, 231, 331, 360, 362

bona.. 23, 36, 57, 73, 122, 134, 135, 139, 161,
162, 248, 249, 250, 252, 253, 254, 256,
257, 261, 263, 271, 299, 321, 383

bona fide serviens..... 134, 135, 139, 321

bona fides..... 23, 57, 73, 162

bonne foi..... 57, 73, 112, 122, 134, 135, 139,
140, 145, 154, 158, 159, 161, 162, 163,
167, 168, 170, 174, 176, 180, 201, 205,
206, 209, 297, 298, 329, 334, 379, 382,
403, 415, 417, 419, 421, 422, 423, 427,
428, 480

bonorum possessio..... 168, 250, 254

C

canalisation 208, 212

capable de droit..... 100, 109, 121, 124, 181,
212, 232, 445

capacité... 1, 7, 44, 48, 64, 69, 78, 79, 87, 90,
91, 92, 93, 96, 97, 99, 101, 103, 105,
106, 107, 108, 109, 114, 118, 119, 120,
130, 135, 138, 143, 149, 155, 166, 167,
169, 170, 173, 174, 176, 183, 184, 186,
199, 213, 235, 238, 241, 244, 245, 255,
274, 278, 279, 282, 283, 284, 287, 300,
301, 302, 308, 312, 317, 323, 324, 325,

326, 334, 339, 340, 345, 348, 382, 390,
405, 430, 433, 445, 470, 473, 474, 477,
480, 485

capitaine..... 45

capitis deminutio 24, 64, 92, 93, 106, 107, 182,
183, 253

caput 43, 78, 89, 91, 107, 109, 117, 127

Caracalla 66, 99

cas fortuits..... 459, 489

casuistique ... 51, 96, 125, 161, 265, 267, 486

cause civile 261, 263, 357, 358

caution 290, 292, 338, 358, 375, 376, 387,
388, 393, 419, 423, 425, 428

chef de famille 101, 102, 103, 132, 254

choix. 48, 106, 119, 165, 166, 170, 233, 243,
295, 315, 367, 393, 397, 408, 421, 424,
480, 482

chose 7, 31, 43, 46, 47, 60, 61, 63, 68, 69,
70, 72, 77, 79, 80, 84, 87, 93, 94, 104,
109, 111, 116, 117, 118, 123, 124, 136,
138, 140, 152, 153, 156, 163, 164, 167,
168, 181, 184, 185, 200, 226, 229, 231,
248, 250, 251, 259, 261, 262, 263, 264,
268, 276, 277, 289, 293, 298, 299, 300,
305, 309, 310, 320, 327, 337, 347, 359,
360, 361, 362, 364, 369, 383, 385, 390,
401, 402, 403, 404, 420, 421, 422, 423,
426, 427, 441, 443, 447, 448, 449, 453,
456, 463, 473, 482, 485

christianisme 85, 483

Cicéron . 47, 53, 58, 60, 63, 70, 75, 239, 241,
482

Cité 47, 52, 53, 54, 57, 62, 63, 65, 68, 72, 93,
96, 97, 98, 104, 108, 187

citoyen romain... 68, 81, 96, 97, 98, 103, 108

citoyenneté 64, 91, 93, 96, 99, 108, 246

civitatis 53, 62, 80, 92, 93, 95, 96, 97, 98, 99,
473, 485

collectivité 68, 79, 116

commerce... 28, 68, 115, 134, 195, 196, 215,
216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 224,
225, 226, 228, 229, 231, 235, 236, 240,
245, 266, 285, 315, 316, 368, 383, 386,
401, 402, 404, 405, 406, 407, 408, 409,
411, 412, 413, 414, 415, 417, 419, 420,
423, 425, 426, 427, 428, 429, 444, 449,
476, 478, 479, 480, 483

commerce maritime 217, 219, 221, 224, 413,
480

commercial 44, 116, 211, 270, 284, 299,
310, 353, 401, 403, 405, 406, 411, 412,
415, 428, 440, 478

commerciale ... 188, 200, 204, 212, 215, 216,
221, 222, 223, 239, 240, 245, 270, 271,
274, 279, 282, 283, 287, 302, 312, 395,
401, 402, 405, 408, 411, 412, 415, 423,
428, 429, 468, 476, 478

commercium ... 67, 78, 81, 97, 98, 99, 103, 108,
114

commodatum 145, 146, 386

communauté..... 58, 85, 92, 102, 371

compensation.. 262, 289, 309, 357, 388, 453

comptabilité.... 259, 278, 287, 317, 318, 328,
366, 385, 390, 414, 430

comptable 248, 255, 261, 268, 278, 316,
321, 358, 368, 369, 370, 372, 414, 427,
449, 457, 459

compte . 38, 75, 97, 124, 125, 134, 144, 162,
168, 174, 192, 197, 200, 203, 218, 220,
221, 224, 231, 235, 237, 238, 243, 245,
250, 252, 255, 256, 259, 262, 263, 266,
267, 269, 270, 278, 283, 287, 290, 291,
297, 301, 306, 311, 316, 317, 318, 319,
320, 321, 322, 329, 330, 332, 350, 355,
356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363,
366, 368, 370, 372, 375, 377, 381, 384,
385, 391, 393, 396, 397, 398, 405, 414,
415, 418, 427, 428, 433, 437, 441, 442,
445, 448, 449, 455, 457, 464, 469, 470,
476, 477, 478, 481, 483

concessio 105, 278, 279, 280, 281, 282, 283,
284, 286, 287, 298, 301, 302, 303, 306,
307, 309, 310, 321, 322, 381, 389, 396,
431, 487

concession 240, 246, 262, 275, 278, 280,
281, 282, 283, 284, 286, 300, 301, 302,
303, 307, 308, 309, 310, 316, 322, 325,
333, 334, 335, 341, 347, 351, 356, 390,
430, 436, 477

concours. 158, 160, 227, 230, 233, 243, 245,
375, 392, 405, 419, 428, 465, 482, 488

condamnation .. 83, 234, 244, 268, 269, 290,
299, 300, 316, 321, 333, 338, 340, 344,
345, 346, 352, 360, 361, 362, 367, 369,
378, 379, 385, 387, 388, 389, 390, 391,
392, 393, 394, 403, 418, 423, 434, 435,
436, 450, 451, 458, 462, 463, 465, 482

condictio.....123, 140, 217, 227, 230, 326, 329,
 373, 374, 440, 447, 463, 465, 466, 467,
 469
 confiance ..57, 174, 175, 176, 182, 184, 187,
 246, 271, 391
 connaissance56, 69, 133, 145, 161, 162,
 163, 164, 166, 170, 196, 198, 199, 201,
 202, 203, 219, 224, 275, 280, 281, 282,
 284, 285, 288, 296, 305, 306, 317, 326,
 327, 328, 331, 332, 343, 345, 348, 353,
 377, 381, 405, 406, 407, 408, 409, 410,
 414, 415, 422, 429, 447, 448, 450, 451,
 452, 453, 454, 456, 458, 459, 465, 469,
 470, 480, 489
 conscience..8, 44, 45, 46, 57, 58, 73, 85, 86,
 119, 143, 144, 156, 161, 162, 163, 164,
 165, 166, 167, 168, 169, 170, 174, 175,
 176, 178, 187, 211, 212, 229, 235, 272,
 279, 306, 312, 315, 327, 329, 473, 476,
 486
consensum.....156, 157
 consentement ...48, 64, 68, 72, 96, 101, 105,
 123, 144, 153, 156, 157, 158, 160, 169,
 176, 177, 191, 192, 196, 198, 209, 212,
 219, 235, 237, 278, 279, 280, 281, 282,
 283, 284, 285, 286, 287, 296, 302, 306,
 322, 328, 330, 375, 402, 404, 406, 408,
 429, 433, 436, 438, 440, 443, 447, 449,
 454, 455, 456, 466, 468, 470, 476, 479,
 480
 consentir..... 105, 158, 191, 285, 307, 333
 conséquences juridiques.161, 166, 169, 211,
 280, 340, 480
 constitution.....99, 119, 184, 205, 258, 270,
 279, 280, 282, 283, 284, 286, 287, 296,
 301, 302, 303, 306, 308, 316, 322, 333,
 334, 420, 422, 487
 contractuelle.....25, 43, 47, 83, 92, 137, 151,
 153, 155, 172, 195, 196, 200, 203, 204,
 211, 225, 226, 230, 232, 233, 235, 237,
 243, 246, 291, 297, 314, 323, 325, 336,
 340, 352, 354, 402, 407, 409, 413, 420,
 421, 424, 426, 427, 428, 429, 430, 436,
 437, 447, 457, 462, 467, 468, 469, 471,
 476, 477, 486
contractum. 156, 215, 225, 226, 336, 380, 401,
 402, 465
 contrat.....57, 58, 64, 69, 70, 82, 83, 92, 97,
 102, 114, 123, 149, 151, 153, 154, 155,
 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163,
 164, 170, 174, 175, 176, 177, 181, 182,
 183, 184, 185, 189, 195, 200, 201, 204,
 209, 211, 217, 219, 222, 224, 225, 229,
 230, 231, 232, 233, 236, 237, 243, 262,
 263, 286, 293, 297, 301, 302, 309, 310,
 314, 321, 329, 330, 332, 334, 336, 340,
 341, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 352,
 361, 362, 374, 376, 378, 381, 383, 388,
 401, 402, 403, 404, 405, 409, 412, 413,
 414, 416, 421, 424, 430, 437, 439, 440,
 441, 451, 454, 457, 459, 461, 463, 464,
 466, 467, 469, 470, 471
 contrats..... 8, 21, 44, 67, 73, 81, 82, 97, 112,
 116, 128, 144, 145, 151, 153, 154, 155,
 156, 157, 158, 159, 160, 162, 166, 169,
 174, 175, 176, 177, 181, 184, 189, 190,
 191, 192, 200, 211, 212, 215, 221, 222,
 225, 228, 229, 235, 274, 290, 301, 306,
 311, 323, 329, 338, 339, 353, 358, 361,
 377, 379, 386, 416, 428, 438, 458, 486
 contrats nommés155
 contrats verbaux 145, 154
 contreprestation..... 105, 137, 185, 189, 190,
 193, 202, 206, 207, 211, 231, 284, 290,
 291, 304, 310, 318, 327, 330, 332, 338,
 362, 413, 437, 442, 443, 450, 451, 452,
 457, 458, 461, 467, 469, 477, 480, 489
 controverse.....7, 44, 76, 91, 121, 154, 170,
 174, 188, 228, 250, 254, 356, 411, 430,
 485
conubium78, 81, 97, 98, 99, 108
conventio157
 copropriété 120, 135, 136, 137, 139, 140,
 203, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 237,
 266, 268, 296, 320, 486, 487
 corporelle..... 111, 306
Corpus Iuris Civilis 13, 14, 48
 correctifs 120, 190, 195, 210, 213, 234, 235,
 242
 corriger.....63, 330, 392, 422, 423
 couche 52, 78, 79, 80, 107, 324
 créance81, 82, 112, 124, 130, 134, 137, 144,
 152, 153, 155, 174, 182, 185, 189, 212,
 233, 249, 250, 252, 260, 261, 263, 270,
 271, 275, 284, 289, 290, 295, 310, 315,
 318, 319, 337, 343, 344, 346, 348, 349,
 351, 352, 353, 356, 358, 359, 360, 361,
 362, 363, 365, 367, 369, 370, 371, 373,
 382, 387, 388, 389, 391, 393, 397, 398,
 399, 401, 415, 416, 419, 424, 426, 428,

433, 448, 449, 451, 453, 460, 461, 465,
466, 476, 488
créance naturelle.....261, 358, 361, 362, 373,
433
créances internes289, 291, 369, 371, 374,
389, 391, 394, 397
créancier ... 76, 77, 81, 83, 98, 123, 129, 152,
155, 179, 181, 185, 231, 242, 244, 257,
260, 261, 269, 270, 274, 277, 289, 290,
294, 295, 297, 299, 306, 310, 314, 319,
320, 323, 326, 339, 341, 342, 343, 347,
349, 350, 351, 354, 356, 358, 359, 360,
361, 362, 363, 366, 367, 368, 371, 373,
375, 378, 380, 385, 386, 387, 388, 392,
393, 394, 395, 396, 397, 398, 401, 404,
405, 410, 414, 417, 418, 419, 420, 421,
422, 423, 424, 425, 426, 428, 433, 435,
437, 440, 441, 442, 447, 448, 450, 451,
452, 453, 454, 459, 461, 462, 464, 465,
471, 481, 482, 488
créancier naturel.....261, 295, 339, 347, 350,
351, 359, 360
créancier privilégié 392
cum peculio 263, 268, 277, 284, 288, 289, 290,
291, 292, 293, 294, 297, 311, 314, 325,
336, 350, 359, 371, 372, 373, 374, 380,
384, 385, 396, 399, 487, 488

D

de in rem verso. 8, 21, 22, 30, 36, 38, 129, 130,
170, 185, 192, 193, 195, 196, 201, 227,
242, 244, 245, 262, 296, 297, 315, 318,
320, 321, 330, 333, 335, 342, 345, 348,
363, 377, 378, 379, 382, 393, 394, 408,
430, 433, 434, 435, 438, 439, 440, 442,
443, 444, 445, 447, 448, 449, 450, 451,
452, 454, 455, 457, 458, 459, 460, 461,
462, 464, 465, 468, 477, 479, 480, 481,
482, 489
de peculio..... 19, 25, 26, 31, 35, 181, 186, 192,
195, 196, 201, 227, 231, 239, 242, 243,
245, 257, 258, 260, 264, 265, 266, 268,
269, 279, 282, 283, 286, 287, 289, 290,
291, 293, 294, 296, 298, 299, 301, 302,
306, 312, 315, 316, 318, 320, 321, 322,
330, 333, 334, 335, 336, 338, 340, 343,
344, 345, 346, 347, 350, 351, 352, 353,
356, 361, 362, 364, 365, 366, 367, 368,
369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376,

377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384,
386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393,
394, 395, 396, 397, 398, 399, 405, 406,
407, 408, 409, 410, 418, 419, 421, 424,
425, 426, 428, 429, 430, 434, 435, 438,
442, 445, 447, 450, 451, 453, 454, 456,
457, 461, 462, 465, 468, 471, 475, 476,
478, 480, 481, 482, 488
débiteur 69, 76, 77, 81, 83, 84, 98, 118, 129,
151, 152, 154, 155, 165, 179, 180, 181,
233, 234, 252, 254, 255, 257, 260, 261,
262, 270, 274, 289, 294, 295, 310, 313,
318, 319, 321, 323, 325, 326, 339, 341,
342, 343, 344, 346, 347, 348, 349, 350,
351, 353, 354, 356, 357, 358, 359, 360,
361, 363, 369, 378, 385, 387, 388, 389,
398, 403, 422, 423, 439, 448, 449, 451,
452, 458, 460, 461, 464, 489
décès 224, 256, 288, 297, 399, 487
débitives 95, 99
déductibles.....291, 292, 358
déduction 248, 251, 252, 253, 255, 258, 262,
269, 289, 318, 353, 354, 355, 358, 360,
364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371,
372, 373, 374, 386, 387, 388, 391, 392,
394, 396, 419, 425, 435, 462, 469, 488
déduction matérielle..... 368, 370, 372, 488
déduire.... 105, 107, 135, 140, 174, 187, 205,
224, 230, 244, 254, 255, 262, 263, 265,
268, 269, 277, 286, 289, 290, 291, 314,
315, 318, 352, 353, 356, 358, 359, 361,
363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370,
371, 372, 373, 374, 376, 380, 389, 390,
391, 392, 393, 397, 398, 399, 419, 425,
426, 447, 462
défavorable 105, 307, 309, 310, 327, 466,
469
délictuel352, 408, 421
délictuelles353
délictueux.....358
depositum.....67, 145, 146
détenteur 133, 138, 195, 203, 274, 327, 476,
480
détériorer..... 144, 327
dette ..81, 130, 145, 151, 152, 165, 172, 174,
181, 183, 215, 233, 244, 251, 259, 260,
261, 262, 263, 264, 268, 282, 283, 301,
305, 307, 311, 319, 326, 337, 347, 349,
353, 355, 356, 357, 358, 361, 364, 365,
369, 370, 371, 375, 387, 388, 393, 401,

422, 424, 426, 439, 440, 448, 449, 450, 451, 452, 455, 460
devoir moral.....57, 61, 184, 187
Digeste..9, 13, 17, 32, 48, 63, 65, 74, 75, 94, 95, 100, 104, 114, 115, 137, 145, 155, 169, 195, 245, 252, 258, 295, 336, 394, 401, 407, 413, 445, 446, 448, 470, 476
dignité..46, 59, 178, 245, 246, 383, 431, 483
diminuer . 123, 255, 267, 269, 282, 298, 340, 368, 369, 384, 427, 458, 466, 471
diminution.. 64, 92, 107, 141, 161, 183, 240, 250, 255, 270, 328, 331, 370, 384, 395, 439, 440, 452, 480
distinction..... 41, 66, 81, 95, 111, 119, 165, 169, 172, 181, 183, 185, 208, 217, 250, 252, 274, 278, 301, 303, 318, 340, 344, 351, 375, 386, 389, 399, 424, 434, 435, 461, 471
distribuer 416, 418, 420, 421, 422
distribution..... 392, 401, 403, 404, 409, 411, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 426
distributive 401, 402, 409, 412, 416, 417, 419, 423, 424, 427, 428, 476, 489
domini nomine... 161, 192, 205, 207, 210, 211, 312, 315, 383, 403
dominium 81, 97, 104, 159, 279, 330, 395, 473
dommage.. 84, 105, 106, 225, 270, 344, 352, 353, 355, 358, 359, 364, 435
domus.....114, 216, 287, 429
donatio 146, 160
donation . 132, 134, 141, 144, 159, 184, 280, 284, 285, 290, 307, 308, 309, 327, 333, 360, 442, 444, 445, 450, 451, 452, 460, 461
double charge 350, 352, 360
droit 7, 42, 45, 61, 62, 67, 73, 80, 83, 87, 96, 107, 109, 118, 127, 173, 182, 183, 485
droit civil ..13, 28, 42, 44, 45, 46, 47, 48, 52, 53, 54, 57, 58, 61, 62, 63, 65, 67, 68, 69, 72, 73, 74, 75, 84, 85, 89, 92, 97, 98, 103, 104, 105, 107, 108, 109, 118, 120, 121, 124, 125, 127, 129, 133, 136, 143, 144, 149, 151, 167, 171, 174, 176, 177, 179, 181, 182, 183, 184, 185, 188, 190, 191, 202, 212, 217, 221, 229, 230, 235, 240, 241, 247, 261, 274, 275, 276, 277, 279, 287, 291, 294, 295, 298, 299, 304, 306, 307, 312, 313, 314, 316, 317, 318,

319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 332, 334, 336, 338, 341, 342, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 352, 354, 355, 357, 358, 359, 403, 405, 430, 431, 433, 440, 443, 445, 450, 451, 454, 466, 467, 469, 470, 471, 473, 474, 475
droit classique...7, 28, 77, 90, 121, 127, 155, 235, 237, 485
droit d'option 366
droit des gens .41, 47, 52, 53, 54, 61, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 73, 74, 92, 97, 102, 104, 108, 118, 151, 173, 174, 176, 177, 182, 186, 187, 324, 473, 474
droit naturel7, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 32, 34, 37, 41, 42, 45, 47, 48, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 82, 83, 90, 92, 94, 107, 118, 119, 127, 129, 134, 159, 166, 169, 171, 172, 175, 176, 177, 178, 179, 182, 183, 186, 187, 221, 247, 274, 275, 277, 278, 288, 289, 294, 295, 298, 311, 312, 313, 314, 316, 318, 319, 320, 321, 322, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 335, 338, 340, 341, 342, 346, 348, 349, 350, 352, 353, 354, 356, 357, 360, 363, 372, 387, 403, 413, 430, 431, 437, 441, 445, 451, 460, 469, 473, 474, 475, 483, 485
droit objectif76, 79, 80, 81, 83, 85, 152, 274
droit préférentiel.....331
droit quiritaire .. 84, 135, 140, 231, 237, 328, 430, 473
droits réels 112, 128, 206, 250
droits subjectifs 7, 44, 76, 77, 78, 79, 81, 82, 85, 91, 121, 154, 174, 188, 250, 254, 430, 485
dumtaxat.. 231, 289, 321, 338, 340, 343, 345, 364, 365, 368, 369, 370, 371, 375, 386, 388, 394, 396, 399, 478, 480
dumtaxat de peculio ... 289, 338, 340, 364, 370, 388, 399

E

échange..... 69, 137, 153, 158, 178, 292, 337, 403, 411, 412, 413
échange de volontés178
économie.....44, 46, 74, 114, 145, 178, 241, 402, 468, 471, 475

économique.. 43, 44, 46, 103, 111, 114, 115,
 116, 143, 144, 145, 173, 178, 188, 190,
 221, 241, 242, 245, 250, 254, 257, 268,
 269, 289, 323, 331, 370, 371, 375, 399,
 415, 429, 431, 444, 455, 483
Edictum triplex.. 195, 239, 242, 243, 258, 435
 Edit... 14, 124, 191, 195, 232, 233, 239, 276,
 323, 334, 336, 352, 377, 379, 401, 403,
 409, 411, 412, 413, 416, 417, 419, 420,
 421, 422, 434, 436
 effet civil..... 326, 328, 336, 341, 348, 349
 effets.....61, 92, 97, 103, 120, 121, 123, 129,
 135, 137, 138, 143, 144, 147, 158, 160,
 163, 166, 167, 173, 178, 179, 187, 190,
 197, 199, 200, 202, 203, 205, 208, 210,
 211, 215, 231, 235, 237, 238, 247, 249,
 251, 255, 260, 262, 264, 270, 274, 275,
 278, 283, 307, 310, 312, 313, 320, 321,
 324, 326, 327, 329, 330, 331, 332, 333,
 334, 339, 341, 345, 348, 354, 377, 389,
 398, 399, 407, 409, 428, 431, 444, 446,
 459, 469, 470, 474, 486
 effets civils..... 187, 326, 331
 effets de droit....61, 120, 121, 129, 147, 158,
 166, 167, 179, 205, 208, 210, 215, 235,
 237, 238, 247, 274, 275, 278, 321, 428,
 469, 470, 474
 effets juridiques.....121, 235
 effets juridiques civils120, 121, 144, 331
 efficacité 71, 83, 184
 égaux42, 45, 86, 94, 127, 473
 Empire21, 43, 45, 46, 65, 99, 104, 123, 192,
 240, 241, 245, 271, 382, 466, 467
 emprunt..147, 222, 225, 246, 337, 439, 441,
 444, 445, 452, 455, 457, 460
emptio 67, 145, 146
 en son nom 121, 122, 123, 124, 129, 133,
 134, 138, 163, 167, 168, 175, 177, 184,
 186, 190, 201, 204, 206, 210, 220, 221,
 232, 235, 244, 245, 311, 312, 314, 317,
 320, 325, 329, 335, 336, 338, 339, 341,
 345, 347, 377, 405, 408, 437, 441, 442,
 445, 447, 469, 470, 477
 en son propre nom..47, 121, 122, 124, 132,
 134, 140, 162, 173, 181, 185, 192, 201,
 219, 220, 221, 235, 238, 239, 245, 312,
 314, 335, 377, 441, 470, 478
 endetter.....96, 144, 145, 209, 210, 212
 enfants 60, 62, 68, 97, 98, 103, 104, 116,
 252, 262, 268, 384
 engagement.....190, 197, 200, 201, 203, 206,
 210, 211, 212, 218, 223, 228, 230, 231,
 237, 244, 278, 287, 291, 307, 327, 332,
 342, 379, 466, 470, 476
 engagements..... 57, 174, 187, 202, 205, 206,
 211, 363, 486
 enrichir 48, 96, 179, 227, 306, 391, 441, 460
 enrichissement123, 145, 184, 192, 227, 230,
 243, 330, 358, 359, 362, 374, 377, 436,
 437, 438, 439, 440, 441, 442, 444, 445,
 447, 448, 449, 450, 451, 452, 454, 455,
 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463,
 464, 466, 477, 479, 489
 enrichissement illégitime438, 440, 447, 457,
 460, 466
 entremise 122, 136, 139, 199, 226, 319, 335,
 361, 430, 433, 471
 entreprise 177, 219, 271, 391, 411, 412, 422,
 476
 époque classique 1, 7, 25, 31, 42, 43, 44, 45,
 48, 49, 52, 60, 61, 62, 65, 66, 73, 75, 83,
 84, 87, 89, 90, 92, 96, 100, 105, 118,
 123, 127, 145, 151, 157, 158, 172, 179,
 187, 196, 199, 205, 236, 240, 242, 247,
 248, 250, 252, 253, 255, 256, 257, 263,
 273, 279, 280, 281, 298, 301, 302, 304,
 310, 313, 325, 334, 354, 359, 382, 436,
 440, 444, 446, 465, 466, 470, 471, 485
 équité 57, 58, 66, 70, 72, 73, 74, 154, 159,
 174, 175, 176, 179, 181, 182, 187, 295,
 297, 330, 359, 373, 374, 377, 399, 441,
 456, 467, 469, 483
 ester8, 105, 130, 212, 486
 estimation 83, 268, 269, 299, 300, 306, 344,
 352, 365, 366, 367, 368, 370, 371, 375,
 378, 382, 383, 384, 398, 399, 409, 414,
 420, 459, 462, 464, 488
 estimation non officielle.....383
 étranger 10, 27, 28, 68, 93, 97, 98, 108, 305,
 343, 360
 étrangers..... 44, 97, 99, 176
 être humain.....54, 56, 57, 58, 59, 70, 76, 78,
 79, 81, 85, 89, 91, 94, 95, 107, 109, 118,
 157, 174, 176, 246, 272, 312, 474
 évaluation164, 255, 268, 269, 399, 423, 458,
 463
 évolution.....23, 85, 125, 143, 147, 157, 172,
 181, 190, 198, 211, 218, 237, 240, 247,
 258, 274, 275, 466, 467, 471, 474

ex ante gesto 183, 287, 316, 325, 333, 334, 335, 339, 341, 380, 381, 488
ex operis suis 140, 270
ex re aliena 283
ex stipulatu 138, 189, 209, 212
exceptio 154, 162, 212, 349, 350, 443
exceptio non adimpleti contractus 154, 349
 exception 68, 97, 121, 132, 141, 162, 169, 179, 181, 227, 303, 313, 320, 336, 339, 349, 367, 376, 398, 449, 458, 464, 468
 exécution 25, 83, 155, 179, 184, 185, 187, 227, 228, 231, 232, 233, 235, 257, 261, 270, 291, 313, 319, 325, 326, 327, 329, 331, 332, 340, 343, 346, 347, 348, 349, 351, 362, 379, 390, 442, 443, 467
 exécution forcée 155, 343
exercitor navis 217
exercitoria 23, 24, 30, 33, 192, 195, 196, 215, 217, 218, 219, 223, 225, 229, 231, 234, 236, 241, 302, 382, 402, 406, 408, 465, 475, 476, 481, 487
 exploiter 41, 44, 200, 418
 extinction 183, 280, 283, 288, 296, 297, 298, 350, 380, 381, 394, 487

F

familia 250, 260, 298, 403, 443
 familial 103, 104, 105, 211, 229, 237, 249, 272, 352
 famille 5, 29, 78, 97, 102, 103, 105, 132, 182, 184, 186, 211, 220, 240, 266, 271, 299, 308, 435, 442, 448, 455, 456, 464
 femme 68, 94, 96, 97, 102, 103, 116, 140, 184, 204, 251, 270
 fiction .. 93, 97, 133, 138, 178, 190, 234, 256, 258, 263, 291, 380, 384, 391, 396, 399, 440, 467
 fictive 334, 368, 369, 370, 371, 372, 391, 488
 fidéjussion 186, 244, 264, 301, 341, 375, 376, 488
fides 57, 58, 162, 175, 176, 184, 187, 198
filiusfamilias 104, 105, 163, 181, 448
 fils de famille .. 101, 155, 165, 166, 179, 181, 183, 186, 198, 200, 219, 243, 253, 261, 271, 292, 297, 307, 309, 310, 328, 333, 341, 356, 358, 364, 367, 381, 384, 388, 435, 439, 441, 448, 456, 460, 483
 fonctions 44, 79, 208, 217, 446

force dérogatoire 329
 formalisme 177, 467
 forme .. 48, 60, 93, 94, 96, 97, 116, 118, 121, 122, 135, 157, 158, 159, 183, 192, 197, 198, 201, 211, 223, 226, 251, 253, 254, 261, 265, 388, 392, 405, 410, 414, 416, 444, 454, 466, 469, 476, 486
 formule 83, 175, 216, 228, 234, 235, 258, 378, 379, 382, 385, 391, 403, 434, 435, 436, 458, 461, 467
 formules 84, 154, 378
 fortune 242, 246, 249, 271, 272, 300
 fruit 55, 116, 208, 245
 fruits 26, 82, 116, 140, 222, 255, 287
 fuite 44, 118, 304

G

gage 115, 146, 157, 182, 226, 309, 310, 337, 367, 428, 435
 Gaius 9, 13, 14, 15, 18, 36, 42, 44, 45, 47, 48, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 79, 80, 82, 83, 90, 92, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 101, 103, 104, 105, 106, 107, 109, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 119, 123, 124, 128, 130, 133, 135, 136, 137, 139, 140, 141, 144, 145, 151, 152, 153, 154, 155, 157, 158, 159, 162, 165, 170, 182, 183, 190, 191, 195, 200, 204, 206, 207, 208, 209, 210, 212, 213, 215, 222, 225, 227, 229, 233, 234, 242, 244, 246, 249, 251, 255, 256, 266, 267, 268, 282, 284, 286, 289, 290, 291, 301, 304, 305, 307, 309, 310, 311, 312, 315, 317, 320, 327, 328, 329, 331, 334, 336, 337, 338, 347, 353, 354, 356, 358, 362, 364, 372, 373, 383, 392, 394, 396, 397, 404, 406, 407, 410, 411, 414, 415, 417, 418, 424, 425, 435, 438, 439, 441, 447, 448, 461, 463, 475, 479, 480, 481, 482
 garant 244, 274, 301, 318, 376, 456
 garantie 25, 179, 186, 204, 205, 225, 232, 242, 251, 257, 286, 291, 297, 299, 306, 328, 340, 350, 368, 369, 376, 388, 391, 395, 405, 410, 427, 428, 440, 443, 458, 469, 481
 gestion d'affaires 302, 313, 358, 362, 444, 445, 453
 gratuit 133, 189, 205, 209, 284
 guérison 334

H

hereditas 250, 256, 259
 héritage 58, 248, 251, 256, 326
 héritier 134, 141, 168, 169, 181, 224, 228,
 249, 251, 253, 256, 261, 263, 268, 284,
 290, 292, 293, 294, 295, 296, 318, 353,
 355, 380, 428, 461
 homme libre 44, 94, 114, 115, 118, 121, 123,
 124, 134, 135, 139, 140, 169, 174, 221,
 228, 230, 232, 234, 236, 241, 246, 273,
 276, 321, 323, 338, 363, 381, 409, 446,
 471, 473, 483
homo 43, 60, 89, 91, 94, 113, 413
 hybride 46, 117, 186

I

ignorer 80, 163, 164, 167, 168, 198, 202, 219,
 286, 327, 328, 332, 348, 349, 350, 351,
 409, 420, 421, 451, 477
 immeuble 111, 315
 immeubles 222, 259, 260
imperium 63, 190, 475
 impossibilité de répéter 179, 326, 331
in dominum 129, 130, 181, 294, 342, 378
in factum 84, 164, 170, 175, 320
in iure 62, 72, 130, 131, 384
in iure cessio 62, 131
in personam 84, 154, 379, 403
in quo nihil est 264, 298, 382, 487
in rem verso 201, 242, 243, 244, 262, 283, 377,
 394, 430, 433, 434, 435, 440, 443, 447,
 448, 449, 450, 452, 456, 457, 459, 460,
 461, 462, 468, 480
in rem versum 227, 244, 434, 440, 449
in solidum 183, 195, 199, 204, 205, 215, 220,
 225, 242, 243, 257, 264, 294, 306, 321,
 340, 343, 344, 345, 347, 375, 377, 379,
 385, 388, 406, 408, 409, 412, 423, 441,
 455, 461, 463, 466, 475, 476, 477, 478,
 479, 480, 482
 incapacité .. 7, 8, 96, 104, 106, 127, 128, 130,
 131, 132, 138, 143, 171, 174, 185, 188,
 211, 220, 221, 236, 240, 241, 247, 272,
 286, 307, 312, 404, 433, 442, 474, 486
 indemnité 289, 305, 347, 352, 387, 391, 469
 indépendante 92, 165, 207, 257, 279, 303,
 308, 309, 427, 433, 434, 435, 436, 489
 inexécution 48, 153, 154, 185, 204, 221, 228,
 231, 235, 290, 297, 303, 313, 318, 320,

323, 332, 340, 343, 344, 345, 376, 377,
 379, 385, 405, 411, 428, 429, 430, 451,
 457, 467
 ingénu 95, 98
 initiative 84, 211, 212, 275, 320, 327, 331,
 408, 428, 430, 441, 442, 444, 468, 471
 insolvable 118, 375, 392, 398
institoria 23, 30, 124, 192, 195, 196, 215, 217,
 218, 219, 226, 230, 231, 241, 302, 382,
 402, 405, 406, 407, 408, 410, 465, 475,
 476, 487
Institutes . 9, 10, 13, 14, 15, 18, 47, 48, 94, 96,
 98, 152, 403
 instrument 132, 147, 206, 211, 231, 299, 473
instrumentum 47, 132, 147, 190, 206, 238,
 304, 327, 348, 415, 440, 442, 445, 473,
 476
intentio 84, 175, 178, 234
 interagir .. 7, 44, 87, 114, 118, 119, 178, 323,
 430, 473, 485
 interdiction 164, 179, 210, 212, 213, 219,
 226, 227, 229, 237, 281, 286, 331, 383,
 407, 447, 481
 intérêt 48, 49, 63, 76, 77, 78, 81, 83, 90, 121,
 143, 178, 197, 242, 246, 322, 329, 330,
 331, 332, 381, 395, 433, 437, 438, 439,
 441, 442, 444, 445, 450, 451, 452, 453,
 454, 455, 457, 460, 464, 466, 469, 470,
 479, 489
 intermédiaire . 8, 81, 102, 120, 121, 122, 124,
 134, 136, 137, 141, 143, 144, 153, 166,
 170, 171, 190, 210, 211, 212, 218, 230,
 234, 255, 274, 275, 276, 279, 319, 323,
 332, 334, 338, 346, 361, 363, 376, 392,
 403, 434, 446, 466, 467, 470, 475, 486
 interprétation . 9, 15, 161, 280, 299, 330, 333
 interpréter 160, 357, 458
intuitu personae 311, 314, 316, 322, 335, 403
is qui praeposit 217, 218
ius adquirendi 123, 132, 133, 134, 136, 137,
 139, 140, 141, 144, 145, 147, 165, 185,
 189, 190, 206, 207, 209, 210, 211, 213,
 231, 270, 284, 285, 304, 305, 306, 315,
 328, 330, 331, 332, 342, 348, 360, 470
ius civile 42, 46, 47, 53, 54, 56, 62, 63, 65, 67,
 72, 93, 96, 97, 98, 100, 103, 104, 107,
 120, 125, 127, 128, 175, 187, 241, 242,
 273, 275, 324, 342, 405, 431, 470, 473,
 474, 475, 480, 485

ius deductionis ... 174, 263, 268, 277, 290, 292, 314, 322, 356, 358, 364, 366, 367, 372, 373, 374, 375, 386, 390, 392, 394, 397, 398, 425, 426, 428, 431, 445, 453, 488

ius gentium ..29, 47, 53, 54, 62, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 75, 92, 101, 103, 104, 105, 107, 120, 133, 172, 173, 177, 186, 187, 275, 314, 324, 485

ius honorarium 56, 145, 187

ius naturale ... 7, 42, 44, 47, 48, 55, 56, 61, 66, 73, 75, 82, 90, 95, 99, 107, 108, 109, 119, 127, 159, 166, 172, 173, 174, 175, 176, 184, 186, 187, 191, 217, 275, 313, 324, 473, 474, 475, 485

ius praetorium63, 191, 217, 475

iussum.....8, 23, 33, 134, 139, 140, 146, 162, 164, 168, 169, 173, 184, 191, 192, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 215, 217, 220, 221, 232, 241, 243, 244, 278, 284, 289, 290, 302, 306, 310, 315, 319, 330, 333, 335, 341, 359, 361, 403, 408, 433, 441, 442, 444, 447, 454, 456, 461, 465, 466, 467, 470, 475, 476, 479, 481, 482, 486, 487

J

jugement. 153, 155, 290, 299, 300, 306, 338, 340, 341, 343, 344, 345, 362, 367, 369, 375, 382, 383, 384, 385, 387, 388, 390, 392, 393, 396, 398, 454, 459, 462, 463, 482

Julien18, 28, 73, 161, 163, 180, 244, 268, 281, 299, 342, 344, 376, 404, 462

jurisconsultes . 27, 47, 48, 51, 52, 60, 62, 73, 119, 120, 124, 147, 151, 169, 172, 178, 187, 190, 241, 245, 247, 248, 268, 273, 275, 277, 305, 311, 313, 324, 333, 356, 395, 396, 398, 401, 404, 412, 440, 445, 446, 463, 464, 467, 471, 483

juste46, 52, 56, 57, 58, 59, 60, 68, 72, 73, 74, 77, 78, 92, 99, 122, 256, 281, 290, 338, 344, 345, 404, 409, 418, 440, 448, 456, 463

justice8, 25, 53, 55, 56, 57, 58, 59, 66, 70, 72, 73, 74, 77, 81, 82, 83, 84, 90, 98, 106, 109, 130, 131, 152, 155, 177, 185, 195, 299, 319, 330, 378, 387, 390, 440, 476, 483, 486

Justinien 9, 10, 13, 17, 44, 48, 65, 66, 70, 72, 75, 94, 100, 109, 172, 176, 187, 198, 208, 217, 225, 303, 429, 436, 461, 465, 466, 467

L

Latin..... 67, 98

legis actio.....97, 98, 108

legs ..114, 129, 132, 141, 160, 249, 250, 251, 252, 253, 260, 262, 264, 265, 268, 270, 276, 277, 289, 290, 292, 305, 355, 360

lex specialis..... 68, 330

libera administratio.... 283, 300, 302, 303, 304, 308, 309, 311, 325, 431, 487

libéralité.. 132, 141, 146, 284, 309, 327, 337, 360

libéré civilement.....165, 275, 387

libérer..... 165, 180, 310, 318, 326, 337, 341, 343, 347, 351, 385, 419, 451, 460, 469

libertatis.... 80, 91, 95, 96, 102, 134, 178, 473, 485

liberté.. 41, 42, 64, 83, 91, 92, 94, 95, 96, 99, 102, 108, 117, 132, 178, 183, 234, 239, 245, 246, 258, 271, 272, 292, 293, 297, 313, 318, 341, 358, 360, 385, 391, 395, 417, 450, 452, 467, 478

limitation..... 161, 227, 299, 399, 462, 478

limites 76, 81, 89, 95, 125, 147, 196, 223, 225, 226, 228, 323, 388, 404, 477, 481

liquidation 19, 371, 386, 390, 392, 404, 405, 411, 413, 414, 415, 419, 420, 422, 423, 424, 428, 478

litis contestatio.... 153, 181, 338, 385, 387, 389, 393, 398, 424, 482

locatio-conductio 145, 146

location..... 157, 222, 232, 243, 336, 413, 439

M

maîtrise 7, 105, 111, 112, 115, 116, 117, 485

mancipi..... 111, 114

mandat.... 102, 123, 124, 146, 155, 162, 163, 164, 169, 199, 220, 221, 223, 224, 232, 233, 236, 237, 301, 302, 313, 321, 337, 358, 362, 405, 444, 446, 447, 456, 467, 470

mandataire 146, 199, 220, 221, 313, 321, 323, 337, 467

mandatum 145, 146, 199, 226

manumissio..... 41, 95

marchandises . 216, 220, 222, 266, 313, 315, 316, 386, 401, 404, 405, 411, 415, 418, 459, 487
 Marcien.....117, 260
 masse.....250, 263, 309, 411, 413, 417, 418, 420, 427, 428, 478
 mauvaise .162, 163, 167, 168, 169, 170, 196, 227, 228, 297, 328, 329, 348, 349, 359, 381, 392, 417, 418, 420, 421, 422, 423, 428, 443, 448, 450, 460, 466, 478, 480
 mauvaise foi... 162, 163, 167, 168, 169, 170, 227, 228, 297, 359, 381, 418, 420, 421, 422, 423, 428, 448, 450, 460, 466
 meilleure... 51, 189, 243, 300, 305, 329, 424, 456
merces 266, 315, 403, 404, 410, 415, 417, 418
mercis nomine 403, 404, 411, 426, 427
mercis peculiaris nomine 409
merx8, 239, 260, 265, 266, 269, 282, 364, 367, 371, 390, 392, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 475, 478, 480, 487, 488, 489
merx peculiaris.. 260, 390, 405, 409, 410, 412, 418, 425
 meuble111, 422
 miroir 143, 287, 318
 morale57, 58, 59, 174, 183, 187, 222, 410
 mort 43, 58, 64, 93, 102, 103, 132, 186, 237, 241, 251, 253, 254, 255, 256, 270, 288, 293, 304, 326, 353, 369, 374, 380, 384, 395, 398, 399, 428, 434, 435, 480
 Moyen-Âge.....77, 217
 moyens..... 46, 47, 71, 80, 93, 118, 120, 125, 147, 176, 179, 195, 207, 208, 210, 216, 241, 283, 285, 298, 302, 419, 434, 480, 482
mutuum.....67, 123, 145, 357, 361, 439

N

nation civilisée 92
 nations civilisées 54, 97, 107
naturalis ratio..... 62, 66, 69, 70, 173, 178
 navire 45, 195, 196, 216, 217, 219, 220, 222, 225, 226, 476
 nécessité 44, 67, 68, 73, 74, 75, 83, 144, 178, 219, 225, 258, 279, 280, 303, 321, 444,

454, 455, 456, 458, 463, 464, 469, 471, 479, 489
 négligent.....371, 420, 422
negotiatio... 401, 411, 412, 413, 414, 417, 418, 421, 422, 427
negotiorum gestio 146, 233, 321, 439, 440, 444, 445, 446, 463, 467
negotiorum gestor..... 440, 444, 445, 446, 455
negotium ... 158, 161, 195, 202, 204, 215, 225, 334, 336, 352, 377, 379, 380, 401, 438, 439, 442, 458, 465, 475, 476
nominatim . 139, 200, 205, 206, 207, 208, 210
nominatio... 203, 205, 207, 208, 209, 211, 212
 nominativement..... 139, 140
 novation151, 155, 337
 nuire.....90, 162, 169
 nul 84, 114, 129, 138, 164, 185, 210, 231, 276, 299, 303, 308, 309, 310, 315, 327, 355, 359, 466, 470
 nulle 83, 99, 109, 134, 155, 157, 206, 326, 329, 339, 348
 nullité..... 122, 129, 146, 157, 158, 159, 160, 169, 181, 185, 191, 208, 212, 328, 331, 469, 474

O

objet de droit..43, 44, 87, 93, 111, 116, 118, 120, 147, 191, 279, 391, 473, 483
 objets de droit79, 111, 112, 117, 240
obligatio naturalis 18, 30, 48, 60, 82, 121, 122, 129, 156, 165, 171, 172, 173, 175, 176, 177, 180, 184, 186, 187, 190, 201, 279, 294, 330, 389
 obligation8, 48, 58, 59, 60, 62, 69, 76, 77, 80, 81, 82, 83, 92, 97, 122, 123, 124, 128, 129, 130, 138, 151, 152, 153, 155, 156, 157, 158, 159, 165, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 199, 200, 204, 205, 209, 219, 222, 224, 228, 230, 232, 233, 244, 257, 261, 262, 264, 279, 290, 293, 294, 295, 297, 298, 299, 313, 314, 316, 319, 320, 325, 326, 329, 331, 332, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 353, 354, 355, 356, 358, 361, 375, 377, 378, 379, 380, 381, 383, 385, 387, 388, 389, 390, 393, 395, 396, 404, 409, 416, 420,

424, 426, 433, 437, 442, 443, 444, 449,
450, 451, 465, 469, 486
obligation adjectice 294, 344, 376
obligation naturelle 48, 58, 60, 82, 122, 130,
151, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178,
179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186,
187, 261, 279, 295, 299, 313, 316, 325,
326, 331, 332, 338, 339, 340, 341, 342,
343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350,
351, 354, 356, 361, 375, 385, 387, 388,
389, 390, 437, 444, 451, 469, 486
obligations bilatérales 149
obligations civiles... 151, 173, 183, 186, 199,
293, 294, 295, 314, 335, 341, 342, 346,
353, 355, 378
obligations consensuelles..... 158, 159, 176
obligations de fait..... 129, 175, 340
obligations morales 176, 183
obligations naturelles . 25, 75, 129, 130, 171,
172, 173, 174, 176, 177, 179, 180, 181,
184, 186, 201, 231, 293, 294, 299, 321,
325, 329, 330, 336, 342, 344, 346, 347,
353, 357, 363, 372, 389
Ofilius 216
onéreux 149, 189, 284, 329
opposition . 74, 145, 265, 280, 281, 407, 421
ordinaire . 116, 120, 135, 138, 139, 152, 180,
196, 203, 206, 211, 230, 232, 252, 265,
266, 270, 277, 311, 320, 340, 343, 352,
364, 369, 376, 389, 392, 395, 396, 398,
408, 419, 420, 424, 427, 446, 456
ordre juridique 42, 46, 52, 66, 68, 69, 71, 73,
74, 79, 81, 87, 92, 147, 178, 179, 209,
210, 233, 242, 246, 298, 313, 323, 324,
329, 470, 471, 474, 483
ouverture d'action..... 383, 384, 424, 462

P

paiement... 31, 119, 123, 165, 179, 203, 234,
252, 260, 290, 295, 297, 299, 301, 313,
318, 323, 326, 337, 339, 341, 342, 343,
347, 348, 349, 351, 352, 360, 361, 362,
367, 368, 369, 376, 387, 390, 401, 403,
411, 413, 418, 423, 427, 441, 449, 450,
451, 452, 453
paradoxe 74, 147, 180, 237, 277, 470
paradoxes 242, 247, 258, 324, 354, 481, 483
passif 76, 77, 79, 82, 170, 190, 209, 248,
250, 251, 252, 253, 254, 256, 257, 259,

261, 262, 263, 264, 266, 271, 281, 332,
350, 378, 406, 408, 410, 414, 415, 428,
437, 439, 440, 443, 449, 452, 471, 487
passifs 144, 250, 253, 257, 265
paterfamilias . 90, 96, 101, 102, 103, 104, 105,
189, 200, 256, 271, 272, 275, 276, 308,
347, 351, 448
patientia..... 407, 479
patrimoine... 23, 80, 103, 104, 105, 112, 115,
117, 123, 128, 132, 134, 137, 140, 141,
143, 144, 145, 181, 184, 185, 192, 200,
204, 205, 206, 208, 209, 211, 215, 227,
229, 230, 236, 237, 240, 243, 245, 247,
248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255,
256, 257, 259, 261, 262, 263, 264, 265,
267, 271, 272, 273, 275, 276, 277, 278,
283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 291,
292, 294, 295, 296, 297, 299, 301, 302,
304, 305, 306, 308, 309, 312, 314, 315,
316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 326,
328, 330, 333, 334, 340, 345, 348, 350,
354, 357, 359, 360, 362, 365, 366, 369,
370, 371, 372, 373, 378, 379, 381, 382,
384, 390, 392, 396, 398, 399, 401, 403,
405, 406, 409, 410, 412, 414, 422, 423,
429, 430, 434, 435, 437, 438, 439, 440,
441, 442, 443, 444, 445, 447, 448, 449,
452, 453, 455, 456, 457, 459, 460, 461,
462, 463, 464, 465, 466, 470, 471, 475,
476, 477, 478, 481, 487
patrimoine propre . 272, 273, 278, 284, 289,
306, 315, 317, 318, 319, 321, 340, 360,
370, 390, 430, 476, 478
patrimonial..... 143, 190, 253, 410, 440, 442,
469
patrimonium 249, 250, 251, 253, 254, 256,
257, 261, 267, 273, 276, 289, 374, 378,
384, 404, 410
Paul 10, 13, 14, 19, 23, 24, 26, 27, 33, 44,
48, 57, 73, 78, 109, 124, 166, 167, 220,
273, 310, 321, 412, 435
payer 243, 252, 291, 293, 296, 310, 313, 323,
351, 358, 360, 361, 362, 368, 369, 371,
374, 385, 387, 392, 420, 433, 441, 443,
449, 451, 452
pécule ... 8, 31, 105, 106, 122, 129, 130, 132,
134, 141, 143, 144, 146, 149, 161, 162,
163, 164, 166, 167, 170, 172, 177, 181,
183, 184, 185, 186, 188, 191, 192, 195,
196, 197, 201, 209, 210, 215, 219, 220,

224, 226, 227, 229, 231, 234, 238, 239, 240, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 325, 326, 327, 328, 329, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 401, 402, 403, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 417, 418, 419, 424, 425, 426, 427, 428, 430, 431, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 440, 441, 442, 444, 445, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 457, 458, 460, 461, 462, 466, 468, 469, 471, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 486, 487, 488

peculiari nomine. 122, 132, 162, 163, 166, 196, 272, 274, 286, 305, 311, 314, 316, 320, 322, 334, 335, 338, 362, 381, 404, 488

peculiariter. 305, 314, 315, 341, 361, 362, 404

peculio nomine 460

peculium 36, 129, 130, 181, 192, 227, 240, 245, 249, 259, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 273, 274, 275, 277, 281, 282, 286, 291, 293, 294, 296, 298, 301, 305, 307, 310, 340, 341, 342, 345, 357, 360, 363, 364, 365, 366, 368, 372, 373, 374, 378, 382, 384, 386, 395, 396, 398, 409, 419, 430, 460, 477, 480, 483

Pédus 156, 157, 411, 412

pérégryn 98

pérégryns 99, 103

permissum. 278, 279, 280, 281, 286, 287, 307, 308, 479

persona 43, 78, 89, 91, 94, 119, 121, 124, 368, 471, 473

personalis 84, 166

personnalité 7, 21, 33, 43, 47, 60, 79, 89, 90, 91, 92, 95, 107, 109, 121, 127, 143, 147, 161, 166, 169, 173, 188, 235, 246, 256, 257, 263, 279, 288, 312, 322, 334, 354, 368, 473, 485

personne 7, 34, 43, 46, 47, 56, 58, 60, 64, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 85, 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 98, 99, 100, 101, 102, 106, 107, 108, 109, 111, 113, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 127, 128, 132, 133, 134, 135, 138, 139, 140, 141, 143, 152, 155, 160, 162, 163, 164, 167, 168, 170, 173, 175, 177, 178, 179, 181, 182, 183, 185, 186, 190, 195, 201, 202, 206, 208, 209, 211, 212, 220, 222, 232, 233, 234, 236, 237, 243, 247, 248, 249, 250, 254, 255, 256, 257, 264, 274, 284, 288, 291, 293, 294, 296, 305, 306, 308, 311, 312, 313, 315, 320, 321, 323, 326, 327, 330, 331, 334, 341, 346, 348, 349, 352, 353, 354, 355, 364, 368, 369, 372, 375, 377, 378, 379, 380, 382, 390, 393, 396, 401, 403, 404, 407, 410, 413, 414, 418, 423, 430, 437, 438, 445, 473, 476, 482, 483, 485

personne morale 89

personne physique 89

pétition 139, 250, 463

philosophie 19, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 29, 32, 37, 47, 52, 75, 77, 187, 313, 483

pignus 145, 146, 156, 226

possesseur de bonne foi 116, 120, 134, 139, 140, 206, 209, 211, 212, 237, 371, 380

possession 111, 112, 115, 122, 123, 124, 136, 166, 167, 168, 170, 183, 242, 260, 274, 275, 277, 282, 286, 289, 298, 306, 310, 317, 319, 320, 328, 329, 448, 485

potestas. 69, 73, 78, 81, 90, 97, 101, 103, 104, 105, 135, 138, 198, 209, 211, 237, 241, 254, 265, 276, 278, 279, 282, 283, 294, 317, 367, 382, 394, 395, 430, 440, 445, 460, 469, 470, 473

pour le tout 183, 195, 196, 198, 199, 204, 216, 219, 220, 223, 225, 226, 228, 229, 233, 243, 294, 319, 338, 340, 341, 343, 344, 346, 376, 377, 382, 387, 388, 408, 435, 461, 465, 476, 479, 480

pouvoir 43, 58, 68, 76, 77, 79, 80, 81, 82, 84, 90, 98, 103, 104, 105, 108, 119, 123, 130, 133, 137, 144, 145, 147, 161, 163,

165, 178, 179, 180, 185, 190, 191, 196,
 197, 204, 212, 219, 221, 225, 229, 230,
 239, 241, 242, 254, 256, 261, 267, 268,
 275, 276, 278, 282, 283, 284, 289, 293,
 297, 301, 303, 304, 305, 319, 320, 322,
 323, 327, 329, 336, 339, 342, 347, 354,
 356, 358, 370, 372, 373, 374, 379, 385,
 389, 395, 405, 413, 416, 417, 431, 434,
 442, 464, 467, 471, 473, 474, 478, 479,
 480
praepositio 8, 134, 173, 184, 192, 196, 197,
 215, 218, 221, 227, 228, 236, 237, 244,
 359, 406, 412, 441, 442, 444, 454, 466,
 477, 481, 486, 487
praepositiones..... 407, 433, 465, 467, 470, 475,
 476, 478, 479
precarium 146
 préposant 196, 215, 217, 218, 219, 220, 221,
 223, 224, 227, 228, 229, 230, 232, 233,
 234, 235, 236, 237, 238
 préposé ... 162, 164, 196, 215, 216, 217, 219,
 220, 221, 223, 224, 225, 226, 227, 228,
 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236,
 412, 466, 481
 préposition 134, 192, 195, 196, 215, 218,
 219, 220, 222, 223, 224, 225, 226, 227,
 228, 229, 230, 235, 236, 237, 241, 242,
 244, 277, 302, 315, 319, 325, 335, 339,
 343, 363, 406, 408, 412, 437, 443, 474,
 476, 487, 488
 prépositions ... 191, 192, 217, 221, 222, 231,
 235, 301, 306, 310, 408, 456, 461, 465,
 466
 prestation.... 81, 83, 138, 141, 146, 152, 153,
 154, 156, 179, 185, 191, 192, 200, 204,
 210, 212, 231, 291, 315, 322, 330, 331,
 332, 335, 336, 338, 339, 346, 347, 349,
 351, 360, 361, 363, 378, 379, 385, 401,
 403, 427, 437, 442, 451, 457, 461, 462,
 464, 469, 474, 477
 prêt ... 67, 123, 162, 180, 182, 200, 209, 224,
 225, 244, 275, 277, 286, 293, 309, 310,
 319, 337, 348, 349, 351, 357, 361, 386,
 413, 419, 449, 454, 459, 466
 prêteur..... 47, 57, 63, 93, 120, 124, 146, 147,
 168, 178, 181, 185, 190, 191, 195, 199,
 204, 210, 216, 217, 218, 234, 235, 240,
 241, 242, 243, 247, 251, 258, 271, 272,
 274, 275, 290, 297, 313, 323, 330, 334,
 342, 345, 354, 359, 366, 367, 372, 375,
 377, 378, 381, 384, 385, 388, 393, 395,
 399, 402, 409, 416, 417, 419, 422, 426,
 431, 434, 435, 436, 438, 444, 455, 469,
 471, 474, 475, 477, 479, 480, 481, 482
 privilèges 371, 386, 425, 426, 478, 489
 pro rata.... 268, 402, 416, 418, 419, 428, 478
 procédure.... 83, 98, 137, 149, 178, 234, 241,
 268, 299, 367, 369, 383, 385, 386, 388,
 390, 409, 411, 413, 415, 416, 417, 419,
 420, 421, 422, 458, 464, 489
 procédure formulaire 178, 234
 procès 81, 131, 153, 154, 181, 212, 234, 336,
 345, 367, 369, 371, 375, 380, 381, 385,
 387, 389, 392, 393, 415, 418, 425, 434,
 449, 453, 455, 458, 468
 Proculiens 207, 356
procurator 124, 230, 245, 446, 470
 profit... 79, 81, 105, 143, 164, 195, 196, 234,
 237, 242, 244, 271, 280, 302, 323, 373,
 377, 378, 416, 428, 441, 448, 450, 452,
 462, 464, 465, 476, 480
 propriétaire ... 69, 79, 82, 103, 105, 113, 116,
 123, 128, 133, 135, 139, 140, 141, 143,
 185, 206, 209, 211, 215, 224, 231, 232,
 237, 245, 267, 272, 273, 276, 277, 309,
 310, 313, 315, 317, 318, 320, 327, 330,
 371, 399, 413, 414, 448, 459, 473
 propriété. 31, 43, 65, 70, 78, 79, 93, 98, 103,
 104, 108, 111, 112, 115, 117, 124, 128,
 131, 132, 134, 135, 136, 152, 153, 158,
 159, 160, 209, 247, 249, 254, 260, 266,
 272, 276, 277, 286, 298, 306, 309, 310,
 313, 318, 331, 332, 379, 395, 396, 410,
 414, 448, 485
 protection ... 21, 80, 81, 84, 96, 98, 188, 190,
 246, 286, 290, 294, 323, 326, 357, 359,
 374, 375, 413, 426, 453, 454, 455, 456,
 489
 protéger.... 81, 145, 178, 225, 294, 330, 345,
 442, 443, 445, 464
 prudence 224
 puissance..... 8, 44, 62, 81, 93, 102, 103, 104,
 105, 106, 108, 109, 115, 118, 121, 122,
 123, 125, 128, 130, 132, 133, 135, 136,
 138, 139, 153, 162, 178, 189, 190, 195,
 198, 206, 211, 227, 236, 237, 241, 246,
 254, 256, 265, 269, 272, 275, 290, 295,
 298, 304, 313, 323, 327, 328, 334, 336,
 339, 347, 350, 351, 354, 355, 359, 363,
 365, 366, 371, 372, 374, 377, 379, 380,

395, 397, 426, 429, 440, 444, 453, 473,
476, 480, 482, 486
punir.....371, 421
purement favorable.....197, 327

Q

quod iussu ...33, 162, 164, 191, 192, 195, 196,
197, 198, 201, 203, 204, 208, 210, 217,
219, 221, 231, 241, 242, 243, 245, 257,
302, 319, 361, 377, 408, 435, 447, 456,
465, 476, 479, 480, 482, 486, 487

R

raison...53, 56, 57, 58, 59, 60, 63, 64, 65, 66,
67, 68, 69, 70, 72, 73, 78, 85, 92, 94,
112, 127, 132, 137, 156, 157, 164, 170,
174, 176, 177, 178, 179, 187, 192, 196,
199, 202, 204, 209, 216, 219, 223, 225,
230, 243, 244, 252, 255, 261, 275, 285,
291, 299, 300, 305, 306, 312, 319, 320,
339, 340, 345, 346, 350, 357, 359, 374,
378, 386, 395, 404, 406, 413, 419, 426,
427, 437, 449, 454, 461, 463, 476, 477,
478, 479, 481, 482, 483
rapport civil.... 183, 185, 232, 295, 323, 336,
339, 346, 359, 388, 393, 488
rapport contractuel 178, 221, 231, 237, 310,
334, 377, 424, 483
rapport d'obligations 69, 149, 173, 177, 183,
199, 231, 274, 293, 294, 295, 313, 314,
316, 320, 325, 329, 330, 335, 336, 338,
341, 342, 346, 347, 372, 378
rapport de droit..77, 84, 152, 175, 177, 185,
221, 229, 231, 289, 294, 295, 298, 313,
314, 320, 325, 326, 328, 335, 336, 341,
342, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 354,
357, 360, 372, 430, 445, 466, 477
rapport horizontal.....364, 365
rapport interne.....233, 338, 353, 445
rapport juridique65, 151, 164, 312
rapport naturel182, 295, 323, 338, 339, 343,
346, 359, 372, 388, 393, 488
rapport vertical 364
rapports de droit civil 325
rapports externes.....263, 325, 338, 488
rapports internes263, 277, 319, 321, 346,
354, 356, 361, 380, 391, 488
ratifie 201, 210, 223, 303, 326, 360
ratifier.....201, 279, 332, 458

réalité 45, 58, 61, 67, 83, 93, 94, 127, 143,
174, 175, 182, 185, 246, 258, 272, 381,
441, 474
réalités.32, 55, 57, 58, 59, 60, 61, 70, 74, 82,
87, 89, 107, 120, 173, 175, 187, 382
réciproques 58, 137, 153, 155, 156, 184,
294, 309, 329, 330, 338
recouvrement212, 337, 369, 424
récursaire 229, 233, 266, 267, 359, 362, 374,
423
rédhibitoire161, 170, 230
règle d'ordre366
règles prétorienne . 181, 354, 375, 378, 431
relations commerciales 81, 119, 124, 149,
201, 212, 271, 403, 469, 482
réminiscence.....359
réparation222, 226, 228, 235, 276, 313, 332,
333, 335, 337, 340, 345, 386, 409, 425,
464, 477
réparer344, 346, 352, 358, 409, 422
répété..... 183, 291, 294, 301, 313, 326, 336,
337, 339, 342, 346, 348, 349, 350, 375,
386
répéter 53, 152, 179, 180, 182, 184, 185,
191, 261, 295, 308, 313, 326, 329, 331,
332, 336, 339, 341, 342, 344, 345, 347,
348, 349, 350, 352, 360, 376, 385, 388,
390, 474
représentant66, 91, 124, 147, 181, 190, 191,
192, 195, 198, 200, 206, 210, 211, 221,
230, 238, 245, 247, 311, 312, 322, 405,
437, 445, 467, 470, 476, 477, 488
représentation 7, 8, 47, 48, 101, 102, 120,
121, 122, 123, 125, 132, 137, 145, 146,
147, 173, 189, 190, 191, 198, 199, 201,
205, 211, 212, 218, 220, 221, 222, 229,
230, 231, 232, 233, 234, 236, 237, 238,
245, 246, 304, 311, 312, 320, 321, 322,
323, 326, 330, 332, 335, 345, 346, 391,
405, 437, 442, 443, 444, 445, 446, 457,
467, 469, 470, 471, 478, 479, 485, 486,
488, 489
représentation directe 123, 133, 199, 236,
238, 405, 443, 445
rerum natura.....55, 60, 173
res 41, 46, 60, 70, 80, 94, 111, 112, 113,
114, 115, 116, 117, 175, 195, 215, 220,
226, 248, 250, 251, 259, 260, 262, 264,
276, 278, 280, 290, 301, 307, 385, 392,
448, 471, 473, 475

responsabilité. 48, 83, 96, 97, 106, 154, 162, 164, 170, 191, 192, 195, 196, 200, 203, 204, 205, 208, 210, 211, 217, 218, 225, 226, 229, 230, 231, 232, 233, 243, 244, 246, 257, 268, 269, 278, 280, 289, 291, 299, 300, 306, 312, 315, 320, 321, 323, 325, 333, 334, 335, 344, 345, 346, 352, 364, 365, 367, 368, 369, 370, 371, 378, 379, 381, 383, 384, 385, 386, 387, 389, 390, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 399, 402, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 412, 421, 423, 424, 425, 426, 427, 429, 430, 434, 436, 437, 439, 440, 441, 442, 444, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 454, 455, 456, 457, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 488, 489

restitutio in integrum... 243, 300, 388, 389, 394, 397, 398

retrait 224, 280, 286, 297, 303, 304, 460, 461

revendication .. 170, 250, 264, 313, 331, 469

revendiquer 115, 130, 131, 139, 146, 185, 191, 212, 231, 254, 264, 276, 309, 331, 413, 414, 443

S

Sabinien..... 207, 208, 356

scientia 56, 163, 282, 381, 401, 406, 407, 408, 409, 412, 421, 422, 425, 479, 489

Sentences..... 10, 14, 48

servi nomine..... 122, 132, 162, 244, 276, 286, 299, 311, 312, 314, 315, 320, 334, 335, 338, 341, 377, 381, 383, 403, 404, 408, 488

services..... 138, 139, 140, 141, 212, 228, 237, 242, 273, 331, 401, 411, 435, 439

servitude 41, 42, 78, 79, 82, 95, 117, 119, 152, 207

Servius Sulpicius..... 216

sine peculio 277, 288, 289, 290, 291, 316, 325, 326, 339, 343, 348, 350, 371, 384, 395, 396, 399, 437, 443, 474, 487, 488

situation avantageuse..... 120, 132, 134, 136, 137, 139, 140, 141, 203, 204, 206, 209, 232, 237, 320, 380, 486

societas 58, 67, 145, 146

société. 34, 53, 57, 58, 59, 64, 67, 69, 70, 76, 77, 89, 97, 119, 147, 155, 174, 177, 178, 187, 222, 229, 241, 337, 371, 388, 405

solde 252, 255, 263, 372, 387, 388, 389, 390, 398

solidaire 229, 346, 350, 371, 390

solidairement .. 219, 229, 233, 347, 351, 371, 387

solidarité..... 76, 79, 204, 232, 261, 267, 295, 323, 339, 341, 346, 347, 348, 358, 359, 361, 388, 393, 488

sources.. 7, 13, 43, 46, 47, 48, 52, 60, 61, 66, 76, 81, 83, 87, 89, 92, 97, 107, 121, 151, 174, 183, 205, 217, 275, 311, 314, 324, 365, 382, 474, 483, 485, 486

sous-esclave 364

status 7, 43, 78, 80, 89, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 105, 107, 108, 109, 134, 183, 257, 270, 473, 485

status familiae..... 93, 102

statut. 1, 7, 42, 43, 44, 45, 46, 68, 74, 77, 78, 80, 81, 87, 91, 93, 103, 104, 105, 109, 117, 118, 119, 174, 178, 188, 279, 317, 323, 333, 354, 382, 393, 473, 474, 485

stipulatio..... 124, 145, 155, 156

stipulation 62, 83, 97, 109, 122, 124, 132, 133, 134, 137, 138, 140, 141, 152, 155, 156, 158, 175, 182, 189, 197, 200, 206, 207, 249, 284, 305, 486

stoïciens..... 59, 85

subjectif 8, 27, 37, 76, 77, 78, 79, 81, 82, 83, 84, 85, 144, 154, 155, 156, 157, 158, 166, 174, 175, 176, 211, 212, 235, 249, 254, 258, 306, 375, 401, 406, 479, 486, 489

subrogation..... 250, 298, 315, 361, 362, 415

succession .. 58, 97, 106, 114, 168, 169, 182, 224, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 255, 256, 260, 265, 296, 305, 334, 353, 358, 380, 461

successions . 62, 97, 114, 168, 170, 249, 256, 360

sui iuris. 78, 96, 100, 101, 102, 103, 105, 106, 108, 120, 139, 143, 177, 181, 209, 232, 241, 253, 254, 261, 262, 263, 271, 276, 293, 294, 296, 312, 340, 344, 349, 350, 355, 357, 376, 403, 440, 446, 467, 471

sujet de droit... 22, 37, 44, 76, 77, 82, 83, 85, 87, 90, 93, 107, 120, 143, 147, 191, 237,

254, 272, 275, 317, 323, 354, 404, 430,
470, 473
suprématic.....241, 331

T

taberna..... 222, 383, 406, 407, 415
tabernam..... 218
titulaire..60, 78, 79, 82, 83, 90, 97, 108, 120,
123, 124, 128, 130, 132, 137, 143, 147,
199, 236, 248, 254, 255, 256, 261, 267,
271, 272, 274, 275, 276, 280, 282, 294,
295, 317, 323, 324, 350, 403, 410, 413,
429, 487
titularité..34, 85, 93, 101, 127, 272, 274, 275
tradition 132, 133, 156
transaction..... 215, 234, 294, 307, 312, 313,
319, 337, 347, 419, 439
transactions 145, 196, 205, 216, 301, 309,
317, 319, 322, 333, 336, 382, 384, 411,
415, 477, 478
transposition des sujets234, 391
tributio 404, 411, 420
tributoria.19, 22, 37, 196, 242, 243, 260, 265,
266, 269, 292, 293, 315, 318, 371, 386,
390, 392, 401, 402, 404, 406, 407, 408,
410, 412, 414, 416, 417, 418, 419, 420,
421, 422, 423, 424, 425, 427, 428, 429,
462, 478, 479, 480, 481, 482, 488, 489
tributum....386, 410, 411, 415, 416, 417, 418,
419, 420, 422, 423, 428
Tryphonien42, 449
Tubéron..... 258

U

Ulpien ...9, 10, 14, 41, 42, 47, 48, 57, 58, 63,
75, 79, 81, 104, 114, 162, 163, 195, 216,
225, 239, 243, 244, 245, 252, 255, 258,
259, 262, 271, 281, 289, 299, 300, 320,
363, 389, 397, 398, 407, 411, 412, 413,
426, 473, 481
universalité 248, 249, 250, 251, 252, 253,
254, 255, 256, 257, 263, 264, 265, 266,
267, 273, 276, 277, 278, 282, 283, 294,
296, 299, 414, 487
universitas ...20, 248, 251, 254, 255, 257, 263,
265, 410
usucaper..... 136, 166, 167, 168, 275, 329
usucapion 62, 112, 170, 274, 329

usufruit .70, 79, 83, 109, 115, 119, 122, 134,
135, 139, 140, 205, 206, 209, 250, 253,
317, 330, 485
usufruitier. 82, 116, 120, 134, 140, 141, 206,
209, 211, 212, 237, 315, 317, 318, 330,
371, 380, 473
utilitariste45, 68, 178
utilité..64, 67, 68, 73, 83, 112, 219, 235, 242,
279, 319, 446, 454, 455, 456, 458, 463,
464, 479, 489

V

valeur ..72, 97, 100, 111, 115, 116, 177, 223,
240, 244, 255, 258, 262, 266, 267, 268,
269, 272, 290, 297, 300, 306, 330, 343,
344, 345, 347, 364, 368, 369, 379, 386,
387, 388, 391, 398, 401, 402, 409, 414,
418, 419, 423, 427, 439, 449, 450, 455,
459, 461, 462, 463, 464, 469, 477, 478,
487
valeur pécuniaire.... 255, 267, 269, 379, 414,
487
validation..... 101, 333
valorisation241
venditio 67, 145, 146, 155, 160, 343, 418
vente ...57, 67, 114, 155, 157, 161, 162, 163,
174, 177, 200, 211, 215, 216, 222, 223,
229, 230, 234, 243, 251, 263, 277, 289,
292, 301, 309, 310, 329, 336, 337, 343,
351, 356, 373, 396, 398, 399, 401, 413,
414, 415, 423, 439, 459
vérités 55, 59, 60
versum 8, 25, 129, 130, 149, 170, 173, 181,
185, 191, 192, 193, 195, 198, 201, 210,
212, 227, 231, 242, 243, 262, 283, 294,
297, 315, 316, 318, 319, 321, 322, 325,
326, 330, 331, 333, 335, 336, 341, 342,
343, 345, 348, 352, 360, 361, 363, 378,
379, 381, 382, 392, 393, 394, 408, 430,
433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440,
441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448,
449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456,
457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464,
465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 475,
477, 479, 481, 482, 489
vicaire 265, 266, 270, 296, 311, 319, 352,
364, 369, 406, 449, 487
vicarius265, 364, 487
vinculum 152, 157, 175, 176, 177, 187

vinculum aequitatis.....175, 187
vocatio416, 417, 422, 424
volonté..8, 46, 56, 57, 59, 67, 70, 76, 78, 81,
82, 83, 84, 90, 118, 119, 120, 133, 136,
138, 144, 152, 156, 157, 158, 159, 160,
161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168,
169, 170, 174, 175, 176, 182, 187, 198,
201, 205, 211, 212, 216, 219, 220, 224,
227, 228, 229, 235, 236, 243, 245, 249,
265, 275, 278, 279, 280, 281, 282, 283,
284, 286, 287, 288, 296, 298, 300, 301,
303, 304, 306, 310, 312, 315, 317, 320,
321, 322, 323, 327, 340, 354, 355, 356,

357, 366, 381, 382, 383, 386, 399, 402,
406, 407, 408, 409, 412, 430, 431, 433,
438, 439, 441, 446, 447, 448, 449, 454,
455, 456, 457, 460, 466, 467, 470, 473,
476, 477, 478, 479, 480, 481, 486
voluntas 56, 81, 157, 160, 167, 224, 322, 407,
408, 438
vox domini.....206

X

XII Tables.....75, 239, 240, 245, 408

Table des références

Sauf indication contraire, les numéros correspondent aux pages (comprenant les notes de bas de page) où se trouve le texte recherché.

DIGESTA - DIGESTE

D. 1, 1, 1, pr. <i>Ulpianus</i>	56, 57
D. 1, 1, 1, 2 <i>Ulpianus</i>	53, 64
D. 1, 1, 1, 3 <i>Ulpianus</i>	55, 60, 66
D. 1, 1, 1, 4 <i>Ulpianus</i>	66
D. 1, 1, 3 <i>Florentinus</i>	60
D. 1, 1, 4 <i>Ulpianus</i>	41, 42, 69, 107
D. 1, 1, 5 <i>Hermogenianus</i>	67, 69, 97
D. 1, 1, 6 <i>Ulpianus</i>	47
D. 1, 1, 6, pr. <i>Ulpianus</i>	63, 65, 97
D. 1, 1, 6, pr.-1 <i>Ulpianus</i>	47
D. 1, 1, 7, pr.-1 <i>Papinianus</i>	47, 63
D. 1, 1, 7, 1 <i>Papinianus</i>	63, 64, 190
D. 1, 1, 8 <i>Marcianus</i>	63
D. 1, 1, 9 <i>Gaius</i>	47, 63, 65, 66, 67, 90
D. 1, 1, 10, pr. <i>Ulpianus</i>	57
D. 1, 1, 10, pr.-1 <i>Ulpianus</i>	81, 90, 153
D. 1, 1, 10, pr.-2 <i>Ulpianus</i>	56
D. 1, 1, 11 <i>Paulus</i>	56, 57, 63, 64, 78, 82, 90, 97
D. 1, 2, 2, 3-4 <i>Pomponius</i>	75
D. 1, 2, 2, 4 <i>Pomponius</i>	96
D. 1, 2, 2, 6 <i>Pomponius</i>	98
D. 1, 2, 2, 12 <i>Pomponius</i>	63
D. 1, 2, 2, 39 <i>Pomponius</i>	62
D. 1, 2, 2, 47 <i>Pomponius</i>	75
D. 1, 3, 2 <i>Marcianus</i>	75
D. 1, 3, 3 <i>Pomponius</i>	75
D. 1, 3, 8 <i>Ulpianus</i>	90
D. 1, 3, 16 <i>Paulus</i>	68
D. 1, 3, 19-21 <i>Iulianus, Neratius, Celsus</i>	330, 474
D. 1, 3, 20 <i>Iulianus</i>	73
D. 1, 3, 21 <i>Neratius</i>	73
D. 1, 3, 39 <i>Celsus</i>	69
D. 1, 3, 40 <i>Modestinus</i>	68
D. 1, 3, 41 <i>Ulpianus</i>	80
D. 1, 4, 2 <i>Ulpianus</i>	68, 330, 474
D. 1, 5, 1 <i>Gaius</i>	80, 90
D. 1, 5, 2 <i>Hermogenianus</i>	80, 83
D. 1, 5, 3 <i>Gaius</i>	94, 95
D. 1, 5, 4 <i>Florentinus</i>	102
D. 1, 5, 4, pr. <i>Florentinus</i>	95
D. 1, 5, 4, pr. ss <i>Florentinus</i>	42

D. 1, 5, 4, pr.-1 <i>Florentinus</i>	94
D. 1, 5, 4, 1 <i>Florentinus</i>	45, 69, 73, 116, 117, 474
D. 1, 5, 4, 1-2 <i>Florentinus</i>	118
D. 1, 5, 4, 1-3 <i>Florentinus</i>	41
D. 1, 5, 4, 2 <i>Florentinus</i>	44, 241
D. 1, 5, 5, pr. <i>Marcianus</i>	117
D. 1, 5, 5, pr.-3 <i>Marcianus</i>	95
D. 1, 5, 5, 1 <i>Marcianus</i>	69, 93, 104, 115, 116, 117, 118
D. 1, 5, 5, 2 <i>Marcianus</i>	95
D. 1, 5, 14 <i>Paulus</i>	94
D. 1, 5, 17 <i>Ulpianus</i>	99
D. 1, 5, 19 <i>Celsus</i>	98
D. 1, 5, 23 <i>Modestinus</i>	98
D. 1, 5, 24 <i>Ulpianus</i>	61, 98
D. 1, 6, 1, 1 <i>Gaius</i>	135
D. 1, 6, 2 <i>Ulpianus</i>	178
D. 1, 6, 3 <i>Gaius</i>	62, 97
D. 1, 6, 4-5 <i>Ulpianus</i>	102, 103, 104
D. 1, 8, 1, pr. <i>Gaius</i>	249
D. 1, 8, 1, 1 <i>Gaius</i>	111, 112, 113
D. 1, 8, 2, pr. <i>Marcianus</i>	112
D. 1, 8, 2, pr.-1 <i>Marcianus</i>	61
D. 1, 8, 3 <i>Florentinus</i>	61
D. 1, 8, 5, pr. <i>Gaius</i>	69
D. 1, 12, 1, 7 <i>Ulpianus</i>	250
D. 2, 2, 3, 7 <i>Ulpianus</i>	179, 181
D. 2, 7, 3, pr. <i>Ulpianus</i>	106, 109
D. 2, 8, 15, pr. <i>Macer</i>	112
D. 2, 13, 4, pr. et 3 <i>Ulpianus</i>	449
D. 2, 13, 4, 3 <i>Ulpianus</i>	45, 438
D. 2, 13, 9, 1 <i>Paulus</i>	256
D. 2, 14, 1, 3-4 <i>Ulpianus</i>	156, 169
D. 2, 14, 5, pr. <i>Ulpianus</i>	69
D. 2, 14, 7, pr.-2 <i>Ulpianus</i>	153
D. 2, 14, 7, 1-2 <i>Ulpianus</i>	154
D. 2, 14, 7, 2 <i>Ulpianus</i>	113, 157
D. 2, 14, 7, 4 <i>Ulpianus</i>	157
D. 2, 14, 28, 2 <i>Gaius</i>	301, 307, 309, 337
D. 2, 14, 55 <i>Iulianus</i>	210
D. 3, 3, 33, pr. <i>Ulpianus (Labeo)</i>	245
D. 3, 3, 63 <i>Modestinus</i>	112
D. 3, 5, 5, 8 <i>Ulpianus</i>	146, 224
D. 3, 5, 9, 1 <i>Ulpianus</i>	446, 455
D. 3, 5, 13 <i>Ulpianus</i>	435, 445
D. 3, 5, 14 <i>Paulus</i>	146
D. 3, 5, 16 <i>Ulpianus</i>	313, 317
D. 3, 5, 16 ss <i>Ulpianus</i>	321, 445
D. 3, 5, 16-19 <i>Ulpianus et Paulus (Scaevola, Proculus, Sabinus, Pegasus, Neratius)</i>	146
D. 3, 5, 17 <i>Paulus (Proculus, Pegasus, Neratius)</i>	313, 445
D. 3, 5, 18, pr. <i>Paulus (Proculus, Pegasus, Neratius)</i>	321, 445

D. 3, 5, 18, pr.-2 Paulus (<i>Scaevola, Sabinus, Labeo</i>).....	313
D. 3, 5, 18, 1 Paulus (<i>Scaevola, Sabinus</i>).....	317, 353
D. 3, 5, 18, 2 Paulus (<i>Labeo</i>).....	321
D. 3, 5, 27 <i>Iavolenus</i>	152
D. 3, 5, 36, pr. Paulus.....	463
D. 3, 5, 38 <i>Gaius</i>	144
D. 3, 5, 41 Paulus.....	146, 337
D. 3, 5, 44, 1 <i>Ulpianus</i>	317, 385
D. 4, 2, 13 <i>Callistratus (divus Marcus, Marcianus, Caesar)</i>	82
D. 4, 3, 20, pr. Paulus (<i>Labeo</i>).....	264, 300, 439, 453
D. 4, 4, 3, 11 <i>Ulpianus</i>	161
D. 4, 4, 4 <i>Africanus</i>	161, 219
D. 4, 5, 1 <i>Gaius</i>	92
D. 4, 5, 2, pr. <i>Ulpianus</i>	183, 253
D. 4, 5, 2, 1 <i>Ulpianus</i>	183
D. 4, 5, 2, 2 <i>Ulpianus</i>	183
D. 4, 5, 3, 1 Paulus.....	127
D. 4, 5, 4 <i>Modestinus</i>	109, 117
D. 4, 5, 7, 2-3 Paulus (<i>Iulianus</i>).....	183
D. 4, 5, 8 <i>Gaius</i>	64, 182, 183, 331
D. 4, 5, 11 Paulus.....	92
D. 4, 6, 13, pr. Paulus.....	103, 105
D. 4, 9, 1, 2-3 <i>Ulpianus</i>	228
D. 4, 9, 1, 3 <i>Ulpianus</i>	219, 222
D. 4, 9, 1, 5 <i>Ulpianus</i>	218, 223
D. 4, 9, 3, 1 <i>Ulpianus</i>	222, 226
D. 4, 9, 3, 1-2 <i>Ulpianus</i>	218
D. 4, 9, 3, 2 <i>Ulpianus</i>	222, 226
D. 4, 9, 3, 3 <i>Ulpianus</i>	198, 219, 227, 229
D. 4, 9, 6, 4 Paulus.....	232, 233
D. 4, 9, 7, pr. <i>Ulpianus</i>	224, 225
D. 4, 9, 7, 1 <i>Ulpianus</i>	225
D. 4, 9, 7, 3-4 <i>Ulpianus</i>	227
D. 4, 9, 7, 6 <i>Ulpianus</i>	198, 221, 222, 288
D. 5, 1, 19, 3 <i>Ulpianus</i>	216
D. 5, 1, 20 Paulus.....	153
D. 5, 1, 50, 1 <i>Ulpianus</i>	253
D. 5, 1, 76 <i>Alfenus</i>	111, 251
D. 5, 2, 8, 9 <i>Ulpianus</i>	253
D. 5, 3, 20, pr. <i>Ulpianus</i>	114
D. 5, 3, 25, 11 <i>Ulpianus</i>	184
D. 5, 3, 27, pr. <i>Ulpianus</i>	116
D. 5, 3, 36, 4 Paulus.....	463
D. 5, 3, 40, pr. Paulus.....	463
D. 6, 1, 1, pr. <i>Ulpianus</i>	250
D. 6, 1, 35, 3 Paulus.....	111
D. 6, 1, 41, 1 <i>Ulpianus</i>	242, 301, 310, 336
D. 6, 1, 56 <i>Iulianus</i>	260, 264, 276
D. 6, 2, 3, 1 <i>Ulpianus</i>	168
D. 6, 2, 7, 13 <i>Ulpianus</i>	168, 170

D. 7, 1, 1-2 <i>Celsus</i>	82
D. 7, 1, 2 <i>Celsus</i>	79
D. 7, 1, 21 <i>Ulpianus</i>	141
D. 7, 1, 21-22 <i>Ulpianus</i>	141
D. 7, 1, 23, 1 <i>Ulpianus</i>	237
D. 7, 1, 24 <i>Paulus</i>	140
D. 7, 1, 25, pr. <i>Ulpianus</i>	141
D. 7, 1, 25, 1 <i>Ulpianus</i>	330
D. 7, 1, 25, 3 <i>Ulpianus</i>	140, 141
D. 7, 1, 25, 6 <i>Ulpianus (Scaevola)</i>	140, 208
D. 7, 1, 68, pr. <i>Ulpianus</i>	116
D. 7, 5, 2, 1 <i>Gaius</i>	70
D. 7, 6, 5, pr. <i>Ulpianus</i>	82
D. 7, 7, 1 <i>Paulus</i>	331
D. 7, 7, 2 <i>Ulpianus</i>	331
D. 7, 8, 14, pr. <i>Ulpianus</i>	141
D. 7, 8, 16, 2 <i>Pomponius</i>	134, 333
D. 7, 8, 20 <i>Marcellus</i>	134, 200, 215, 222
D. 8, 2, 6 <i>Gaius</i>	79, 82
D. 8, 2, 8 <i>Gaius</i>	70
D. 8, 4, 13, pr. <i>Ulpianus</i>	57
D. 9, 2, 4, pr. <i>Gaius</i>	70
D. 9, 2, 22, 1 <i>Paulus</i>	45
D. 9, 2, 45, pr. <i>Paulus</i>	407, 408
D. 9, 2, 52, 3 <i>Alfenus</i>	152
D. 9, 4, 1 <i>Gaius</i>	106
D. 9, 4, 2, pr. <i>Ulpianus</i>	408
D. 9, 4, 2, 1 <i>Ulpianus</i>	408
D. 9, 4, 3 <i>Ulpianus</i>	407
D. 9, 4, 4, pr. <i>Paulus</i>	407
D. 10, 2, 20, 1 <i>Ulpianus</i>	200, 340, 443
D. 10, 3, 25 <i>Iulianus</i>	267
D. 10, 2, 25, 1 <i>Paulus</i>	251, 252, 256
D. 10, 3, 8, 4 <i>Paulus</i>	267
D. 10, 3, 9 <i>Africanus</i>	267, 390
D. 12, 1, 1 <i>Ulpianus (Celsus)</i>	57
D. 12, 1, 2, 1 <i>Paulus</i>	111
D. 12, 1, 2, 4 <i>Paulus</i>	310, 319, 337, 348
D. 12, 1, 9, pr. ss <i>Ulpianus</i>	230
D. 12, 1, 9, 2 <i>Ulpianus</i>	123
D. 12, 1, 11, 2 <i>Ulpianus</i>	145, 286, 304, 310, 337
D. 12, 1, 12 <i>Pomponius</i>	145
D. 12, 1, 13, 2 <i>Ulpianus</i>	145
D. 12, 1, 29 <i>Paulus (Iulianus)</i>	200, 203, 217, 230, 465
D. 12, 1, 41 <i>Africanus</i>	216, 224
D. 12, 2, 20 <i>Paulus</i>	310, 337
D. 12, 2, 21 <i>Gaius</i>	310, 337, 338
D. 12, 6, 11 <i>Ulpianus</i>	341, 345, 346, 347, 386, 388
D. 12, 6, 13 <i>Paulus</i>	337, 345
D. 12, 6, 13, pr. <i>Paulus</i>	185, 287, 311, 323, 326, 337, 338, 339, 341, 347, 376

D. 12, 6, 14 <i>Pomponius</i>	179
D. 12, 6, 15, pr. <i>Paulus</i>	463
D. 12, 6, 19, pr. <i>Pomponius</i>	179, 181
D. 12, 6, 26, 8 <i>Ulpianus</i>	348
D. 12, 6, 26, 12 <i>Ulpianus (Iulianus, Celsus, Marcellus)</i>	184
D. 12, 6, 29 <i>Ulpianus</i>	329
D. 12, 6, 32, 2 <i>Iulianus</i>	184
D. 12, 6, 38, pr. <i>Africanus (Iulianus)</i>	364
D. 12, 6, 38, 1 <i>Africanus</i>	356, 374
D. 12, 6, 38, 1-2 <i>Africanus</i>	261, 356
D. 12, 6, 38, 2 <i>Africanus</i>	358, 365
D. 12, 6, 53 <i>Proculus</i>	308, 337
D. 12, 6, 54 <i>Papinianus</i>	157, 191, 329
D. 12, 6, 60, pr. <i>Paulus (Iulianus)</i>	385, 387
D. 12, 6, 61 <i>Scaevola</i>	251
D. 12, 6, 64 <i>Tryphoninus</i>	41, 104, 179, 183, 261, 319, 356, 358
D. 12, 6, 65 <i>Paulus</i>	329
D. 12, 7, 5, 1 <i>Papinianus</i>	69
D. 13, 3, 3 <i>Ulpianus</i>	463
D. 13, 3, 4 <i>Gaius</i>	463
D. 13, 5, 1 pr. <i>Ulpianus</i>	57
D. 13, 5, 1, 8 <i>Ulpianus</i>	151, 341, 345, 346
D. 13, 5, 2 <i>Iulianus</i>	341, 346, 388
D. 13, 5, 19, 2 <i>Paulus</i>	361
D. 13, 5, 20 <i>Paulus</i>	361
D. 13, 6, 3, 4 <i>Ulpianus</i>	146, 337, 386
D. 13, 6, 3, 5 <i>Ulpianus (Iulianus)</i>	162
D. 13, 6, 14 <i>Ulpianus</i>	146
D. 13, 7, 11, 5 <i>Ulpianus</i>	223
D. 13, 7, 18, 4 <i>Paulus</i>	146, 308, 310, 337
D. 13, 7, 28, 1 <i>Iulianus</i>	146
D. 14, 1, 1, pr. <i>Ulpianus</i>	216, 225, 228
D. 14, 1, 1, 1 <i>Ulpianus</i>	217, 232
D. 14, 1, 1, 2 <i>Ulpianus</i>	219, 221
D. 14, 1, 1, 3 <i>Ulpianus</i>	217, 222, 228
D. 14, 1, 1, 4 <i>Ulpianus</i>	45
D. 14, 1, 1, 5 <i>Ulpianus</i>	219
D. 14, 1, 1, 7 <i>Ulpianus</i>	225, 226
D. 14, 1, 1, 8 <i>Ulpianus</i>	222, 225
D. 14, 1, 1, 9 <i>Ulpianus</i>	216, 222, 224
D. 14, 1, 1, 9-10 <i>Ulpianus</i>	227
D. 14, 1, 1, 11 <i>Ulpianus</i>	222
D. 14, 1, 1, 12 <i>Ulpianus</i>	222, 223, 224, 225, 228
D. 14, 1, 1, 13 <i>Ulpianus</i>	221
D. 14, 1, 1, 14 <i>Ulpianus</i>	224
D. 14, 1, 1, 15 <i>Ulpianus</i>	217
D. 14, 1, 1, 17 <i>Ulpianus</i>	233
D. 14, 1, 1, 18 <i>Ulpianus</i>	221, 232, 233, 234, 236
D. 14, 1, 1, 19-20 <i>Ulpianus</i>	412
D. 14, 1, 1, 20 <i>Ulpianus</i>	219, 406, 408, 480

D. 14, 1, 1, 22 <i>Ulpianus</i>	219, 221, 479
D. 14, 1, 1, 24 <i>Ulpianus</i>	230, 232, 233
D. 14, 1, 1, 25 <i>Ulpianus</i>	229
D. 14, 1, 2 <i>Gaius</i>	229
D. 14, 1, 3 <i>Paulus</i>	229
D. 14, 1, 4, pr. <i>Ulpianus</i>	221
D. 14, 1, 4, 1 <i>Ulpianus</i>	220
D. 14, 1, 4, 1-2 <i>Ulpianus</i>	229
D. 14, 1, 4, 2 <i>Ulpianus</i>	219
D. 14, 1, 4, 3 <i>Ulpianus</i>	219
D. 14, 1, 4, 4 <i>Ulpianus</i>	228
D. 14, 1, 5, pr. <i>Paulus</i>	232
D. 14, 1, 5, 1 <i>Paulus</i>	191, 217, 232, 233, 314
D. 14, 1, 6, pr. <i>Paulus</i>	219, 227, 229, 480, 481
D. 14, 1, 6, pr.-1 <i>Paulus</i>	406
D. 14, 1, 6, 1 <i>Paulus</i>	229
D. 14, 1, 7, pr. <i>Africanus</i>	222
D. 14, 1, 7, pr.-2 <i>Africanus</i>	224, 225
D. 14, 3, 1, pr. <i>Ulpianus</i>	220, 231, 232, 233, 234, 236
D. 14, 3, 1 <i>Ulpianus</i>	218, 222, 228
D. 14, 3, 2 <i>Gaius</i>	222, 233
D. 14, 3, 3 <i>Ulpianus</i>	217, 222
D. 14, 3, 4 <i>Paulus</i>	222, 223
D. 14, 3, 5, pr. <i>Ulpianus</i>	217, 218, 222
D. 14, 3, 5, 1 <i>Ulpianus</i>	216, 222, 223
D. 14, 3, 5, 1-3 <i>Ulpianus</i>	229
D. 14, 3, 5, 2 <i>Ulpianus</i>	222, 223
D. 14, 3, 5, 3 <i>Ulpianus</i>	220, 223
D. 14, 3, 5, 4 <i>Ulpianus</i>	223
D. 14, 3, 5, 5 <i>Ulpianus</i>	223
D. 14, 3, 5, 6 <i>Ulpianus</i>	223
D. 14, 3, 5, 7 <i>Ulpianus</i>	223
D. 14, 3, 5, 8 <i>Ulpianus</i>	223
D. 14, 3, 5, 9 <i>Ulpianus</i>	219, 223
D. 14, 3, 5, 10 <i>Ulpianus</i>	223
D. 14, 3, 5, 12 <i>Ulpianus</i>	220, 222, 230
D. 14, 3, 5, 15 <i>Ulpianus</i>	226
D. 14, 3, 5, 17 <i>Ulpianus</i>	224, 228
D. 14, 3, 5, 18 <i>Ulpianus</i>	228
D. 14, 3, 6 <i>Paulus</i>	228
D. 14, 3, 7, pr. <i>Ulpianus</i>	223, 228
D. 14, 3, 8 <i>Gaius</i>	222
D. 14, 3, 11, 2 <i>Ulpianus</i>	224, 226
D. 14, 3, 11, 2-6 <i>Ulpianus</i>	224
D. 14, 3, 11, 3 <i>Ulpianus</i>	218
D. 14, 3, 11, 4 <i>Ulpianus</i>	226, 227
D. 14, 3, 11, 5 <i>Ulpianus</i>	226
D. 14, 3, 11, 5 et 6 <i>Ulpianus</i>	219
D. 14, 3, 11, 7 <i>Ulpianus</i>	406, 410, 412
D. 14, 3, 11, 8 <i>Ulpianus</i>	234, 449

D. 14, 3, 12 <i>Iulianus</i>	234, 449
D. 14, 3, 13, pr. <i>Ulpianus</i>	45, 222, 223
D. 14, 3, 13, 2 <i>Ulpianus</i>	218, 222, 229
D. 14, 3, 14 <i>Paulus</i>	218, 222, 229
D. 14, 3, 16 <i>Paulus</i>	223
D. 14, 3, 17, pr. <i>Paulus</i>	230
D. 14, 3, 17, 1 <i>Paulus</i>	224, 227, 231, 481
D. 14, 3, 17, 3 <i>Paulus</i>	224
D. 14, 3, 17, 4 <i>Paulus (Proculus)</i>	223, 226, 227, 242, 286, 320, 439, 442, 447, 466, 481
D. 14, 3, 17, 4-5 <i>Paulus</i>	227, 230, 465
D. 14, 3, 17, 5 <i>Paulus (Proculus)</i>	447, 466
D. 14, 3, 18 <i>Paulus</i>	217, 218, 222, 223
D. 14, 3, 19 <i>Papinianus</i>	218
D. 14, 3, 19, pr. <i>Papinianus</i>	124
D. 14, 3, 19, 2 <i>Papinianus</i>	223
D. 14, 3, 19, 3 <i>Papinianus</i>	223
D. 14, 3, 20 <i>Scaevola</i>	223, 407
D. 14, 4, 1, pr. <i>Ulpianus</i>	386, 401, 416, 417, 425
D. 14, 4, 1, 1 <i>Ulpianus</i>	411, 412, 413
D. 14, 4, 1, 1-2 <i>Ulpianus</i>	415
D. 14, 4, 1, 2 <i>Ulpianus</i>	367, 401, 406, 409, 425, 427
D. 14, 4, 1, 3 <i>Ulpianus</i>	406, 408, 479
D. 14, 4, 2 <i>Paulus</i>	410, 411
D. 14, 4, 3, 2 <i>Ulpianus</i>	401
D. 14, 4, 5, 1 <i>Ulpianus</i>	364, 406, 424
D. 14, 4, 5, 1 <i>Ulpianus (Pomponius)</i>	364
D. 14, 4, 5, 3 <i>Ulpianus</i>	401
D. 14, 4, 5, 4 <i>Ulpianus</i>	412
D. 14, 4, 5, 4-7 <i>Ulpianus</i>	404
D. 14, 4, 5, 5 <i>Ulpianus</i>	415, 418, 422
D. 14, 4, 5, 5-6 <i>Ulpianus</i>	404
D. 14, 4, 5, 6 <i>Ulpianus</i>	411, 416, 417
D. 14, 4, 5, 7 <i>Paulus (Labeo)</i>	371
D. 14, 4, 5, 7 <i>Ulpianus (Labeo)</i>	426
D. 14, 4, 5, 7 <i>Ulpianus (Labeo)</i>	367
D. 14, 4, 5, 8 <i>Ulpianus</i>	401
D. 14, 4, 5, 10 <i>Ulpianus</i>	418, 426
D. 14, 4, 5, 11 <i>Ulpianus</i>	409, 411, 414
D. 14, 4, 5, 11-13 <i>Ulpianus</i>	415
D. 14, 4, 5, 11-14 <i>Ulpianus</i>	418
D. 14, 4, 5, 12 <i>Ulpianus</i>	404, 419
D. 14, 4, 5, 13 <i>Ulpianus (Labeo)</i>	410, 413, 415, 418
D. 14, 4, 5, 14 <i>Ulpianus</i>	401, 413, 415
D. 14, 4, 5, 15 <i>Ulpianus</i>	401, 404, 417, 428
D. 14, 4, 5, 16 <i>Ulpianus</i>	218, 414, 428
D. 14, 4, 5, 17 <i>Ulpianus</i>	413, 428
D. 14, 4, 5, 18 <i>Ulpianus</i>	413, 414, 417
D. 14, 4, 5, 19 <i>Ulpianus</i>	418, 419
D. 14, 4, 6 <i>Paulus</i>	393, 419
D. 14, 4, 6, pr. <i>Paulus</i>	412

D. 14, 4, 7, pr. <i>Ulpianus</i>	417, 418, 419, 426
D. 14, 4, 7, 1 <i>Ulpianus</i>	417
D. 14, 4, 7, 2 <i>Ulpianus</i>	420, 422, 423
D. 14, 4, 7, 2 ss <i>Ulpianus</i>	427
D. 14, 4, 7, 2-4 <i>Ulpianus</i>	415
D. 14, 4, 7, 3 <i>Ulpianus</i>	413, 420, 422
D. 14, 4, 7, 4 <i>Ulpianus</i>	420, 422
D. 14, 4, 8 <i>Iulianus</i>	401, 420, 421, 422, 428
D. 14, 4, 9, 1 <i>Ulpianus</i>	424, 480, 482
D. 14, 4, 9, 2 <i>Ulpianus (Labeo, Pomponius)</i>	292, 293, 420, 423
D. 14, 4, 11 <i>Gaius</i>	404, 410, 411, 414, 415, 417, 418, 424, 425
D. 14, 4, 12 <i>Iulianus</i>	404, 411, 413, 416, 418, 419, 420, 426
D. 14, 5, 1 <i>Gaius</i>	195, 204, 243, 334, 336, 383, 435, 438, 447, 461, 475
D. 14, 5, 1, pr. <i>Gaius</i>	439
D. 14, 5, 2, pr. <i>Ulpianus</i>	336
D. 14, 5, 3 <i>Ulpianus</i>	482
D. 14, 5, 4, 2 <i>Ulpianus</i>	409
D. 14, 5, 4, 5 <i>Ulpianus (Proculus, Celsus)</i>	243, 480, 481, 482
D. 14, 5, 8 <i>Paulus</i>	146, 222, 223, 224
D. 14, 6, 3, 2 <i>Ulpianus (Iulianus)</i>	309, 310
D. 14, 6, 7, 12 <i>Ulpianus (Iulianus)</i>	439, 441, 448
D. 14, 6, 9, 4-5 <i>Ulpianus</i>	179, 186
D. 14, 6, 10 <i>Paulus</i>	179, 186
D. 14, 6, 18 <i>Venuleius (Iulianus)</i>	181, 186
D. 15, 1, 1, pr. <i>Ulpianus</i>	204, 243, 380, 462, 479
D. 15, 1, 1, pr.-2 <i>Ulpianus</i>	377, 438
D. 15, 1, 1, 1 <i>Ulpianus</i>	195, 239, 245, 435
D. 15, 1, 1, 2 <i>Ulpianus</i>	379
D. 15, 1, 1, 5 et 6 <i>Ulpianus</i>	380
D. 15, 1, 1, 6 <i>Ulpianus</i>	314, 320, 380
D. 15, 1, 2 <i>Pomponius</i>	318, 330, 380, 475
D. 15, 1, 3, pr. <i>Ulpianus</i>	334, 336
D. 15, 1, 3, pr.-1 <i>Ulpianus (Labeo)</i>	380
D. 15, 1, 3, 1 <i>Ulpianus (Labeo)</i>	296
D. 15, 1, 3, 3 <i>Ulpianus (Peditius)</i>	282, 283
D. 15, 1, 3, 4 <i>Ulpianus</i>	280
D. 15, 1, 3, 5 <i>Ulpianus (Celsus)</i>	301
D. 15, 1, 3, 8 <i>Ulpianus</i>	106
D. 15, 1, 4, pr. <i>Pomponius</i>	259, 278, 282, 283, 287, 298
D. 15, 1, 4, 1 <i>Pomponius</i>	358
D. 15, 1, 4, 1/5 <i>Ulpianus</i>	356
D. 15, 1, 4, 2 <i>Pomponius</i>	282
D. 15, 1, 4, 3-4 <i>Pomponius</i>	270
D. 15, 1, 4, 5 <i>Pomponius</i>	262, 264, 282, 283, 299, 315
D. 15, 1, 4, 6 <i>Celsus</i>	259, 265
D. 15, 1, 5, 3 <i>Ulpianus</i>	267, 273
D. 15, 1, 5, 4 <i>Ulpianus</i>	258, 281, 282, 356, 367
D. 15, 1, 6 <i>Celsus</i>	283
D. 15, 1, 7, 1 <i>Ulpianus (Marcellus, Iulianus)</i>	281, 283, 296, 301, 303
D. 15, 1, 7, 2 <i>Ulpianus (Pomponius)</i>	282

D. 15, 1, 7, 4-7 <i>Ulpianus</i>	259
D. 15, 1, 7, 5 <i>Ulpianus (Labeo)</i>	305, 360
D. 15, 1, 7, 6 <i>Ulpianus</i>	259, 319, 348, 357, 360, 362
D. 15, 1, 7, 7 <i>Ulpianus</i>	364
D. 15, 1, 8 <i>Paulus</i>	259, 282, 283, 284, 296, 357, 360
D. 15, 1, 9, pr. <i>Ulpianus</i>	359
D. 15, 1, 9, 1 <i>Ulpianus</i>	315, 381
D. 15, 1, 9, 2 <i>Ulpianus</i>	269, 356, 360, 366, 369
D. 15, 1, 9, 2/3 <i>Ulpianus (Servius)</i>	367
D. 15, 1, 9, 2/4-5 <i>Ulpianus (Peditus, Iulianus)</i>	367
D. 15, 1, 9, 3 <i>Ulpianus (Servius)</i>	356
D. 15, 1, 9, 4 <i>Ulpianus (Peditus)</i>	368, 369, 381
D. 15, 1, 9, 6 <i>Ulpianus</i>	262, 353, 356, 357, 358, 361
D. 15, 1, 9, 7 <i>Ulpianus</i>	359, 363
D. 15, 1, 9, 8 <i>Ulpianus (Iulianus)</i>	244, 275, 314, 320, 341, 360, 361, 362, 376, 425
D. 15, 1, 10 <i>Gaius</i>	362, 392
D. 15, 1, 11, pr. <i>Ulpianus</i>	352, 358, 362
D. 15, 1, 11, 1 <i>Ulpianus</i>	246, 362
D. 15, 1, 11, 2 <i>Ulpianus</i>	355, 359, 366
D. 15, 1, 11, 3 <i>Ulpianus (Neratius, Nerva, Iulianus)</i>	367, 368, 369, 370, 371
D. 15, 1, 11, 4-5 <i>Ulpianus (Iulianus)</i>	374
D. 15, 1, 11, 5 <i>Ulpianus (Iulianus)</i>	296, 360, 361, 362, 367, 369, 371
D. 15, 1, 11, 6 <i>Ulpianus</i>	367
D. 15, 1, 11, 7 <i>Ulpianus (Iulianus)</i>	291, 366, 367, 372, 373, 374
D. 15, 1, 11, 8 <i>Ulpianus (Iulianus)</i>	264, 289, 294, 314, 372, 373, 397
D. 15, 1, 11, 9 <i>Ulpianus</i>	267, 371
D. 15, 1, 13 <i>Ulpianus</i>	371
D. 15, 1, 14, pr.-1 <i>Iulianus</i>	374
D. 15, 1, 14, 1 <i>Iulianus</i>	394
D. 15, 1, 15 <i>Ulpianus</i>	267, 316, 371
D. 15, 1, 16 <i>Iulianus (Marcellus)</i>	260, 261, 267, 276, 282, 284, 296, 300
D. 15, 1, 17 <i>Ulpianus (Atilicianus, Proculus, Servius)</i>	261, 265, 270, 358, 364, 365
D. 15, 1, 19, pr. <i>Ulpianus</i>	265, 311, 482
D. 15, 1, 19, 1 <i>Ulpianus (Marcellus, Papinianus)</i>	301, 336, 378
D. 15, 1, 21, pr. <i>Ulpianus (Mela)</i>	297, 298, 359, 381
D. 15, 1, 21, 3 <i>Ulpianus</i>	378
D. 15, 1, 22-23 <i>Pomponius</i>	260, 315
D. 15, 1, 23 <i>Pomponius</i>	311
D. 15, 1, 24 <i>Ulpianus</i>	282, 300, 303
D. 15, 1, 25 <i>Pomponius</i>	260, 284
D. 15, 1, 26 <i>Paulus</i>	294, 297, 359, 394, 395
D. 15, 1, 27, pr. <i>Gaius (Iulianus)</i>	243, 312, 315, 336, 402, 406, 435, 480, 481
D. 15, 1, 27, 1 <i>Gaius</i>	311, 353, 358
D. 15, 1, 27, 2 <i>Gaius</i>	282, 284, 334, 396
D. 15, 1, 27, 2/6 <i>Gaius</i>	394
D. 15, 1, 27, 4 <i>Gaius</i>	114, 291, 372
D. 15, 1, 27, 5 <i>Gaius</i> et le D. 15, 1, 27, 7 <i>Gaius (Iulianus)</i>	291
D. 15, 1, 27, 6 <i>Gaius</i>	290, 372, 373, 396
D. 15, 1, 27, 7 <i>Gaius</i>	291, 356, 364, 372
D. 15, 1, 27, 8 <i>Gaius</i>	267

D. 15, 1, 29, 1 <i>Gaius</i>	286, 320, 407
D. 15, 1, 30, pr. <i>Ulpianus (Proculus, Pegasus)</i>	264, 300, 384
D. 15, 1, 30, 1 <i>Ulpianus</i>	461
D. 15, 1, 30, 4 <i>Ulpianus</i>	388, 389, 397
D. 15, 1, 30, 5 <i>Ulpianus</i>	397, 398
D. 15, 1, 32, pr. <i>Ulpianus (Iulianus)</i>	260, 273, 277, 289, 295, 396, 433
D. 15, 1, 32, 1 <i>Ulpianus</i>	269, 300, 388, 389
D. 15, 1, 32, 2 <i>Ulpianus (Neratius)</i>	290
D. 15, 1, 33 <i>Iavolenus</i>	289, 290, 291, 394
D. 15, 1, 34 <i>Pomponius</i>	289, 290, 315
D. 15, 1, 35 <i>Iavolenus</i>	289, 290, 293
D. 15, 1, 36 <i>Ulpianus (Pomponius)</i>	336, 433, 435
D. 15, 1, 37, 1 <i>Iulianus</i>	259, 276, 278, 319
D. 15, 1, 37, 2 <i>Iulianus</i>	259, 268, 289, 290, 291, 394, 397
D. 15, 1, 37, 3 <i>Iulianus</i>	277, 315
D. 15, 1, 38, 2 <i>Africanus</i>	192, 311, 364, 369
D. 15, 1, 38, 3 <i>Africanus</i>	290, 394, 396
D. 15, 1, 39 <i>Florentinus</i>	260, 268, 273, 282, 284, 285, 305
D. 15, 1, 40, pr. <i>Marcianus</i>	270, 273, 296
D. 15, 1, 40, 1 <i>Marcianus</i>	260, 270, 284, 285, 305, 306
D. 15, 1, 41 <i>Ulpianus</i>	128, 130, 175, 181, 261, 262, 274, 294, 314, 319, 320, 322, 323, 338, 342, 348, 378, 433
D. 15, 1, 42 <i>Ulpianus (Sabinus, Cassius)</i>	333
D. 15, 1, 43 <i>Paulus</i>	290, 316, 390, 394, 396
D. 15, 1, 44 <i>Ulpianus</i>	243, 340
D. 15, 1, 45 <i>Paulus</i>	297, 381
D. 15, 1, 46 <i>Paulus</i>	301, 479
D. 15, 1, 47, pr. <i>Paulus</i>	224, 226, 286, 320, 381, 383, 407
D. 15, 1, 47, 1 <i>Paulus (Sabinus)</i>	244, 315, 376
D. 15, 1, 47, 2 <i>Paulus</i>	387, 388
D. 15, 1, 47, 3 <i>Paulus (Proculus)</i>	389, 397, 398
D. 15, 1, 47, 4 <i>Paulus</i>	290, 334, 396, 397
D. 15, 1, 47, 5 <i>Paulus</i>	356, 373, 398, 399
D. 15, 1, 47, 6 <i>Paulus</i>	273, 350, 378, 384, 395, 396
D. 15, 1, 48, 1 <i>Paulus</i>	310
D. 15, 1, 49, pr. <i>Pomponius</i>	305
D. 15, 1, 49, 1 <i>Pomponius</i>	321, 336, 363
D. 15, 1, 49, 2 <i>Pomponius</i>	357, 361
D. 15, 1, 50, pr. <i>Papinianus (Iulianus)</i>	264, 299, 343, 376, 390
D. 15, 1, 50, 2 <i>Papinianus</i>	338, 342, 375, 385, 387
D. 15, 1, 50, 3 <i>Papinianus</i>	246, 293, 320
D. 15, 1, 51 <i>Scaevola</i>	267, 295, 343, 351
D. 15, 1, 52, pr. <i>Paulus</i>	368, 372, 373, 381, 393
D. 15, 1, 52, pr.-1 <i>Paulus</i>	393
D. 15, 1, 53 <i>Paulus</i>	276, 292, 295, 296, 319, 348, 352
D. 15, 1, 54/58 <i>Scaevola</i>	356
D. 15, 1, 56 <i>Paulus</i>	261, 295, 316, 318, 341, 369
D. 15, 1, 57, pr. <i>Tryphoninus</i>	314, 384
D. 15, 1, 57, 1 <i>Tryphoninus</i>	292, 384
D. 15, 1, 57, 2 <i>Tryphoninus</i>	259, 270, 285, 304, 315

D. 15, 1, 58 <i>Scaevola</i>	259, 263, 357, 358
D. 15, 2, 1, pr.-1 <i>Ulpianus</i>	394
D. 15, 2, 1, 3 <i>Ulpianus</i>	288, 289
D. 15, 2, 1, 7 <i>Ulpianus (Caecilius, Pegasus)</i>	289, 290, 293, 294
D. 15, 2, 1, 10 <i>Ulpianus (Labeo)</i>	435, 468
D. 15, 2, 3 <i>Pomponius</i>	270, 287, 288, 289, 292, 380, 384, 399
D. 15, 3, 1, pr. <i>Ulpianus</i>	433, 434, 462
D. 15, 3, 1, 1 <i>Ulpianus (Labeo)</i>	297, 480
D. 15, 3, 1, 1-2 <i>Ulpianus (Labeo)</i>	434
D. 15, 3, 1, 2 <i>Ulpianus (Pomponius, Iulianus)</i>	450, 452, 462, 481
D. 15, 3, 2 <i>Iavolenus</i>	246, 439, 442, 450, 452
D. 15, 3, 3, pr. <i>Ulpianus</i>	246, 439, 449, 450, 452
D. 15, 3, 3, 1 <i>Ulpianus (Pomponius)</i>	438, 439, 441, 444
D. 15, 3, 3, 2 <i>Ulpianus</i>	438, 439, 446
D. 15, 3, 3, 3 <i>Ulpianus (Labeo)</i>	448, 455
D. 15, 3, 3, 4 <i>Ulpianus</i>	446, 455, 456
D. 15, 3, 3, 4-6 <i>Ulpianus</i>	439
D. 15, 3, 3, 5 <i>Ulpianus (Labeo, Pomponius)</i>	315, 316, 448, 449, 457
D. 15, 3, 3, 6 <i>Ulpianus (Labeo)</i>	438, 441, 456
D. 15, 3, 3, 7 <i>Ulpianus</i>	439, 455, 459, 462
D. 15, 3, 3, 8 <i>Ulpianus</i>	455, 459, 462
D. 15, 3, 3, 9 <i>Ulpianus</i>	448, 454
D. 15, 3, 3, 10 <i>Ulpianus</i>	439, 441, 454, 459, 462
D. 15, 3, 3, 12 <i>Gaius</i>	463
D. 15, 3, 4 <i>Gaius</i>	441
D. 15, 3, 5, pr. <i>Ulpianus (Pomponius)</i>	439, 461, 463, 464
D. 15, 3, 5, 1 <i>Ulpianus</i>	201, 434, 447
D. 15, 3, 5, 1-2 <i>Ulpianus</i>	455
D. 15, 3, 5, 2 <i>Ulpianus</i>	198, 201, 204, 279, 435, 447, 455, 456, 477, 479, 481
D. 15, 3, 5, 3 <i>Ulpianus</i>	277, 297, 315, 318, 360, 441, 442, 444, 449, 460
D. 15, 3, 6 <i>Tryphoninus</i>	277, 278, 315, 442, 449
D. 15, 3, 7, pr. <i>Ulpianus</i>	460
D. 15, 3, 7, 1 <i>Ulpianus</i>	360, 439, 444, 449, 460
D. 15, 3, 7, 3 <i>Ulpianus (Labeo)</i>	439, 441
D. 15, 3, 7, 4 <i>Ulpianus</i>	448, 466
D. 15, 3, 7, 5 <i>Ulpianus</i>	448
D. 15, 3, 8 <i>Paulus (Pomponius)</i>	439
D. 15, 3, 10, 2 <i>Ulpianus (Papinianus)</i>	460
D. 15, 3, 10, 4 <i>Ulpianus</i>	461, 462
D. 15, 3, 10, 6 <i>Ulpianus</i>	450, 458
D. 15, 3, 10, 7 <i>Ulpianus</i>	439, 442, 449, 450, 452
D. 15, 3, 10, 7-9 <i>Ulpianus</i>	439
D. 15, 3, 10, 8 <i>Ulpianus</i>	452
D. 15, 3, 10, 10 <i>Ulpianus</i>	442
D. 15, 3, 11 <i>Paulus</i>	439, 441
D. 15, 3, 12 <i>Gaius</i>	448, 463
D. 15, 3, 13 <i>Ulpianus (Iulianus)</i>	200, 203, 208, 439
D. 15, 3, 14 <i>Iulianus (Marcellus, Paulus)</i>	297
D. 15, 3, 16 <i>Alfenus</i>	243, 365, 435, 439, 448, 449, 459, 461, 462, 463, 480
D. 15, 3, 17, pr. <i>Africanus</i>	438, 439, 446, 455, 459, 462

D. 15, 3, 17, 1 <i>Africanus</i>	394, 435, 462
D. 15, 3, 18 <i>Neratius</i>	438, 461, 464
D. 15, 3, 19 <i>Paulus</i>	435, 439, 468
D. 15, 3, 20, pr. et 21 <i>Scaevola</i>	436
D. 15, 4, 1, pr. <i>Ulpianus</i>	199, 204
D. 15, 4, 1, 1 <i>Ulpianus</i>	202
D. 15, 4, 1, 2 <i>Ulpianus</i>	198
D. 15, 4, 1, 3 <i>Ulpianus</i>	162, 164, 169, 199
D. 15, 4, 1, 4 <i>Ulpianus</i>	204
D. 15, 4, 1, 6 <i>Ulpianus</i>	201, 204
D. 15, 4, 1, 8 <i>Ulpianus</i>	204, 211
D. 15, 4, 1, 9 <i>Ulpianus</i>	197, 204
D. 15, 4, 2, 1 <i>Paulus</i>	204
D. 15, 4, 2, 2 <i>Paulus</i>	206, 211
D. 15, 4, 4 <i>Ulpianus</i>	204
D. 15, 4, 5, 1 <i>Paulus</i>	199, 204, 210
D. 16, 1, 13, pr. <i>Gaius</i>	246
D. 16, 1, 25, pr. <i>Modestinus</i>	204
D. 16, 1, 27, 1 <i>Papinianus</i>	144
D. 16, 1, 27, 2 <i>Papinianus</i>	152
D. 16, 2, 9, pr. <i>Paulus</i>	388
D. 16, 3, 1, 6 <i>Ulpianus</i>	157
D. 16, 3, 1, 17 <i>Ulpianus</i>	146
D. 16, 3, 1, 18 <i>Ulpianus</i>	146
D. 16, 3, 1, 31 <i>Ulpianus</i>	146, 206, 209
D. 16, 3, 1, 32 <i>Ulpianus</i>	146
D. 16, 3, 1, 33 <i>Ulpianus</i>	146, 246
D. 16, 3, 1, 42 <i>Ulpianus</i>	146
D. 16, 3, 11 <i>Ulpianus</i>	146
D. 16, 3, 21, 1 <i>Paulus</i>	146
D. 16, 3, 31, 1 <i>Tryphoninus</i>	69
D. 16, 3, 31, pr. <i>Tryphoninus</i>	176, 187
D. 16, 3, 33 <i>Labeo</i>	144, 146, 210
D. 17, 1, 3, 1 <i>Paulus</i>	124
D. 17, 1, 5, 4 <i>Paulus</i>	146
D. 17, 1, 8, 5 <i>Ulpianus</i>	146
D. 17, 1, 8, 10 <i>Ulpianus</i>	124
D. 17, 1, 10, 5 <i>Ulpianus</i>	124, 223
D. 17, 1, 12, 2 <i>Ulpianus</i>	132
D. 17, 1, 19 <i>Ulpianus</i>	146, 210
D. 17, 1, 22, 2 <i>Paulus</i>	154
D. 17, 1, 22, 8 <i>Paulus</i>	146, 318
D. 17, 1, 22, 9 <i>Paulus</i>	146, 154
D. 17, 1, 29, pr. <i>Ulpianus</i>	349
D. 17, 1, 31 <i>Iulianus</i>	152
D. 17, 1, 54, 1 <i>Papinianus</i>	146
D. 17, 1, 54, pr. <i>Papinianus</i>	146
D. 17, 2, 18 <i>Pomponius</i>	146, 177, 337
D. 17, 2, 23, 1 <i>Ulpianus</i>	222
D. 17, 2, 24 <i>Ulpianus</i>	222

D. 17, 2, 49 <i>Ulpianus</i>	222
D. 17, 2, 58, 3 <i>Ulpianus</i>	146, 177, 337
D. 17, 2, 60, 1 <i>Pomponius</i>	154
D. 18, 1, 1, 2 <i>Paulus</i>	177
D. 18, 1, 5 <i>Paulus</i>	44
D. 18, 1, 6, pr. <i>Pomponius</i>	114
D. 18, 1, 7, pr. <i>Ulpianus</i>	114
D. 18, 1, 9, pr. <i>Pomponius</i>	158, 160, 169
D. 18, 1, 12 <i>Pomponius</i>	119, 144, 163, 312
D. 18, 1, 13 <i>Pomponius</i>	162, 164, 170
D. 18, 1, 18, 1 <i>Pomponius</i>	146, 164
D. 18, 1, 29 <i>Ulpianus</i>	277, 289, 292
D. 18, 1, 31 <i>Pomponius</i>	270, 287
D. 18, 1, 34, 1-2 <i>Paulus</i>	114
D. 18, 1, 51 <i>Paulus</i>	69
D. 18, 1, 63, pr. <i>Iavolenus</i>	146
D. 18, 2, 14, 3 <i>Paulus</i>	146
D. 18, 3, 5 <i>Neratius</i>	57
D. 18, 4, 2, 12-13 <i>Ulpianus</i>	298
D. 18, 5, 5 <i>Iulianus</i>	157
D. 18, 5, 8 <i>Scaevola</i>	146, 377
D. 19, 1, 11, 1 <i>Ulpianus</i>	57
D. 19, 1, 13, 8 <i>Ulpianus</i>	154
D. 19, 1, 13, 18 <i>Ulpianus</i>	132
D. 19, 1, 13, 25 <i>Ulpianus</i>	124, 230
D. 19, 1, 24, pr. <i>Iulianus</i>	146
D. 19, 1, 24, 2 <i>Iulianus</i>	146, 234
D. 19, 1, 25 <i>Iulianus</i>	154
D. 19, 1, 27 <i>Paulus</i>	152
D. 19, 1, 30, pr. <i>Africanus</i>	262, 263, 352, 353, 367
D. 19, 1, 31, pr. <i>Neratius</i>	152
D. 19, 1, 48 <i>Scaevola</i>	164
D. 19, 1, 52, pr. <i>Scaevola</i>	154
D. 19, 2, 1 <i>Paulus</i>	177
D. 19, 2, 13, pr. <i>Ulpianus</i>	146
D. 19, 2, 19, 9 <i>Iavolenus</i>	57
D. 19, 2, 60, 7 <i>Labeo</i>	336, 435, 439
D. 19, 4, 1, 2 <i>Paulus</i>	157
D. 19, 5, 24 <i>Africanus</i>	154
D. 19, 5, 25 <i>Marcianus</i>	69
D. 20, 1, 1, 1 <i>Papinianus</i>	115
D. 20, 1, 5, pr. <i>Marcianus</i>	151, 341
D. 20, 3, 1, 1 <i>Marcianus</i>	307, 308, 337
D. 20, 6, 8, 5 <i>Marcianus</i>	309, 311, 337
D. 21, 1, 17, 10 <i>Ulpianus</i>	44, 118
D. 21, 1, 17, 16 <i>Ulpianus</i>	288, 429
D. 21, 1, 18, pr. <i>Gaius</i>	45
D. 21, 1, 18, 2 <i>Gaius</i>	289
D. 21, 1, 23, 4 <i>Ulpianus</i>	312, 352
D. 21, 1, 31, 4 <i>Ulpianus</i>	284

D. 21, 1, 31, 8 <i>Ulpianus (Marcellus)</i>	154
D. 21, 1, 33 <i>Ulpianus (Pomponius)</i>	264
D. 21, 1, 34, pr.-1 <i>Africanus</i>	45
D. 21, 1, 38, 14 <i>Ulpianus</i>	45
D. 21, 1, 43, 10 <i>Paulus</i>	115, 330
D. 21, 1, 51 <i>Africanus</i>	161, 164, 170
D. 21, 1, 51, pr. <i>Africanus</i>	144, 199, 315
D. 21, 1, 65, 2 <i>Venuleius</i>	44
D. 21, 2, 3 <i>Paulus</i>	289
D. 21, 2, 45 <i>Alfenus</i>	164
D. 21, 3, 1, 4 <i>Ulpianus</i>	292, 313, 315, 404, 410
D. 22, 1, 28, pr. <i>Gaius</i>	116
D. 22, 1, 28, 1 <i>Gaius</i>	116
D. 22, 1, 32, 3 <i>Marcianus</i>	341
D. 23, 2, 45 <i>Ulpianus</i>	100
D. 23, 2, 68 <i>Paulus</i>	69
D. 23, 3, 24 <i>Pomponius</i>	308
D. 23, 3, 39, pr. <i>Ulpianus</i>	292
D. 23, 3, 46, pr. <i>Iulianus</i>	136, 138, 155, 207, 348
D. 24, 2, 11, pr. <i>Ulpianus</i>	100
D. 24, 2, 11, 2 <i>Ulpianus</i>	100
D. 24, 3, 25, pr. <i>Paulus</i>	270
D. 24, 3, 53 <i>Tryphoninus</i>	364, 367, 384
D. 25, 2, 25 <i>Marcianus</i>	69
D. 25, 7, 1, pr. <i>Ulpianus</i>	96, 100
D. 26, 7, 11 <i>Ulpianus (Antoninus)</i>	367
D. 26, 7, 58, pr. <i>Scaevola</i>	317
D. 27, 1, 30, 1 <i>Papinianus</i>	254
D. 27, 1, 31, 4 <i>Paulus</i>	255
D. 27, 10, 7, pr. <i>Iulianus</i>	254
D. 28, 1, 20, 7 <i>Ulpianus</i>	127, 323, 473
D. 29, 1, 18, pr. <i>Tryphoninus</i>	252
D. 29, 2, 6, 7 <i>Ulpianus</i>	168, 170
D. 29, 2, 25, 4 <i>Ulpianus</i>	201
D. 29, 2, 26 <i>Paulus (Pomponius, Marcellus, Iulianus)</i>	119
D. 29, 2, 36 <i>Pomponius</i>	119
D. 29, 2, 47 <i>Africanus</i>	167
D. 29, 2, 79 <i>Ulpianus</i>	119, 133, 135, 190, 327
D. 30, 1, 5, pr. <i>Paulus</i>	114
D. 30, 50, pr. <i>Ulpianus</i>	206, 209
D. 30, 108, 1 <i>Africanus</i>	119
D. 31, 88, 3 <i>Scaevola</i>	218
D. 32, 3, 60, 1 <i>Alfenus</i>	45
D. 32, 3, 99, pr. <i>Paulus</i>	44
D. 32, 3, 99, 1 <i>Paulus</i>	45
D. 32, 3, 99, 2 <i>Paulus</i>	45
D. 32, 3, 99, 4 <i>Paulus</i>	44
D. 33, 2, 43 <i>Venuleius</i>	249, 253
D. 33, 7, 15, pr. <i>Pomponius</i>	218
D. 33, 7, 23 <i>Neratius</i>	218

D. 33, 8, 5 <i>Paulus</i>	261
D. 33, 8, 6, pr. <i>Ulpianus (Iulianus, Celsus)</i>	260, 261, 262, 267, 268, 270
D. 33, 8, 6, 1 <i>Ulpianus</i>	260, 264, 265, 283, 356
D. 33, 8, 6, 3 <i>Ulpianus</i>	265, 292
D. 33, 8, 6, 4 <i>Ulpianus (Pegasus, Nerva, Gneus Domitius, Atilicinus)</i> ..	259, 261, 262, 270, 318, 356, 357, 360, 448, 449
D. 33, 8, 6, 5 <i>Ulpianus</i>	262, 356, 365
D. 33, 8, 8, pr. <i>Ulpianus (Pegasus)</i>	260, 262, 268, 270
D. 33, 8, 8, 5 <i>Ulpianus (Labeo)</i>	246
D. 33, 8, 8, 7 <i>Ulpianus</i>	292, 317, 385
D. 33, 8, 8, 8 <i>Ulpianus (Iulianus)</i>	270, 273, 276, 270, 277, 287, 292
D. 33, 8, 10 <i>Pomponius</i>	264
D. 33, 8, 11 <i>Ulpianus</i>	264, 298
D. 33, 8, 15 <i>Alfenus Varus</i>	260
D. 33, 8, 16, pr. <i>Africanus</i>	260, 352
D. 33, 8, 18 <i>Marcianus</i>	292, 294
D. 33, 8, 19, pr. <i>Papinianus</i>	317
D. 33, 8, 19, 1 <i>Papinianus</i>	295
D. 33, 8, 24 <i>Ulpianus</i>	289
D. 33, 8, 25 <i>Celsus</i>	265
D. 33, 10, 7, 2 <i>Celsus</i>	160
D. 34, 3, 5, 2 <i>Ulpianus (Iulianus)</i>	384
D. 34, 3, 27 <i>Tryphoninus</i>	264
D. 34, 3, 28, 7 <i>Scaevola (Claudius)</i>	293, 295, 317, 353
D. 34, 4, 11-12 <i>Iulianus et Ulpianus</i>	114
D. 34, 5, 3 <i>Paulus</i>	160
D. 35, 1, 17, 1 <i>Gaius</i>	44
D. 35, 1, 32 <i>Africanus</i>	317, 385
D. 35, 1, 33, pr. <i>Marcianus</i>	64
D. 35, 1, 40, 3 <i>Iavolenus (Namusa, Servius)</i>	355, 358
D. 35, 1, 44, pr. <i>Paulus</i>	119, 284
D. 35, 1, 44, 1/3 <i>Paulus</i>	119
D. 35, 2, 1, 17 <i>Paulus</i>	250
D. 35, 2, 72 <i>Gaius</i>	251, 255
D. 35, 2, 73 <i>Gaius</i>	255
D. 35, 3, 1, 12 <i>Ulpianus</i>	253, 255
D. 36, 1, 15, 8 <i>Ulpianus</i>	248
D. 36, 1, 15, 8 ss <i>Ulpianus et Paulus</i>	251, 254
D. 36, 1, 16 <i>Paulus</i>	249
D. 36, 1, 17, pr. <i>Ulpianus (Maecenius)</i>	249
D. 36, 1, 41, pr. <i>Paulus</i>	151
D. 36, 1, 61, pr. <i>Paulus</i>	181
D. 37, 1, 3, pr. <i>Ulpianus</i>	252
D. 37, 1, 3, 2 <i>Ulpianus</i>	250, 254
D. 37, 6, 2, 1 <i>Paulus</i>	253
D. 37, 9, 1, 20 <i>Ulpianus</i>	250, 251, 255
D. 37, 15, 3 <i>Marcellus</i>	246
D. 38, 1, 17, 1-3 <i>Ulpianus</i>	251
D. 38, 1, 20, pr. <i>Paulus</i>	152
D. 38, 2, 36 <i>Iavolenus</i>	251, 252, 253, 256

D. 38, 5, 1, 7 <i>Ulpianus</i>	250
D. 38, 5, 1, 10 <i>Ulpianus</i>	184
D. 38, 5, 1, 22 <i>Ulpianus</i>	435
D. 38, 5, 12 <i>Iavolenus</i>	154
D. 38, 6, 4 <i>Paulus</i>	60
D. 38, 10, 4, 2 <i>Modestinus</i>	61, 62
D. 39, 2, 3 <i>Paulus</i>	255
D. 39, 2, 13, 1 <i>Ulpianus</i>	79, 82
D. 39, 2, 19, pr. <i>Gaius</i>	82
D. 39, 2, 42 <i>Iulianus</i>	190
D. 39, 5, 7, pr. <i>Ulpianus</i>	307, 328
D. 39, 5, 7, 2 <i>Ulpianus</i>	308
D. 39, 5, 7, 3 <i>Ulpianus</i>	308
D. 39, 5, 8 <i>Paulus</i>	246
D. 39, 5, 10 <i>Paulus</i>	136
D. 39, 5, 18, 1 <i>Ulpianus</i>	114
D. 39, 5, 19, 4 <i>Ulpianus</i>	132
D. 39, 5, 19, 5 <i>Ulpianus</i>	137
D. 39, 6, 23 <i>Africanus</i>	132, 146
D. 39, 6, 44 <i>Paulus</i>	132
D. 40, 1, 4, 1 <i>Ulpianus</i>	128, 132, 245
D. 40, 1, 4, 2 <i>Ulpianus</i>	57
D. 40, 1, 6 <i>Alfenus</i>	246, 259
D. 40, 5, 41, 6 <i>Scaevola</i>	45
D. 40, 7, 3, 2 <i>Ulpianus</i>	246, 318, 341, 344, 360
D. 40, 7, 3, 8 <i>Ulpianus</i>	246
D. 40, 7, 5, pr.-1 <i>Pomponius (Neratius, Aristo)</i>	385
D. 40, 12, 17 <i>Paulus</i>	162, 170
D. 41, 1, 1, pr. <i>Gaius</i>	69, 70, 71, 97
D. 41, 1, 3, pr. <i>Gaius</i>	69, 71
D. 41, 1, 5, 7 <i>Gaius</i>	69
D. 41, 1, 7, 1 <i>Gaius</i>	69
D. 41, 1, 7, 7 <i>Gaius</i>	70
D. 41, 1, 9, 3 <i>Gaius</i>	69
D. 41, 1, 9, 4 <i>Gaius</i>	191
D. 41, 1, 10, pr. <i>Gaius</i>	135, 139, 206
D. 41, 1, 10, pr. ss <i>Gaius</i>	105
D. 41, 1, 10, 1 <i>Gaius</i>	133, 137
D. 41, 1, 10, 3 <i>Gaius</i>	115
D. 41, 1, 10, 3-4 <i>Gaius</i>	141
D. 41, 1, 10, 4 <i>Gaius</i>	141
D. 41, 1, 10, 5 <i>Gaius</i>	115
D. 41, 1, 13, 1 <i>Neratius</i>	97
D. 41, 1, 19 <i>Pomponius</i>	141, 331
D. 41, 1, 23, 3 <i>Ulpianus</i>	208
D. 41, 1, 32 <i>Gaius</i>	135, 136, 137, 153, 206, 207
D. 41, 1, 37, 1 <i>Iulianus</i>	259, 276
D. 41, 1, 43, 1 <i>Gaius</i>	112
D. 41, 1, 43, 2 <i>Gaius</i>	112, 141, 317
D. 41, 1, 45 <i>Gaius</i>	115, 206, 209

D. 41, 1, 47 <i>Paulus</i>	115
D. 41, 1, 48, 2 <i>Paulus</i>	116
D. 41, 1, 53 <i>Modestinus</i>	124, 136, 138, 167, 274
D. 41, 1, 63, 2 <i>Tryphoninus</i>	207, 208
D. 41, 2, 1, 3 <i>Paulus (Offilius, Nerva)</i>	274
D. 41, 2, 1, 5 <i>Paulus (Sabinus, Cassius, Iulianus)</i>	167, 274, 277, 281, 282
D. 41, 2, 1, 8 <i>Paulus</i>	134, 212
D. 41, 2, 1, 9 <i>Paulus</i>	167
D. 41, 2, 1, 10 <i>Paulus</i>	167
D. 41, 2, 1, 19 <i>Paulus</i>	166, 168, 170
D. 41, 2, 1, 20 <i>Paulus</i>	97
D. 41, 2, 3, 12 <i>Paulus</i>	136, 167, 274, 286, 305, 306, 361
D. 41, 2, 14, pr. <i>Paulus</i>	242, 301, 310, 336
D. 41, 2, 24 <i>Iavolenus</i>	136
D. 41, 2, 32, 2 <i>Paulus</i>	166
D. 41, 2, 34, 2 <i>Ulpianus</i>	166
D. 41, 2, 42, pr. <i>Ulpianus</i>	115
D. 41, 2, 44, 1 <i>Papinianus</i>	166, 274, 288, 317, 318, 319, 327
D. 41, 2, 44, 2 <i>Papinianus</i>	328
D. 41, 2, 49, 1 <i>Papinianus</i>	136, 166, 274, 277
D. 41, 3, 1 <i>Gaius</i>	329
D. 41, 3, 3 <i>Modestinus</i>	329
D. 41, 3, 4, 16 <i>Paulus</i>	167, 246
D. 41, 3, 16 <i>Javolenus</i>	115
D. 41, 3, 23, pr. <i>Iavolenus</i>	112
D. 41, 3, 28 <i>Pomponius</i>	166
D. 41, 3, 31, 3 <i>Paulus</i>	167
D. 41, 3, 34 <i>Alfenus-Varus</i>	329
D. 41, 4, 2, 10 <i>Paulus</i>	168
D. 41, 4, 2, 10/14 <i>Paulus</i>	144
D. 41, 4, 2, 10-12 <i>Paulus</i>	144
D. 41, 4, 2, 11 <i>Paulus</i>	168, 274
D. 41, 4, 2, 11/13-14 <i>Paulus</i>	168
D. 41, 4, 2, 12 <i>Paulus</i>	167, 170
D. 41, 4, 2, 14 <i>Paulus (Celsus)</i>	167, 246
D. 41, 4, 9-10 <i>Iulianus</i>	246
D. 41, 10, 3 <i>Pomponius</i>	115
D. 42, 4, 3, 1 <i>Ulpianus</i>	195
D. 42, 4, 7, 15 <i>Ulpianus</i>	299, 343, 377, 383, 390
D. 42, 8, 6, 2 <i>Ulpianus</i>	255
D. 42, 8, 6, 12 <i>Ulpianus</i>	162, 164, 170, 435, 447
D. 43, 1, 1, pr. <i>Ulpianus</i>	115, 249
D. 43, 2, 1, 1 <i>Ulpianus</i>	251
D. 43, 16, 1, 27 <i>Ulpianus (Cassius)</i>	60
D. 43, 24, 21, 1 <i>Pomponius</i>	164, 170
D. 43, 26, 1, 1 <i>Ulpianus</i>	69
D. 43, 26, 4, 2 <i>Ulpianus</i>	146
D. 43, 26, 13 <i>Pomponius</i>	146, 199, 201, 435, 447
D. 43, 3, 1, 13 <i>Ulpianus</i>	251
D. 43, 8, 4 <i>Scaevola</i>	69

D. 44, 2, 49, 1 <i>Papinianus</i>	327
D. 44, 3, 15, 3 <i>Venuleius</i>	242, 301, 310, 336
D. 44, 4, 4, 17 <i>Ulpianus</i>	159, 162, 170
D. 44, 4, 5, 3 <i>Paulus</i>	162
D. 44, 4, 5, 4 <i>Paulus</i>	154
D. 44, 5, 2, 2 <i>Paulus</i>	246
D. 44, 6, 2 <i>Ulpianus</i>	163, 164, 170
D. 44, 7, 1, pr. <i>Gaius</i>	151
D. 44, 7, 1, 1 <i>Gaius</i>	145, 153
D. 44, 7, 1, 2 <i>Gaius</i>	145
D. 44, 7, 1, 7 <i>Gaius</i>	145, 158
D. 44, 7, 1, 9 <i>Gaius</i>	70
D. 44, 7, 2, pr. <i>Gaius</i>	145, 155
D. 44, 7, 2, pr. ss <i>Gaius</i>	157
D. 44, 7, 2, 1 <i>Gaius</i>	158
D. 44, 7, 2, 3 <i>Gaius</i>	153, 154, 159, 162
D. 44, 7, 3, pr. <i>Paulus</i>	152
D. 44, 7, 3, 1 <i>Paulus</i>	159, 169, 309
D. 44, 7, 3, 2 <i>Paulus</i>	158
D. 44, 7, 4 <i>Gaius</i>	153, 158
D. 44, 7, 7 <i>Pomponius</i>	106
D. 44, 7, 10 <i>Ulpianus</i>	180, 342
D. 44, 7, 11 <i>Paulus</i>	121, 173, 189, 312
D. 44, 7, 14 <i>Ulpianus</i>	128, 180, 184, 313, 323, 325, 329, 335, 339, 347, 353, 356, 361
D. 44, 7, 25, pr. <i>Ulpianus</i>	152
D. 44, 7, 25, pr.-2 <i>Ulpianus</i>	154
D. 44, 7, 25, 2 <i>Ulpianus</i>	475
D. 44, 7, 28 <i>Papinianus</i>	154
D. 44, 7, 31 <i>Maecianus</i>	160, 169
D. 44, 7, 35, pr. <i>Paulus</i>	251, 254
D. 44, 7, 41, pr. <i>Paulus</i>	154
D. 44, 7, 43 <i>Paulus</i>	93, 96, 103
D. 44, 7, 43, pr. <i>Paulus</i>	128
D. 44, 7, 48 <i>Paulus</i>	158
D. 44, 7, 51 <i>Celsus</i>	84, 154
D. 44, 7, 52, pr.-10 <i>Modestinus</i>	153
D. 44, 7, 52, 2 <i>Modestinus</i>	145
D. 44, 7, 52, 4 <i>Modestinus</i>	145, 158
D. 44, 7, 52, 9 <i>Modestinus</i>	158
D. 44, 7, 54 <i>Ulpianus</i>	152
D. 44, 7, 55 <i>Iavolenus</i>	159, 169
D. 44, 7, 57 <i>Pomponius</i>	145, 158, 160, 169
D. 45, 1, 1, pr. <i>Ulpianus</i>	158
D. 45, 1, 1, 2 <i>Ulpianus</i>	177
D. 45, 1, 38, 7-8 <i>Ulpianus</i>	277
D. 45, 1, 38, 7-9 <i>Ulpianus</i>	274
D. 45, 1, 38, 17 <i>Ulpianus</i>	121, 189
D. 45, 1, 45, pr. <i>Ulpianus</i>	137, 138, 190
D. 45, 1, 56, 2-3 <i>Iulianus</i>	123, 155
D. 45, 1, 62 <i>Iulianus</i>	164

D. 45, 1, 76, pr. <i>Paulus</i>	166, 170
D. 45, 1, 91, 5 <i>Paulus</i>	200
D. 45, 1, 95 <i>Marcellus</i>	155
D. 45, 1, 126, 2 <i>Paulus</i>	122, 123, 124, 138, 152, 155, 182
D. 45, 1, 130 <i>Paulus</i>	119
D. 45, 1, 137, 1 <i>Venuleius</i>	158
D. 45, 1, 141, pr. <i>Gaius</i>	165, 170
D. 45, 1, 141, 3 <i>Gaius</i>	155
D. 45, 2, 12, 1 <i>Venuleius</i>	234, 391
D. 45, 3, 1, pr. <i>Iulianus</i>	133, 138, 190, 207
D. 45, 3, 1, 2 <i>Iulianus</i>	123, 138, 209
D. 45, 3, 1, 6 <i>Iulianus</i>	138, 209
D. 45, 3, 2 <i>Ulpianus</i>	119, 138
D. 45, 3, 4 <i>Pomponius</i>	133
D. 45, 3, 5 <i>Ulpianus</i>	140, 190, 206, 208, 209
D. 45, 3, 6 <i>Pomponius</i>	140, 200
D. 45, 3, 7 <i>Ulpianus</i>	140
D. 45, 3, 7, pr. <i>Ulpianus</i>	208
D. 45, 3, 7, pr.-1 <i>Ulpianus</i>	208
D. 45, 3, 7, 1 <i>Ulpianus</i>	207, 208
D. 45, 3, 11 <i>Ulpianus</i>	140
D. 45, 3, 14 <i>Iulianus</i>	134
D. 45, 3, 15 <i>Florentinus</i>	133, 134, 138, 207
D. 45, 3, 16 <i>Paulus</i>	134, 206
D. 45, 3, 17 <i>Pomponius</i>	207
D. 45, 3, 18, 2 <i>Papinianus</i>	134
D. 45, 3, 18, 3 <i>Papinianus</i>	137, 141
D. 45, 3, 19 <i>Scaevola</i>	141
D. 45, 3, 20, pr.-1 <i>Paulus</i>	141
D. 45, 3, 26 <i>Paulus</i>	79, 82, 83, 109
D. 45, 3, 27 <i>Paulus</i>	137, 206, 209
D. 45, 3, 28, 3 <i>Gaius</i>	140, 200, 208, 210
D. 45, 3, 28, pr. <i>Gaius (Iulianus)</i>	155
D. 45, 3, 30 <i>Paulus</i>	140
D. 45, 3, 31 <i>Paulus</i>	140, 141, 206
D. 45, 3, 33 <i>Paulus</i>	141
D. 45, 3, 33, pr. <i>Paulus</i>	206
D. 45, 3, 34 <i>Iavolenus</i>	141
D. 45, 3, 36 <i>Iavolenus</i>	138
D. 45, 3, 37 <i>Pomponius</i>	140, 208, 209
D. 45, 3, 39 <i>Pomponius (Gaius)</i>	140, 206
D. 45, 3, 40 <i>Pomponius</i>	133, 135, 211
D. 46, 1, 5 <i>Ulpianus (Iulianus)</i>	181
D. 46, 1, 6, 2 <i>Ulpianus</i>	180, 186
D. 46, 1, 7 <i>Iulianus</i>	179
D. 46, 1, 8, 2-3 <i>Ulpianus (Iulianus)</i>	186, 387
D. 46, 1, 8, 3 <i>Ulpianus (Iulianus)</i>	181
D. 46, 1, 8, 6 <i>Ulpianus</i>	186
D. 46, 1, 10, 2 <i>Ulpianus</i>	198, 456
D. 46, 1, 11 <i>Iulianus</i>	475

D. 46, 1, 16, 3 <i>Iulianus</i>	180, 186, 338, 341, 375
D. 46, 1, 16, 4 <i>Iulianus</i>	180, 181, 261, 262, 274, 294, 314, 319, 320, 338, 342, 344, 389, 475
D. 46, 1, 19 <i>Iulianus</i>	301, 308, 337, 376
D. 46, 1, 21, 2 <i>Africanus (Trebellianus)</i>	293, 396
D. 46, 1, 35 <i>Paulus</i>	264, 299, 338, 340, 341, 347, 375
D. 46, 1, 60 <i>Scaevola</i>	387
D. 46, 2, 1, 1 <i>Ulpianus</i>	151, 341
D. 46, 2, 34, pr. <i>Gaius</i>	305, 337
D. 46, 3, 9 <i>Ulpianus</i>	119
D. 46, 3, 12, pr. <i>Ulpianus</i>	302
D. 46, 3, 18 <i>Ulpianus</i>	223, 224, 297
D. 46, 3, 19 <i>Pomponius</i>	275
D. 46, 3, 32 <i>Iulianus</i>	180, 295, 326, 338, 349
D. 46, 3, 84 <i>Proculus</i>	310, 337
D. 46, 3, 94, 3 <i>Papinianus</i>	242, 301, 337, 376
D. 46, 3, 95, 4 <i>Papinianus</i>	176
D. 46, 3, 95, 7 <i>Papinianus</i>	165
D. 46, 4, 8, 1 <i>Ulpianus</i>	137
D. 46, 4, 8, 4 <i>Ulpianus</i>	177, 341, 347
D. 46, 4, 11, 1 <i>Paulus</i>	377, 435, 439
D. 46, 6, 5 <i>Paulus</i>	155
D. 46, 6, 9 <i>Pomponius</i>	249
D. 46, 8, 8, 1 <i>Venuleius</i>	181
D. 47, 2, 27-32 <i>Ulpianus et Paulus</i>	414
D. 47, 2, 52, 26 <i>Gaius</i>	144, 305, 307, 309, 337, 347
D. 47, 2, 67, 3 <i>Paulus</i>	224
D. 47, 4, 1, 1 <i>Ulpianus (Labeo)</i>	58
D. 47, 4, 1, 2 <i>Ulpianus (Labeo)</i>	353
D. 47, 6, 1, pr. <i>Ulpianus</i>	249, 254, 255, 276
D. 47, 6, 1, 1 <i>Ulpianus</i>	407, 408
D. 48, 5, 39, 2 <i>Papinianus</i>	69
D. 48, 7, 7 <i>Callistratus</i>	82
D. 48, 8, 2 <i>Ulpianus</i>	103
D. 48, 10, 1, 4 <i>Marcianus</i>	414
D. 48, 10, 16, 2 <i>Paulus</i>	414
D. 48, 13, 12 pr. <i>Marcianus</i>	414
D. 48, 19, 17, 1 <i>Marcianus</i>	99
D. 48, 20, 7, pr. <i>Paulus</i>	252
D. 49, 14, 11 <i>Iavolenus</i>	253
D. 49, 15, 12, 3 <i>Tryphonius</i>	105
D. 49, 15, 7, 1 <i>Proculus</i>	98
D. 49, 18, 2, 1 <i>Ulpianus</i>	251
D. 50, 7, 18 <i>Pomponius</i>	69
D. 50, 12, 2, 1 <i>Ulpianus</i>	103
D. 50, 12, 9 <i>Modestinus</i>	251
D. 50, 16, 5, pr. <i>Paulus</i>	112, 249, 251
D. 50, 16, 10 <i>Ulpianus</i>	123, 151, 152, 154, 185, 274
D. 50, 16, 10 ss <i>Ulpianus</i>	314
D. 50, 16, 11 <i>Gaius</i>	152
D. 50, 16, 12 <i>Ulpianus</i>	152

D. 50, 16, 12, pr. <i>Ulpianus</i>	153
D. 50, 16, 19 <i>Ulpianus</i>	152, 153
D. 50, 16, 21 <i>Paulus</i>	252
D. 50, 16, 23 <i>Ulpianus</i>	112, 250
D. 50, 16, 24 <i>Gaius</i>	256
D. 50, 16, 34 <i>Paulus</i>	154
D. 50, 16, 37 <i>Paulus</i>	153
D. 50, 16, 49 <i>Ulpianus</i>	112, 250
D. 50, 16, 56, 1 <i>Ulpianus</i>	103
D. 50, 16, 66 <i>Ulpianus</i>	413
D. 50, 16, 83 <i>Iavolenus</i>	112, 252
D. 50, 16, 84 <i>Paulus</i>	103
D. 50, 16, 93 <i>Celsus</i>	112
D. 50, 16, 97 <i>Celsus</i>	255
D. 50, 16, 108 <i>Modestinus</i>	151, 152
D. 50, 16, 119 <i>Pomponius</i>	252
D. 50, 16, 140 <i>Paulus</i>	103, 105
D. 50, 16, 143 <i>Ulpianus</i>	276
D. 50, 16, 152 <i>Gaius</i>	94
D. 50, 16, 178, pr. <i>Ulpianus</i>	251, 255
D. 50, 16, 178, 2/3 <i>Ulpianus</i>	154
D. 50, 16, 178, 2-3 <i>Ulpianus</i>	83
D. 50, 16, 178, 3 <i>Ulpianus</i>	152
D. 50, 16, 182 <i>Ulpianus</i>	271
D. 50, 16, 183-5 <i>Ulpianus</i>	222
D. 50, 16, 195, 2 <i>Ulpianus</i>	81, 90, 102, 104
D. 50, 16, 203 <i>Alfenus Varus</i>	414
D. 50, 16, 207 <i>Africanus</i>	413
D. 50, 16, 208 <i>Africanus</i>	112, 250
D. 50, 16, 208, pr. <i>Africanus</i>	248
D. 50, 16, 213, 1 <i>Ulpianus</i>	253
D. 50, 16, 215 <i>Paulus</i>	81, 104, 473
D. 50, 16, 219 <i>Papinianus</i>	157, 158, 160
D. 50, 16, 222 <i>Hermogenianus</i>	251, 255
D. 50, 16, 239, 1 <i>Pomponius</i>	44
D. 50, 17, 8 <i>Pomponius</i>	60
D. 50, 17, 20 <i>Pomponius</i>	95
D. 50, 17, 22 <i>Ulpianus</i>	106
D. 50, 17, 22, pr. <i>Ulpianus</i>	128
D. 50, 17, 30 <i>Ulpianus</i>	105
D. 50, 17, 32 <i>Ulpianus</i>	42, 43, 94, 107, 109, 119, 127, 312, 473
D. 50, 17, 34 <i>Ulpianus</i>	144
D. 50, 17, 50 <i>Paulus</i>	407
D. 50, 17, 58 <i>Ulpianus</i>	352
D. 50, 17, 59 <i>Ulpianus</i>	256
D. 50, 17, 84, pr. <i>Paulus</i>	152
D. 50, 17, 84, 1 <i>Paulus</i>	182
D. 50, 17, 90 <i>Paulus</i>	72, 176
D. 50, 17, 96 <i>Maecianus</i>	144, 160
D. 50, 17, 106 <i>Paulus</i>	42, 95

D. 50, 17, 107 <i>Gaius</i>	106, 109, 130
D. 50, 17, 110, pr. <i>Paulus</i>	242
D. 50, 17, 122 <i>Gaius</i>	42, 95
D. 50, 17, 123, pr. <i>Ulpianus</i>	154, 189
D. 50, 17, 133 <i>Gaius</i>	144, 190, 210, 212, 304, 327, 328, 480
D. 50, 17, 147 <i>Gaius</i>	68, 213
D. 50, 17, 160 <i>Ulpianus</i>	156
D. 50, 17, 176, 1 <i>Paulus</i>	95
D. 50, 17, 179 <i>Paulus</i>	95
D. 50, 17, 189 <i>Celsus</i>	96
D. 50, 17, 202 <i>Iavolennus</i>	85
D. 50, 17, 206 <i>Pomponius</i>	58, 179
D. 50, 17, 209 <i>Ulpianus</i>	43, 109

GAIUS INSTITUTES – INSTITUTS DE GAIUS

Gai. 1, 1.....	62, 63, 65, 66, 67, 97
Gai. 1, 2-7.....	63
Gai. 1, 8.....	94
Gai. 1, 9.....	41, 94, 95
Gai. 1, 11.....	95
Gai. 1, 12.....	99
Gai. 1, 15.....	99
Gai. 1, 17.....	99
Gai. 1, 22.....	99
Gai. 1, 23.....	99
Gai. 1, 26.....	99
Gai. 1, 27.....	99
Gai. 1, 28 ss.....	99
Gai. 1, 35.....	473
Gai. 1, 47.....	99
Gai. 1, 48.....	101
Gai. 1, 52.....	135, 206, 213, 327, 473
Gai. 1, 53.....	90
Gai. 1, 54.....	104, 116, 117, 135, 212, 473
Gai. 1, 55.....	95, 97, 103, 104
Gai. 1, 56.....	98
Gai. 1, 57.....	98
Gai. 1, 65.....	95
Gai. 1, 67.....	98, 99
Gai. 1, 72.....	103
Gai. 1, 76.....	81
Gai. 1, 78.....	64, 68, 97, 98
Gai. 1, 78/80/82.....	97
Gai. 1, 80.....	98
Gai. 1, 81 ss.....	68
Gai. 1, 82.....	95
Gai. 1, 83/85/86.....	97

Gai. 1, 84.....	68
Gai. 1, 89.....	70
Gai. 1, 104.....	103
Gai. 1, 108.....	97, 103
Gai. 1, 116.....	104
Gai. 1, 119.....	97, 473
Gai. 1, 120-121.....	111, 114
Gai. 1, 142.....	96
Gai. 1, 142 ss.....	96
Gai. 1, 144.....	96
Gai. 1, 145/190.....	96
Gai. 1, 156.....	47, 61
Gai. 1, 158.....	72, 73, 93, 107, 183
Gai. 1, 159.....	92
Gai. 1, 160.....	92
Gai. 1, 189.....	69, 70, 71, 97, 104
Gai. 1, 190.....	96
Gai. 1, 193.....	97
Gai. 2, 1.....	112, 249, 251
Gai. 2, 2.....	112
Gai. 2, 2-4.....	111
Gai. 2, 9-10.....	249
Gai. 2, 11.....	112
Gai. 2, 12-13.....	111
Gai. 2, 13.....	113
Gai. 2, 14.....	112, 152, 153
Gai. 2, 14a.....	111
Gai. 2, 20.....	309
Gai. 2, 24.....	115, 116, 117, 473
Gai. 2, 38.....	155
Gai. 2, 40.....	103
Gai. 2, 65.....	47, 60, 62, 97, 326
Gai. 2, 69.....	69, 70
Gai. 2, 73.....	60
Gai. 2, 79.....	70
Gai. 2, 86.....	139, 206, 212, 270, 304
Gai. 2, 87.....	128, 133, 155, 271, 276, 277
Gai. 2, 88.....	135
Gai. 2, 88/95.....	134
Gai. 2, 89.....	136, 274, 327
Gai. 2, 9/10-11.....	112
Gai. 2, 90.....	133, 153
Gai. 2, 91.....	140, 141
Gai. 2, 92.....	135, 140, 141
Gai. 2, 95.....	122, 123, 124, 134, 135, 145, 189
Gai. 2, 96.....	128, 130, 276
Gai. 2, 97.....	250
Gai. 2, 110/114-115/118/129/149/151/197-198/218/255.....	97
Gai. 2, 112-113/118-122.....	106
Gai. 2, 115 ss.....	62

Gai. 2, 145.....	106
Gai. 2, 147.....	106
Gai. 2, 156-157/159.....	106
Gai. 2, 196.....	111
Gai. 2, 203.....	55
Gai. 2, 225.....	251
Gai. 2, 241.....	97
Gai. 3, 1.....	106
Gai. 3, 59.....	209
Gai. 3, 83.....	251
Gai. 3, 84.....	254
Gai. 3, 88.....	151, 155
Gai. 3, 89.....	153
Gai. 3, 92-114.....	155
Gai. 3, 93.....	62, 69, 97
Gai. 3, 103.....	122, 155
Gai. 3, 107.....	106
Gai. 3, 114.....	137, 155
Gai. 3, 119a.....	375
Gai. 3, 124.....	151
Gai. 3, 128.....	145, 414
Gai. 3, 132.....	69, 97
Gai. 3, 133.....	62, 97
Gai. 3, 134.....	97, 145
Gai. 3, 135-136.....	158
Gai. 3, 136.....	158, 159
Gai. 3, 137.....	153, 159, 162, 174, 175, 176
Gai. 3, 153.....	43, 64, 93
Gai. 3, 154.....	69, 70, 71, 97, 177
Gai. 3, 154a.....	97
Gai. 3, 163.....	121, 137, 189
Gai. 3, 164.....	140, 330
Gai. 3, 166.....	140, 212
Gai. 3, 167.....	206, 208, 209
Gai. 3, 167a.....	207, 208
Gai. 3, 168.....	153
Gai. 3, 176.....	151, 155
Gai. 3, 179.....	130, 155
Gai. 3, 180.....	153, 386, 482
Gai. 3, 202.....	97
Gai. 3, 222.....	104
Gai. 4, 1.....	154
Gai. 4, 2.....	154, 403
Gai. 4, 35.....	234
Gai. 4, 37.....	97
Gai. 4, 38.....	92
Gai. 4, 45.....	84
Gai. 4, 46.....	175
Gai. 4, 47.....	83
Gai. 4, 48.....	83, 268, 378

Gai. 4, 60.....	83, 175
Gai. 4, 6-9.....	154
Gai. 4, 69.....	106, 480
Gai. 4, 70.....	204, 479
Gai. 4, 71.....	215, 218, 220, 221, 222, 225, 228, 229, 479
Gai. 4, 72.....	402, 406, 411, 415, 416, 418, 420, 423
Gai. 4, 72a.....	438, 439, 447, 448, 455, 461, 463, 479
Gai. 4, 73.....	268, 363, 365, 366, 386
Gai. 4, 74.....	382, 383, 435, 438, 461, 464, 465, 481, 482
Gai. 4, 74a.....	266, 409, 410, 411, 414, 424, 435, 436, 464, 481
Gai. 4, 75.....	103, 106
Gai. 4, 77.....	106
Gai. 4, 78.....	355, 358, 372, 373
Gai. 4, 82.....	121
Gai. 4, 84.....	121
Gai. 4, 107.....	386, 425, 482
Gai. 4, 109.....	97
Gai. 4, 116.....	97
Gai. 4, 120-123.....	482
Gai. 4, 126a.....	154
Gai. 4, 134.....	83, 137, 175

**DOMITII ULPANI INSTITUTIONUM FRAGMENTA – FRAGMENTS
D’ULPIEN**

Fragm. Ulp. 1, 5.....	99
Fragm. Ulp. 2, 4.....	239
Fragm. Ulp. 5, 2.....	105
Fragm. Ulp. 5, 4.....	98
Fragm. Ulp. 5, 8-9.....	98
Fragm. Ulp. 11, 25.....	96
Fragm. Ulp. 11, 27.....	96
Fragm. Ulp. 19, 1.....	114, 473
Fragm. Ulp. 19, 4.....	81, 98, 99
Fragm. Ulp. 19, 4-5.....	81, 98
Fragm. Ulp. 19, 18.....	132, 135, 206, 270, 304
Fragm. Ulp. 19, 20.....	153
Fragm. Ulp. 19, 21.....	140, 141

PAULI SENTENTIAE - SENTENCES DE PAUL

P. Sent. 1, 4, 5.....	105
P. Sent. 1, 4, 6.....	105
P. Sent. 1, 7, 6.....	137
P. Sent. 2, 6, 1.....	219
P. Sent. 2, 8, 1.....	220, 229
P. Sent. 2, 8, 2.....	222, 223, 237

P. Sent. 2, 8, 3.....	222
P. Sent. 2, 9 ss.....	433
P. Sent. 2, 9, 1.....	435, 439, 448, 464
P. Sent. 2, 14, 1.....	157
P. Sent. 2, 19, 3.....	62
P. Sent. 4, 9, 3.....	94
P. Sent. 5, 2, 1.....	136, 167, 274
P. Sent. 5, 2, 2.....	121, 123, 124, 134, 135, 136
P. Sent. 5, 7, 3.....	137

IUSTINIANI INSTITUTES - INSTITUTES DE JUSTINIEN

Iust. Inst. 1, 2, 1.....	67
Iust. Inst. 1, 2, 2.....	67, 69
Iust. Inst. 1, 2, 11.....	72
Iust. Inst. 1, 2, 12.....	80
Iust. Inst. 1, 10, pr.....	64, 70
Iust. Inst. 1, 15, 3.....	64
Iust. Inst. 1, 16, 4.....	109
Iust. Inst. 2, 1, 11.....	65
Iust. Inst. 2, 1, 12.....	69, 70, 71
Iust. Inst. 2, 1, 25.....	70
Iust. Inst. 2, 1, 35.....	70
Iust. Inst. 2, 4, 2.....	70
Iust. Inst. 2, 9, 3.....	132, 136, 137
Iust. Inst. 2, 9, 3-4.....	132
Iust. Inst. 2, 9, 4.....	140, 141
Iust. Inst. 2, 9, 5.....	123, 124
Iust. Inst. 2, 20, 20.....	292
Iust. Inst. 3, 1, 11.....	64
Iust. Inst. 3, 13, pr.....	152, 155
Iust. Inst. 3, 17, pr.....	206
Iust. Inst. 3, 17, 2.....	119
Iust. Inst. 3, 17, 3.....	208
Iust. Inst. 3, 28, pr.....	206
Iust. Inst. 3, 28, 3.....	208
Iust. Inst. 4, 6, pr.....	154
Iust. Inst. 4, 6, 10.....	181, 190, 273, 377, 378
Iust. Inst. 4, 7, 2.....	225, 226, 229
Iust. Inst. 4, 7, 3.....	402, 406, 415, 416, 418, 420, 426, 429
Iust. Inst. 4, 7, 4.....	436, 447, 463, 465
Iust. Inst. 4, 7, 5.....	435, 461, 464, 465
Iust. Inst. 4, 7, 5a.....	462, 464
Iust. Inst. 4, 7, 8.....	465, 479
Iust. Inst. 4, 15, 4.....	64, 70

CODEX - CODE DE JUSTINIEN

C. 2, 2, 2 <i>Gordianus</i>	70
C. 2, 3, 3 <i>Severus et Antoninus</i>	144
C. 4, 2, 2 <i>Antoninus</i>	153
C. 4, 14, 2 <i>Antoninus</i>	294
C. 4, 25, 1 <i>Antoninus</i>	219, 227, 464
C. 4, 25, 2 <i>Alexander</i>	225, 227
C. 4, 25, 3 <i>Alexander</i>	223, 228
C. 4, 25, 6 <i>Diocletianus et Maximianus</i>	219, 229
C. 4, 26, 1 <i>Severus et Antoninus</i>	435
C. 4, 26, 3 <i>Antoninus</i>	447, 455, 464
C. 4, 26, 7 <i>Diocletianus et Maximianus</i>	434, 464
C. 4, 26, 10 <i>Diocletianus et Maximianus</i>	301, 303, 311, 336
C. 4, 26, 12 <i>Diocletianus et Maximianus</i>	464
C. 4, 28, 5 <i>Alexander</i>	454, 456
C. 4, 30, 10 <i>Diocletianus et Maximianus</i>	70
C. 6, 2, 1 <i>Severus et Antoninus</i>	146
C. 6, 20, 6 <i>Gordianus</i>	253
C. 6, 51, 1, 3a <i>Iustinianus</i>	70
C. 6, 61, 8, 4 <i>Iustinianus</i>	253
C. 8, 43, 3 <i>Gordianus</i>	297, 303, 310, 337

AUTRES TEXTES

Abr. Gai. 2, 9, 13.....	176
<i>Cato, De agri cultura</i> , LVI-LIX.....	44
<i>Cicero, De finibus</i> , 1, 4, 12.....	116
<i>Cicero, De finibus</i> , 3, 19, 62.....	55
<i>Cicero, De Officiis</i> , 1, 3.....	59, 73
<i>Cicero, De Officiis</i> , 1, 3, 9-10.....	73
<i>Cicero, De Officiis</i> , 1, 4.....	55, 58, 60
<i>Cicero, De Officiis</i> , 1, 4, 11.....	55, 60
<i>Cicero, De Officiis</i> , I, 42.....	241, 482
<i>Cicero, De Officiis</i> , 3, 17, 69.....	53, 55, 58, 63, 151
<i>Cicero, De re publica</i> , 3, 22, 33.....	56, 59, 72
<i>Cicero, In Verrem</i> , II, 1, 36 et II, 3, 38.....	239
Fragm. Vat. 82.....	119
Fragm. Vat. 260.....	295
Fragm. Vat. 261.....	292
Fragment 7, 12 de la Loi des XII Tables.....	239
G. A. 61.....	250
I. P. Sent. 2, 9, 1.....	464
L'Anonyme aux Basiliques, l. 18, t. 5, ch. 47.....	244
<i>Lex Aelia Sentia</i>	99
<i>Plautus, Asinaria</i> , 3, 1.....	239, 246
<i>Plautus, Bacchis</i> , 3, 3.....	239
<i>Plautus, Captivi</i> , 5, 4.....	239
<i>Plautus, Captivi</i> , 740.....	103

<i>Plautus, Mostellaria</i> , 1, 3.....	239
<i>Plautus, Persa</i> , 2, 2.....	239
Reg. Ulp. 2, 4.....	245
Reg. Ulp. 24, 32.....	251
Scolie de Stéphane 184.....	244
Scolie de Stéphane 185.....	244
Scolie de Stéphane BS 1079/26-1080/3.....	416
<i>Seneca, Epistulae ad Lucilium</i> , 31, 11.....	46
<i>Terentius, Phormio</i> , I, 1, 6.....	239
<i>Terentius, Andria</i> , 860.....	103
<i>Terentius, Eunuchus</i> , 853.....	103
Theo. Par. Iust. Inst. 4, 7, 3.....	416
<i>Titus-Livius, Historia Romana</i> , (326), 8, 28.....	152
<i>Varro, De re rustica</i> , I, 17, 1.....	44
<i>Varro, De re rustica</i> , 2, 10.....	239

* * *