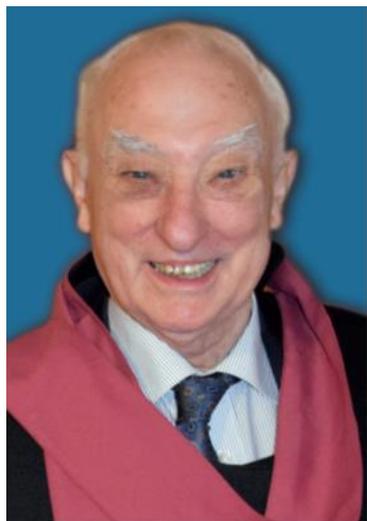


LE LACONISME EXTREME DE PAPINIEN*



Hans Ankum Universiteit van Amsterdam

1. Le style dont les juristes du passé se sont servis, est un thème qui mérite l'intérêt de chaque historien du droit. Celui qui veut étudier un aspect important du style d'un des plus grands juristes de l'histoire européenne, peut donc s'attendre à quelque intérêt de notre jubilaire, professeur d'histoire du droit à l'Universidad de Valladolid. Le grand Juriste que je vise est Papinien² L'aspect de son style

dont je veux m'occuper ici, c'est son laconisme.

Parmi les romanistes modernes Papinien est célèbre par ce laconisme. Je cite quelques auteurs récents qui ont souligné ce phénomène. Orestano³ s'exprime ainsi sur le langage de Papinien : « La lingua e in genere semplice e pura sebbene per brevità e concisione il senso talvolta risulti ambiguo e un po' oscuro ». Kaser⁴, après avoir loué la maîtrise de la discussion des cas concrets dont Papinien a fait preuve, ajoute les mots suivants : «wenn auch die Verständlichkeit namentlich für die Nachwelt, bisweilen unter der

* Mon collègue et ami Jacques-Henri Michel, professeur à la Vrije Universiteit Brussel et à l'Université Libre de Bruxelles a bien voulu relire cet article ; je lui exprime ici ma bien vive gratitude pour ses corrections de mon français.

¹ Cf. J.E. Spruit, *Enchiridium. Een Geschiedenis van het Romeinse privaatrecht*³, Deventer 1992, p. 181 qui écrit que Papinien appartient «tot de enkele juristen van eenzaam hoog fornaat die de Europese beschaving heeft voortgebracht» (aux juristes peu nombreux d'une grande envergure isolée, que la culture européenne a produits).

² Voir sur ce juriste romain, récemment, V. Giuffrè, *Papiniano: fra tradizione ed innovazione in ANRWII*, 15, Berlin-New York 1975, pp.632-666 et H. Ankum, *Papiniano, Un jurista oscuro?*, in *Seminarios complutenses de Derecho Romano (Abril-Junio 1989)*, I, Cuestiones de jurisprudencia y Proceso, Madrid 1990, pp. 33-63 (cette étude sera citée ci-après comme Ankum, Papiniano).

³ R. Orestano, *Papiniano Emilio*, in *NNDI*, XII (1965), p. 365.

⁴ M. Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, Göttingen 1967, p. 195.

äußerst gedrängten Kürze des Ausdrucks leidet». Ce que Guarino⁵ a écrit sur le style du grand juriste classique tardif est très caractéristique ; «lo stilo di Papiniano e rimasto famoso per la sua tendenza ad esprimere soltanto l'essenziale, e col minor numero di parole. Talvolta la laconicità del giurista rasenta i limiti dell'ermetismo». Spruit⁶ considère le style de Papinien comme clair et succinct. Pour deux collègues espagnols, auteurs de manuels récents, à savoir Churruca⁷ et Paricio⁸, la concision, au contraire, va de pair avec la difficulté de son style. Dans l'étude mentionnée à la note 2⁹ nous avons souligné le laconisme de la reproduction des cas poses et des décisions formulées par Papinien et nous avons soutenu que son style extrêmement concis est une des raisons fondamentales du haut degré de difficulté de presque tous les fragments de Papinien et que son laconisme a dû poser des problèmes également pour ses contemporains¹⁰.

Après avoir étudié, dans un séminaire tenu à l'Université d'Amsterdam, de nombreux textes de Papinien, les participants, que je remercie pour leurs suggestions précieuses, on constate avec moi que souvent les textes rédigés par ce juriste sont d'un laconisme extrême. Dans cette étude dédiée à mon collègue Martmez Diez, je veux donner par la présentation de quelques exemples concrets une idée des différents types de laconisme que nous pouvons distinguer dans les textes de Papinien qui nous ont été conservés. Parfois, on y trouve des constructions grammaticales lapidaires que Fon doit paraphraser pour les comprendre. Au no. 2, nous exposerons la signification de deux passages où une telle concision pose des problèmes à l'interprète. En étudiant des textes de Papinien, nous avons souvent constaté que la description des faits qui forment le cas pour lequel une solution juridique doit être trouvée est très fragmentaire. Pour bien sentir

⁵ A. Guarino, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, a cura di L. Labruna, I, Napoli 1968 p. 230.

⁶ Spruit, *Enchiridium* (note 1), p. 181: «Papinianus' stijl van schrijven is helder en bondig, hij is karig in zijn woordkeus...» (Le style de Papinien est clair et concis, son choix des mots est sobre...).

⁷ J. de Churruca, con la colaboración de Rosa Mentxaka, *Introducción histórica al Derecho Romano'S*, Bilbao 1987, p. 161 «Son estilo es extraordinariamente conciso y a veces difícil de entender».

⁸ J. Paricio, *Historia y fuentes del derecho Romano*, Madrid 1988, p. 147 parle, traitant de Papinien, de «su estilo literario conciso y difícil».

⁹ Ankum, *Papiniano* (note 2), p. 42.

¹⁰ Il est connu que Paul, Ulpien et Marcien ont écrit des commentaires à des travaux de Papinien qui en avaient apparemment besoin déjà au troisième siècle. Une raison importante de la difficulté de la plupart des textes de ce juriste est la concision extrême de son style.

la portée de la décision formulée par Papinien il faut suppléer des faits que Papinien présuppose implicitement. Deux exemples d'une telle concision dans l'exposé du cas pose seront étudiés au no. 3. La rédaction de nombreuses décisions juridiques prises par Papinien fait preuve d'une concision comparable. Souvent le juriste se borne à écrire qu'un moyen juridique peut être employé ou qu'un devoir de payer ou de restituer une somme d'argent existe. Quelquefois il ajoute qu'une autre solution doit être rejetée, sans qu'il explique pourquoi l'idée d'une telle solution lui est venue à l'esprit. Quelques exemples de ces deux catégories de laconismes concernant les décisions juridiques seront examinés au no. 4. Au no. final, nous essayerons de rendre nos expériences avec le style lapidaire de Papinien fructueuses pour ses interprètes futurs en leur soumettant quelques indications de méthode. Elles ne pourront cependant guère changer au fait que l'exégèse des fragments de Papinien restera une tâche difficile pour nous et pour les romanistes qui travailleront après nous.

2. En étudiant un bon nombre de textes de Papinien nous avons constaté que les mots « laconisme », « style lapidaire », « concision » et « brièveté », que les auteurs modernes emploient pour indiquer une particularité frappante de la manière dont Papinien a rédigé ses travaux, se réfèrent à différents types de brièveté.

Tout d'abord, Papinien emploie, plus qu'aucun autre juriste romain, des constructions grammaticales très lapidaires qu'il faut remplacer par des paraphrases plus larges pour bien les comprendre. Je donne ici deux exemples caractéristiques d'une telle construction. Ils se trouvent dans deux textes compliqués dont l'interprétation entière demanderait un grand nombre de pages. Nous nous bornons ici à ce qui est indispensable pour la compréhension des constructions lapidaires qui nous importent.

Au fragment D. 12.6.56¹¹ extrait du 8e livre de ses *quaestiones* ou Papinien s'occupe de la *condictio certae pecuniae*¹², le juriste traite du cas suivant. Un créancier a conclu avec son débiteur un *pactum* selon lequel ce dernier devra seulement payer la somme due si un certain Titius devient consul. Le débiteur a déjà payé par erreur avant que Titius fut élu ou décède. Selon Papinien, ce débiteur peut intenter la *condictio indebiti*¹³ pour recouvrer la somme payée. Dans ce cas, il n'est pas clair, si l'*exceptio*

¹¹ Nous avons donné une exégèse de ce texte dans notre étude *Papiniano* (note 2), pp. 52 - 57 :

¹² Cf. O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, L. Lipsiae 1889, col 826, no. 146 (cet ouvrage sera cité ci-après comme *Palingenesia*).

¹³ J'emploie ce terme ici pour des raisons de clarté tout en me rendant compte du fait qu'il est vraisemblablement d'origine justinienne.

pacti, que le débiteur aurait pu opposer a Faction que le créancier aurait pu intenter d'une manière anticipée, a le caractère d'une *exceptio temporalis* (ou *dilatoria*) ou d'une *exceptio perpetua* (ou *peremptoria*). Papinien décide que la restitution de la somme payée *interim* peut être demandée, comme au cas où un débiteur a déjà paye une dette conditionnelle avant l'accomplissement de la condition. Ces deux cas ont en commun qu'au moment où le débiteur fait son paiement anticipe, il n'est pas certain s'il aura, selon le droit prétorien ou selon le *ius civile*, l'obligation de payer. Sur ce point ces cas diffèrent de deux autres cas que le juriste mentionne à titre de comparaison. Dans ces cas, il s'agit aussi d'un paiement anticipe par le débiteur, mais au moment de ce paiement il est certain qu'à partir d'un moment futur le débiteur —selon le droit pretorien ou selon le *ius civile*— sera obligé de payer et par conséquent, après un paiement anticipe il ne peut instituer la *condictio indebiti*. Papinien formule ainsi L'impossibilité de la *condictio* dans ces deux cas : *pactum, quod in tempus certum collatum est, non magis inducit condictionem, quam si ex die debitor solvit* (un *pactum* selon lequel le débiteur ne devra pas payer jusqu'à une date fixée ne produit pas davantage une *condictio, quam si ex die debitor solvit*). Ce sont ces derniers mots qui sont très lapidaires. Les deux traductions modernes¹⁴ lient *ex die a solvit* et ainsi elles rendent le passage totalement incompréhensible : Si un débiteur sous terme a payé après l'échéance, aucun problème juridique se pose ; personne ne pourra jamais se demander si ce débiteur pourrait exiger la restitution de la somme payée par la *condictio indebiti*. C'est seulement quand un tel débiteur paie avant l'échéance que le problème se pose de savoir s'il pourrait demander la restitution. Il faut donc référer les mots *ex die a debitor* et paraphraser *ex die debitor* par *is qui ex die debitor est*. La traduction qui s'impose est : « Un *pactum* selon lequel le débiteur ne devra pas payer jusqu'à une date fixe ne produit pas davantage la *condictio (indebiti)* que le cas où celui qui est débiteur *ex die*, c'est-à-dire celui qui est obligé de payer après une date certaine future accordée, paye avant cette date ». Le résultat est satisfaisant : celui qui paye a un moment auquel il ne peut opposer qu'une *exceptio dilatoria* ou a un moment auquel sa dette n'est pas encore échue parce que le terme n'est pas encore arrivé, ne peut intenter la *condictio*

¹⁴ V. El Digesto de Justiniano, 1, Version Castellano por A. d'Ors, F. Hernandez-Tejero, P. Fuenteseca, M. Garcia Garrido y J. Burillo, Pamplona 1968, p. 504: «el pacto referido a un tiempo cierto no produce mas condicion que cuando paga el deudor despues del plazo ...». V. aussi The Digest of Justinian, English translation ed. by A. Watson, 1, Philadelphia 1985, p. 387: «For just as a pact which looks to a fixed time no more gives rise to a *condictio* than a payment by a debtor after time ...».

indebiti. Quand on comprend l'expression très condensée ex die *debitor* comme « celui qui doit payer après une date convenue », on arrive à donner un sens compréhensible à ce texte difficile de Papinien.

Un autre exemple d'une construction très lapidaire est l'expression *aliquo facto* au début du texte D. 18.7.6 pr. Le fragment 6 du titre 18.7 du Digeste a été extrait du 27^e livre des *quaestiones* de Papinien. Le contexte est celui des stipulations.¹⁵ On trouve l'expression qui nous intéresse dans la première phrase :

Si venditor ab emptore caverit, ne serva manumitteretur neve prostituatur, et aliquo facto contra quam fuerat exceptum evincatur aut libera iudicetur, et ex stipulatu petatur, doli exceptionem quidam obstaturam putant, Sabinus non obstaturam...

Papinien s'occupe dans ce texte¹⁶ de deux cas dont il expose des éléments au début de cette phrase¹⁷. Le premier est celui où quelqu'un a vendu une esclave et s'est fait promettre par stipulation qu'elle ne sera pas affranchie. De la suite du texte on peut déduire que le vendeur s'est réservé un droit de *manus iniectio* (à la suite duquel il serait à nouveau propriétaire de l'*ancilla*) et qu'il a stipulé une *poena* pour le cas où l'acheteur ne respecterait pas cette convention en faisant la *manumissio* de l'esclave¹⁸. Au second cas, le vendeur d'une esclave s'est fait promettre par stipulation qu'elle ne serait pas livrée à la prostitution. De la suite du texte on peut déduire que les parties avaient convenu qu'en cas d'infraction à cette défense l'*ancilla* serait libre et que l'acheteur devrait payer une peine. Qu'est-ce qui s'est passé après que ces deux conventions avaient été

¹⁵ Cf. Lenel, *Palingenesia*, I, col. 866, no 323. Selon Lenel le 28^e livre des *quaestiones* de Papinien traite presque entièrement des stipulations.

¹⁶ Voir sur ce texte les considérations détaillées de R. Knutel, *Stipulatio poenae*. Studien zur römischen Vertragsstrafe, Köln-Wien 1976, pp. 357-361. Th. Mayer-Maly (cite à la note 27) p. 385 s'est occupé récemment d'un aspect de ce texte.

¹⁷ Nous aurions très bien pu discuter ce texte également au no. suivant, où nous traitons du phénomène que Papinien est très souvent extrêmement lapidaire lors de l'exposition du cas à traiter.

¹⁸ Le lecteur de Papinien se serait trouvé dans une situation plus confortable si celui-ci avait mentionné au début de son exposé, pour le premier cas la possibilité de la *manus iniectio*, pour le deuxième cas, la clause que l'*ancilla* serait libre en cas de prostitution et, pour les deux cas, la convention en forme de stipulation d'une *poena*. Il est possible que le lecteur du 27^e livre des *quaestiones* ait pu comprendre plus facilement que nous par un texte précédent inconnu de nous précisant que le thème de cette partie du livre était la *stipulatio poenae* et, que, par conséquent, les vendeurs des deux cas de notre texte 'avaient également ajouté des *stipulationes poenae* à leur contrat de vente.

faites ? Comment faut-il interpréter les mots *et (si) aliquo facto contra quam fuerat exceptum (serva) evincatur aut libera iudicetur* ?

Quand on traduit *aliquo facto*, comme il est le plus normal, par « à la suite de quelque fait », on n'arrive pas à comprendre le passage. Notre ami Eric Pool (Amsterdam) nous a suggéré de traduire ces mots par « après que quelque chose a été fait ». Si Ton suit cette suggestion, on arrive à la traduction suivante du passage cité; «et après que quelque chose de contraire à ce qui a été stipulé a été fait (par l'acheteur), l'esclave est évincée ou est déclarée libre». Quelle interprétation devons-nous donner de cette phrase ? Les faits visés par Papinien dans les deux cas sont les suivants. L'acheteur a agi contrairement à ses promesses ; il a affranchi l'esclave et il l'a livrée à la prostitution. Au premier cas, la manumission faite par l'acheteur en conflit avec sa promesse est nulle¹⁹; le vendeur a acquis le droit de l'emmener et il a recouvré la propriété sur elle. Au second cas, l'esclave a obtenu la liberté²⁰. Ce n'est pourtant pas cette récupération de la propriété que Papinien indique par le mot *evincatur*²¹. Il est essentiel pour la notion d'*evincere* en droit romain que la *rei vindicatio* ou une autre action réelle comparable à été jugée. Dans notre cas, le vendeur a intenté avec succès la *vindicatio in servitutum* (probablement contre l'acheteur qui agit comme *adsertor in libertatem*) concernant l'esclave vendue qui s'est comportée à tort comme une personne libre. Au second cas, après que l'*ancilla* a dû se prostituer sur l'ordre de l'acheteur et qu'elle est devenue libre de ce fait, le vendeur a intenté avec succès une *vindicatio in libertatem* contre l'acheteur qui n'a pas voulu respecter sa

¹⁹ Cela ressort avec clarté de la suite de notre texte : *sed ratio faciet... cogitatum* et des textes de Paul D.40.7.9 et de Marcien D. 40.9.9.2.

²⁰ Les sources sont claires sur ce point ; v. Marcien D. 40.8.6 *in fine (competit libertas)*. Mod. D. 37.14.7 pr. (qui invoque un décret de Vespasien décidant que l'esclave est libre dès le moment de la prostitution) et Al. Severe C.4.56.2 de 223 après J.C. (*libertas mulieri existente condicione competit*)-, cf W. W. Buckland, *The Roman Law of Slavery*, Cambridge 1908, p. 70. M. Kaser, *Das Romische Zivilprozessrecht*, Munchen 1966, p. 361 et note 82 et Knutel, *Stipulatio poenae* (note 16), p. 361, note 28 sont d'avis que le vendeur doit exercer sa *potestas abducendi* et entamer un procès de liberté devant le préteur *de liberalibus causis*. Le vendeur n'a cependant plus cette *potestas*, puisque l'*ancilla* est devenue libre. Ces auteurs confondent deux situations différentes, à savoir celle où les parties ont accordé que l'esclave sera libre en cas de prostitution provoquée par l'acheteur et celle où le vendeur s'est réservé la *potestas abducendi* pour le cas de prostitution.

²¹ Knutel, *Stipulatio poenae* (note 16), p. 359 croit à tort que l'acquisition par le vendeur du droit de reprendre l'esclave mené déjà à l'éviction de celle-ci au détriment de l'acheteur. Il écrit : «Aus dem ... Vorbehalt *ne manumittatur* erwuchs dem Verkäufer für den Fall der Freilassung ein... dingliches Zugriffsrecht (*evincatur*) auf die Sklavin».

liberté devant le juge ou devant le préteur *de liberalibus causis*, qui l'a déclaré libre (*libera iudicetur*). Le problème dont Papinien traite dans ce texte est celui de savoir si le vendeur pourra réclamer la peine a cote des sanctions de la nullité de l'affranchissement fait par l'acheteur et de l'acquisition de la liberté par l'*ancilla* que l'acheteur a livrée a la prostitution. Après avoir fait savoir l'opinion de *quidam* et celle de Sabinus, Papinien propose une nouvelle opinion ingénieuse dont l'essentiel est qu'il faut distinguer entre la stipulation *ne manumittatur* et la stipulation *ne prostituatur*²². Il est capital pour la bonne compréhension du texte difficile de Papinien de bien établir le contenu des deux conventions faites entre le vendeur et l'acheteur et les faits qui ont eu lieu après : *et (si) aliquo facto contra quam fuerat exceptum (serva) evincatur an libera iudicetur*. Quand on se rend compte de l'extrême brièveté de l'expression *aliquo facto*, on arrive plus facilement à se figurer les deux complexes de faits pour lesquels Papinien a dû s'exprimer sur la possibilité ou l'impossibilité de la demande de la *poena* a cote des autres sanctions contre les manquements de l'acheteur a ses promesses.

3. Nous arrivons maintenant à un tout autre type de laconisme de Papinien qui concerne la manière dont il expose le cas pour lequel il cherche une solution juridique. Les faits mentionnés par lui sont généralement très lapidaires. L'exposé des événements contient en régie générale beaucoup de lacunes que l'interprète doit combler en tenant compte du problème juridique posé et de la décision prise. Si Fon n'est pas conscient du caractère lacunaire de la présentation des cas par notre juriste, on ne réussit pas à donner une interprétation exacte de ce qui nous reste de ses travaux. Je donne ici deux exemples ; on pourrait les multiplier²³.

Ce laconisme de l'explication de la situation donnée par Papinien a parfois mené à de grandes divergences parmi les interprètes quant à la reconstitution des faits et par conséquent quant à l'explication du texte entier.

Un exemple caractéristique peut être trouvé au § 1 du fragment D. 13.5.25 extrait du 8e livre des *quaestiones* de Papinien²⁴:

²² Je renvoie pour l'opinion de Papinien aux pages instructives de Knutel, mentionnées à la note 16.

²³ À la note 17, nous avons déjà signalé que la description des deux cas traités par Papinien au D. 18.7.6 pr. ne contient que quelques éléments et que d'autres éléments essentiels doivent être mis en évidence par l'interprète du texte, qui réfléchit sur les problèmes juridiques dont le juriste a voulu traiter.

²⁴ Les compilateurs ont tiré ce fragment d'une partie de ce livre où Papinien s'occupait de la *pecunia constituta*, cf. Lenel, *Palingenesia*, 1, col 827, no. 150.

Si iureiurando delate deberi tibi iuraveris, cum habeas eo nomine actionem, recte de constitute agis. sed et si non ultro detulero iusiurandum, sed referendi necessitate compulsus id fecero, quia²⁵ nemo dubitat modestius facere qui referat, quam qui²⁶ ipse iuret, nulla distinctio adhibetur, tametsi ob tuam facilitatem ac meam verecundiam subsecuta sit referendi necessitas.

Si vous avez jure, après que je vous ai défère le serment, que je vous dois une somme d'argent, il est conforme au droit que vous intentiez centre moi l'*actio de pecunia constituta*, puisque vous avez une action a cet égard (à savoir concernant le serment). Si je ne vous ai pas cependant impose ce serment de ma propre initiative, mais si je t'ai fait parce que je fus contraint de le référer, aucune distinction ne doit être faite, vu que personne ne doute que celui qui réfère le serment agit plus scrupuleusement que celui qui prête serment lui-même, bien que la nécessité de référer le serment se soit posée a la suite de votre manque de scrupules et de ma rigueur morale²⁷.

Comment faut-il se figurer les deux situations de fait dont Papinien s'est occupé dans ce texte et pour lesquelles il a décidé qu'une solution identique s'impose ?

Selon la Close d'Accurse²⁸ il y avait entre les parties une discussion sur la question de savoir si un *constitutum debiti (propri)* avait eu lieu entre elles. D'après Accurse l'action intentée par le demandeur était l'*actio de pecunia constituta* et le serment du défendeur portait sur la question de savoir si un *constitutum* avait été conclu par eux. Au second cas, le *conventus de pecunia constituta* avait réfère le serment défère par le demandeur et ce dernier avait prêté serment qu'il avait conclu un *constitutum debiti* avec le défendeur. Dans ces deux cas, le demandeur peut intenter contre le défendeur l'*actio de pecunia constituta* Il n'est pas douteux que cette interprétation de la présentation des faits contenue dans le texte n'est pas exacte. L'objet du serment était qu'une somme était due au demandeur, ce qu'on lit dans le texte, et pas comme Accurse écrit dans sa « glose » « *compulsus* » — qu'un *constitutum* avait eu lieu en sa faveur

²⁵ Les mots *quia ... iuret* sont selon nous une glose postclassique. Nous reviendrons sur ce point ci-dessous a la note 45.

²⁶ Je préfère la version de la Vulgate bolognese qui a *quam qui ipse*, a celle de la Florentina où on lit *quam ut ipse*.

²⁷ Voir, sur la signification du mot *verecundia*, Th. Mayer- Maly, «Verecundia» in der Rechtssprache in *Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias*, I, Madrid 1988, pp. 375-389, en particulier sur D. 13.5.25.1, pp. 385-386.

²⁸ Voir les gloses « *iuraveris* », « *detulero* », « *compulsus* » et « *distinctio* » ad D. 13.5.25.1.

(cf. Paul D. 12.2.14). Ensuite, si l'action intentée par le demandeur a la suite du *iusiurandum* est, selon la Glose l'*actio de pecunia constituta*, on ne comprend pas la signification des mots *cum habeas eo nomine actionem*. Enfin et surtout, la décision proposée dans le texte, selon laquelle le demandeur intentera dans les deux cas l'*actio de pecunia constituta* ne se comprend pas, puisque, après que le serment a été prêté, l'action la plus avantageuse pour le demandeur, vu qu'il ne devra pas prouver le *constitutum*, est l'*actio (in factum) ex iureiurando, in qua hoc solum quaentur, an iuraverit*²⁹. La décision du texte ne correspond donc pas à la reconstitution des faits proposée par la Glose et celle-ci doit par conséquent être rejetée.

Trois romanistes modernes³⁰ se sont fait une toute autre idée de la situation présentée par Papinien dans la première phrase de notre texte³¹. Amirante a exposé leur opinion de la manière la plus claire. Selon ces auteurs, un créancier a intenté une action personnelle *de sorte* ; le débiteur n'a pas collaboré à une *litis contestatio*, mais a défère au demandeur le serment qu'une somme d'argent lui était due par le défendeur. Le créancier a juré et a acquis ainsi l'*actio ex iureiurando* ; bien qu'il eût cette action³², il avait aussi l'*actio de pecunia constituta*. Amirante³³ conclut son interprétation de la première phrase du paragraphe D. 13.5.25.1 ainsi: « Papiniano afferma che il creditore può scegliere fra l'*actio ex iureiurando* e l'*actio de pecunia constituta* ». Nous sommes d'accord avec ces auteurs³⁴

²⁹ Cf. Ulpian D. 12.2.9.1.

³⁰ A. Philippin, *Le pacte de constitut. Action de pecunia constituta*, Paris 1929, pp. 67-68
G. Astuti, *Studi intorno alia promessa di pagamento. il constituta di debito*, II, Milano 1941, p. 222, note 34 et L. Amirante, *Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formulae*, Napoli 1954, pp. 73-75.

³¹ Ces auteurs ne s'occupent pas de la deuxième partie du texte, puisqu'elle est selon eux de la main des compilateurs. Nous n'avons pas à souligner que cette méthode n'est plus celle de nos jours.

³² Selon ces auteurs, le mot *cum* du passage *cum habeas eo nomine actionem* a un sens concessif et pas causal. Cela a été souligné par Amirante, *Il giuramento* (note 30), p. 74, note 101.

³³ Amirante, *Il giuramento* (note 30), pp. 73-74.

³⁴ Nous nous basons sur la deuxième partie du texte, selon laquelle le débiteur a qui le créancier a défère le serment est obligé de le référer au créancier quand il ne veut pas prêter serment lui-même. Cela est seulement exact quand il s'agit d'un cas où la somme disputée a été exigée dans un procès ; cf. Amirante (note 30), pp. 60-61. Nous partons de l'idée que les situations de la première et de la seconde partie du texte sont identiques avec la seule différence qu'au premier cas le débiteur défère le serment de sa propre initiative tandis qu'au deuxième cas le débiteur réfère le *iusiurandum* que le créancier lui a défère. Les auteurs mentionnés à la note 30 ne peuvent accepter notre

que le créancier (nous dirions plutôt « celui qui se considère comme créancier ») a intenté la *condictio certae pecuniae* contre le (prétendu) débiteur et que le demandeur a prêté, à la demande du défendeur, le serment qu'une somme d'argent lui était due par le défendeur. Nous comprenons que le demandeur, après avoir jure ainsi, à l'*actio ex iureiurando*, mais nous n'arrivons pas à concevoir, si l'on n'ajoute pas d'autres faits, comment le demandeur peut avoir à côté de cette action, une *actio de pecunia constituta*. D'où vient cette action qui est le sujet principal du texte ? On ne voit pas clairement non plus pourquoi ces deux actions seraient laissées au choix du demandeur et pourquoi le juriste ne donne pas à ce dernier le conseil d'intenter l'*actio de pecunia constituta*, qui donne au demandeur, à côté de la somme principale, l'intérêt qu'il a à ce que le paiement ait lieu à la date fixée. Cette interprétation moderne est donc tout aussi peu acceptable que celle de la Glose.

Pour trouver une meilleure reconstitution de la situation visée par Papinien, nous devons prendre conscience du caractère lapidaire de sa présentation de la situation discutée par lui. Une personne (C) qui est persuadée d'avoir la créance d'une *certa pecunia* envers quelqu'un d'autre (D), mais qui a perdu la reconnaissance de dette écrite, intente la *condictio certae pecuniae* contre D. D ne se souvient plus s'il a reçu la somme mentionnée en prêt et défère à C le serment que D lui doit cette somme. C, après avoir prêté ce serment, a l'*actio (in factum) ex iureiurando*, par laquelle le seul fait soumis au juge est de contrôler si le serment a été prêté³⁵. Si C apporte la preuve du serment, il peut faire condamner D au paiement de la somme, établie sous serment. Le texte parle, à la fin de la première phrase, de la possibilité pour C d'intenter l'*actio de pecunia constituta*. Il faut donc, selon nous, supposer³⁶ que les parties ont conclu après le serment un *constitutum debiti (propri)* que Papinien ne mentionne pas expressément. Si Ton se rend compte que le sujet de ce fragment du 8e livre des *quaestiones* de Papinien est le *constitutum debiti* et qu'au § *principium* un *constitutum debiti* a été conclu également, et si

argumentation fondée sur la supposition qu'une action a été intentée en justice parce qu'ils considèrent la deuxième partie comme d'origine postclassique.

³⁵ Cf. le texte d'Ulpien mentionné à la note 29.

³⁶ On comprend que le débiteur qui a douté de l'existence de la dette a demandé un terme après le serment pour la payer et que le créancier, en faveur de qui le serment a établi l'existence de sa créance, a fixé le terme du paiement par le *constitutum* pour avoir l'*actio de pecunia constituta* menant à un procès ou le juge devait condamner le défendeur à *quanti ea res est*, c'est-à-dire à la somme qui fut l'objet du *constitutum* et au préjudice subi par le créancier par suite du manque de paiement à la date fixée; cf. M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, P, München 1971, pp. 583-584.

enfin Ton prend en considération qu'un juriste ne peut discuter la possibilité d'une *actio de pecunia constituta* qu'au cas où un tel *constitutum* a été fait entre un créancier et son débiteur, nous sommes d'avis que l'interprète peut combler la lacune laissée par Papinien³⁷. Notre interprétation de la première phrase du texte D. 13.5.25.1 correspond ainsi à la première qui nous a été conservée.

Dans la *Summa* du Digeste faite³⁸ vers 550 par l'Anonymos qui est devenue pour une très grande partie le texte des Basiliques, nous lisons:

Εἴτε ἐξ ἐπαγωγῆς εἴτε ἐξ ἀντεπι φορᾶς ὁμόσω χρεωστεισθαι. καλῶς ἀντιφωνοῦμαι.³⁹

Demelius et Amirante⁴⁰ ont critiqué cette interprétation. Papinien aurait dû écrire, s'il avait voulu souligner la validité d'un *constitutum* concernant une dette basée sur un serment : *tenet constitutum*. Nous croyons pourtant que la rédaction de Papinien correspond à l'approche procédurale des juristes classiques⁴¹. Le fait que le *constitutum debiti* vise par Papinien n'est pas mentionné par lui est un des nombreux exemples du laconisme de Papinien auquel cette étude est dédiée. Si Fon comble la lacune signalée comme nous venons de le faire, la phrase *cum habeas eo nomine actionem* devient claire. Puisque le créancier peut diriger avant le *constitutum*,

³⁷ Le texte est une preuve de la justesse de la théorie d'Amirante, selon laquelle le droit classique n'a pas connu une distinction entre le *iusiurandum necessarium* et le *iusiurandum voluntarium*, exprimée par lui dans son livre *Il giuramento* (note 30), pp. 1- 169 et résumée par lui dans son article *Giuramento (Diritto Romano)* in *NNDI*, VII, (Torino 1961), pp. 938-942. Mis à part le fait que le prêteur contraint le défendeur, aux cas où une *condictio certae pecuniae* ou *certae rei* soit une autre de quelques actions mentionnées dans l'édit, a été intentée, de prêter ou de référer le serment, le droit classique n'a pas selon cet auteur connu quant au caractère et quant aux effets, une distinction entre le serment nécessaire et le serment volontaire. Voir pour cette distinction acceptée d'une manière générale avant Amirante, Kaser, *Das Römische Zivilprozessrecht* (note 20), pp. 198-200. Notre texte qui traite, dans la première phrase, d'un cas considère par l'ancienne théorie traditionnelle comme un cas du *iusiurandum voluntarium* et, dans la seconde partie, d'un cas considère par cette théorie comme un cas d'un *iusiurandum necessarium* plaide en faveur de l'unité de l'institution du *iusiurandum* dans le droit classique.

³⁸ Cf. H. J. Scheltema, *Das Kommentarverbot Justinians*, in *T.v.R.* 45 (1977), p. 311.

³⁹ Je traduis : « Si je jurerai que vous êtes obligé envers moi soit parce que vous m'avez déféré le serment, soit parce que vous me l'avez réfère, dans ces deux cas je peux faire un *constitutum debiti* d'une manière valable ». Voir *Basilicorum libri LX*, ed. H. J. Scheltema et N. van der Wal, VI, ser. A, Groningen-'s-Gravenhage 1962, p. 1300.

⁴⁰ G. Demelius, *Schiedseid und Beweiseid*, Leipzig 1887, pp. 65-66 et Amirante, *Il giuramento* (note 30), p. 74.

⁴¹ Cf. pour Papinien par exemple D. 18.7.6.1 où il emploie l'expression *ex vendito propter poenam... agi posse* pour indiquer que le *pactum* en question est valable.

contre le débiteur, l'*actio ex iureiurando*⁴² par laquelle il peut faire condamner le débiteur au paiement de la somme due, il peut, après avoir fixé le jour du paiement par le *constitutum*, agir de *pecunia constituta*.

Après avoir établi ainsi la situation visée par Papinien dans la première phrase de D. 13.5.25.1, il nous sera assez facile d'expliquer la situation de la deuxième phrase dont les auteurs modernes se sont à peine occupés⁴³. Ici Papinien s'exprime avec un laconisme comparable. Dans ce cas, le demandeur qui ne peut apporter assez de preuves de l'existence de sa créance d'une somme d'argent, a défère au défendeur le serment que ce dernier ne doit pas au demandeur la somme prétendue. Ce défendeur qui n'est pas absolument convaincu de la non-existence de cette dette, prouve qu'il est un homme scrupuleux. Au lieu de jurer qu'il n'est pas obligé au paiement de la somme mentionnée par le demandeur, il réfère le serment à ce dernier. Après que celui-ci a prêté serment, les parties ont fixé la date avant laquelle le défendeur paiera sa dette⁴⁴. Est-ce que le créancier peut intenter après cette date l'*actio de pecunia constituta*? La décision laconique de Papinien est qu'aucune distinction ne doit être faite entre cette situation et celle de la phrase précédente. La motivation manque⁴⁵. Une objection possible est pourtant rejetée ; le fait que le défendeur a été obligé de refédérer le *iusiurandum* à la suite du manque de scrupules du demandeur et de sa propre rigueur morale n'est pas une raison pour arriver à une autre décision. La vraie raison de la décision de Papinien : *nulla distinctio adhibetur* est, selon nous, qu'il s'agit dans les deux cas du *constitutum* d'une obligation de payer une somme d'argent qui est fondée sur le serment prêté par le demandeur. Nous constatons ici un assez grand laconisme de Papinien en ce qui concerne sa décision. Ce sujet sera discuté

⁴² Ici, on constate également l'approche procédurale de Papinien. Les manuels modernes écrivent qu'il faut qu'il y ait une obligation de payer une somme d'argent existante (cf. Kaser, cite à la note 36). Papinien soutient que le créancier dispose de l'*actio de pecunia constituta* contre le débiteur, puisqu'il a l'*actio ex iureiurando* contre lui.

⁴³ Th. Mayer-Maly a dédié un bref passage au cas de la seconde phrase de notre texte dans son article cite à la note 27, pp. 385-386. Je ne peux le suivre quand il écrit qu'il s'agit ici de « das Hin- und Herschieben von Eiden nach einem *constitutum* ».

⁴⁴ Ici, Papinien ne mentionne pas davantage le fait que les parties ont conclu le *constitutum*.

⁴⁵ Avec Scialoja et P. Kruger (cf. *Index Interpolationum*, 1, col. 206), nous sommes d'avis que le passage *quia... iuret* est une glose. Il est évident que le prétendu débiteur qui réfère le serment agit avec plus de scrupules que celui qui jure lui-même, mais on n'arrive pas à voir dans cette constatation une argumentation pour la décision de Papinien d'après laquelle, au cas de la seconde phrase, le demandeur peut intenter également l'*actio de pecunia constituta*.

au no. suivant. Ce qui nous importe ici c'est le caractère lapidaire de la présentation par Papinien des faits partiellement différents dans les deux cas de notre texte. L'interprète doit combler les lacunes en tenant compte du contexte du § étudié et des décisions juridiques proposées par le juriste dans les deux cas examinés par lui.

Un deuxième exemple d'une description lacunaire du cas discute peut-être trouve au D. 31.77.5. Le fragment 77 du livre 31 du Digeste a été tiré du huitième livre des *responsa* de Papinien⁴⁶.

D. 31.77.5

Qui dotale praedium contra legem luliam vendidit, uxori legatum dedit et emptoris fidei commisit, ut amplius ei pretium restituat, emptorem fideicommissi si non teneri constabat; si tamen accepto legato mulier venditionem irritam faceret, eam oblato pretio doli placuit exceptione summoveri.

Quelqu'un qui a vendu un fonds de terre dotal à l'encontre de la loi lulia, a donné un legs à sa femme et à charge l'acheteur par fidéicommissi de lui payer le prix (du fonds de terre) à cote de ce legs. Il fut certain que l'acheteur n'est pas tenu par ce fidéicommissi; il a pourtant été accepté d'une manière générale que la femme doit être repoussée par l'*exceptio doli* au cas où le prix lui sera offert (par l'acheteur), si elle invoque la nullité de la vente après avoir accepté le legs.

Avant d'établir en détail les faits dont Papinien traite dans ce texte condensé, nous signalons que le paragraphe cité se réfère à un *fideicommissum a debitore relictum*⁴⁷. Les juristes romains ont élaboré un tel fidéicommissi au cas suivant : un *de cuius* demande à l'un de ses débiteurs de payer après son décès la dette en question à un tiers. La somme que le débiteur paiera à ce tiers ne peut jamais être plus importante que la somme due par lui. Ce fidéicommissi est véritablement à la charge de l'héritier qui ne pourra plus réclamer avec succès la somme payée par le débiteur au tiers, puisque le débiteur peut opposer une *exceptio doli* à l'action de l'héritier. Depuis un rescrit d'Antonin le Pieux, le tiers peut même intenter un *actio utilis* contre le débiteur pour demander la *restitutio*

⁴⁶ Dans la majeure partie du livre à laquelle appartient D. 31. 77, Papinien s'occupe des fidéicommissi ; cf. Lenel, *Palingenesia*, I, col. 917, no. 599.

⁴⁷ Voir sur cette institution P. Voci, *Diritto Ereditario Romano*, IP, Milano 1963, pp. 819-820, Kaser, *Das Römische Privatrecht*, I (note 36), pp. 758-759 et A. Wacke, *Das Fideicommissum a debitore relictum. Die Exceptio doli im Dienste der Rechtsfortbildung*, in *T.v.R.* 39 (1971), pp. 257-272.

de la somme qui est l'objet du fidéicommiss. Telle était la réglementation juridique au temps de Papinien au cas d'un *fideicommissum a debitore relictum* valable. Nous verrons que, dans notre texte le fidéicommiss dont le *de cuius* a charge le tiers à qui il avait vendu un fonds de terre, est nul.

Adressons-nous au texte de Papinien et tachons de fixer les faits du cas pour lequel il a dû trouver une solution. Un mari a vendu (et apparemment aussi mancipé⁴⁸ et transmis en possession) un fonds de terre faisant partie de la dot qu'il a reçue de sa femme. Celle-ci n'a pas donné son consentement à cette aliénation et, pour cette raison, l'aliénation est nulle comme contraire à la *lex lulia defundo dotali*. L'acheteur n'a pas encore payé le prix. Papinien ne le dit pas d'une manière explicite, mais c'est seulement ainsi qu'on peut comprendre le fidéicommiss par lequel le mari a demandé à l'acheteur de taire la *restitutio* du prix à sa femme. Ensuite, le mari a donné un legs (par exemple d'une somme d'argent) à son épouse et il a imposé à l'acheteur par un fidéicommiss le paiement à sa femme du prix d'achat du *praedium*. Après quoi le mari est décédé⁴⁹ et le juriste doit s'occuper des effets de *ca fideicommissum a debitore relictum*. La vente étant nulle à la suite de l'infraction à la *lex lulia defundo dotali*, il est hors de doute que l'acheteur n'est pas obligé de payer le prix sur la base du contrat *d'emptio venditio* et que, par conséquent, il n'est pas tenu par le fidéicommiss. Le paiement du prix à la femme ne mène pas, pour l'héritier, à la perte (par suite de l'opposition de l'exception de dol) de la créance contre l'acheteur, puisqu'une telle créance n'a jamais existé. Les juristes classiques ont pourtant trouvé un moyen de sauvegarder la volonté du testateur. Si la femme a accepté le legs de son mari et qu'ensuite l'acheteur lui offre le paiement du prix, la femme sera repoussée par une *exceptio doli*, si elle intente une *rei vindicatio utilis* contre l'acheteur en invoquant la nullité de la vente faite par son mari sans son consentement. Wacke a proposé une explication ingénieuse de cette solution en soutenant que la femme a été chargée comme légataire du fidéicommiss de ratifier l'aliénation du *praedium* faite par son mari⁵⁰. Cette explication n'est

⁴⁸ Le laconisme que nous trouvons dans ce texte de Papinien n'est pas unique. Beaucoup de juristes ont employé le mot *vendere* pour indiquer le contrat de vente et la délivrance, par exemple, comme ici, la mancipation ; cf. E. Levy, *Verkauf und Übereignung*, in *JURA* 14 (1963), pp. 1-28.

⁴⁹ Papinien ne mentionne pas la mort du mari. Très souvent, les juristes classiques ne font pas mention de la mort du testateur dans les textes ou ils s'occupent de problèmes concernant les effets juridiques de dispositions testamentaires.

⁵⁰ Wacke, cite à la note 47, p. 270: «Als Legatarin kann die Frau mit dem Fideikommiss belastet werden, die Verausserung zu genehmigen».

pourtant pas exacte. S'il s'agissait vraiment d'un fidéicommiss à la charge de la femme, sa prestation ne pourrait jamais être plus importante que la valeur du legs qu'elle avait acquis. Toutefois, rien dans le texte n'implique que le legs devait avoir une telle valeur. Si la femme avait accepté un legs de 100 et que le *praedium* eut une valeur de 1.000, la décision de Papinien aurait été la même. L'explication de la possibilité d'opposer l'*exceptio doli B. la rei vindicatio utilis* de la femme réside plutôt dans le caractère illicite du *venire contra factum proprium*. On ne peut pas respecter d'abord la volonté du testateur en acceptant le legs et agir ensuite d'une manière qui est contraire à cette volonté. Ce principe concernant l'attitude d'une personne vis-à-vis un testament a été appliqué aussi en d'autres cas par les juristes classiques⁵¹.

Il est devenu clair que l'énumération des faits donnée par Papinien dans le texte étudié est assez lacunaire. Il faut en être conscient et combler les lacunes en tenant compte des décisions juridiques contenues ensuite dans le texte. Si l'interprète des textes concis de Papinien est sur le qui-vive et opère de la manière que je viens d'indiquer, il peut arriver à leur donner un sens compréhensible.

4. Non seulement les présentations des cas traités par Papinien sont généralement très lapidaires, mais on peut faire une constatation parallèle pour ses décisions juridiques. Comme c'est le cas dans un très grand nombre de textes de juristes classiques, l'argumentation sur laquelle la solution proposée par Papinien est fondée fait très souvent défaut. Assez fréquemment le juriste invoque des cas voisins qu'il considère comme similaires ou comme différents et ainsi il démontre que la solution au cas propose doit être identique à celle des cas de la première catégorie et différente de celle de la seconde catégorie. De beaux exemples de cette manière de raisonner de Papinien peuvent être trouvés aux fragments D. 12.6.56 (l.8 *quaest.*), D. 17.2.81 (l. 9 *quaest.*) et D. 46.6.12 (l. 12 *quaest.*)⁵².

En étudiant de nombreux textes de Papinien, nous étions frappés par deux types de brièveté des décisions prises par Papinien. Bien des fois, on lit des décisions comme : « Une des parties du cas propose (ne) pourra intenter une action » ou « (ne) pourra opposer une exception » ou « (ne)

⁵¹ Je mentionne ici la décision de Papinien au D. 4.4.30 selon laquelle un fils émancipé ne peut pas accepter un legs que son père, qui ne l'avait pas institué comme héritier m déshérite, lui avait donné dans son testament, et demander ensuite la *bonorum possessio contra tabulas*. On ne peut pas à la fois respecter et ne pas respecter la volonté du testateur.

⁵² Cf. sur ce texte la belle étude de P. Voci, I garanti del *tutor* nel pensiero di Papiniano, in *IURA* 20(1969), pp. 313-333.

pourra être condamnée à payer une somme d'argent » ou « à céder une action ». Nous donnerons deux exemples de ce type de décisions concises dans une partie (a) de ce no. Un autre genre de décisions concises a dû créer des problèmes pour les lecteurs contemporains également. Parfois une solution juridique venue à l'esprit de Papinien a été repoussée par lui, sans qu'il soit clair au premier abord ou une telle solution trouve son origine. Deux exemples d'une telle réfutation d'une solution, pour la compréhension de laquelle une large connaissance du droit romain est indispensable, seront étudiés dans une partie (b) de ce no.

(a) En formulant ses décisions juridiques, Papinien emploie le *stridit* minimum de mots ; il se borne à ce qu'il croit nécessaire pour transmettre son intention. Dans les décisions de Papinien chaque mot est important, il n'y a aucun mot dont on peut se passer⁵³. La lecture des réponses données par lui a des questions juridiques demande le maximum de concentration. Un texte qui donne d'une manière excellente une idée de cette concision est le fragment D. 47.2.80⁵⁴, extrait d'une partie du 9^e livre des *quaestiones* de Papinien ou il s'occupait de la *fiducia*⁵⁵:

Si debitor [pignus] <fiduciam> subripuit, quod actione
furti solvit nullo modo recipit.

Un débiteur⁵⁶ avait mancipé à son créancier un meuble *fiduciae causa*-, il en a transmis également la possession, mais il en a conservé la détention comme locataire⁵⁷. Le débiteur a commis *un furtum* de la chose en l'aliénant à un tiers. Le créancier a intenté contre le débiteur l'*actio furti* et celui-ci a payé comme *poena* deux fois le montant de la dette ; celle-ci était

⁵³ Comme il est connu, les réponses à des questions juridiques, données dans ses *responsa* par Q. Cervidius Scaevola, sont également très lapidaires; voir par exemple *respondi nihil proponi cur non possit* au D. 26.7.47.7 et *respondi secundum ea quae proponerentur posse* au D. 31.88.17 *in fine*-, cf. P. Kruger, *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts*- München und Leipzig 1912, p. 217: «Die Bescheide, welche Scaevola erteilt, sind kurz und meist ohne Angabe von Gründen, oft sehr derb...».

⁵⁴ Cf. dernièrement sur ce texte H. Ankum, *Furtum pignoris und furtum fiduciae* (II), in *RIDA* 3e ser., t. 27(1980), pp. 133-135 et G. Noordraven, *De Fiducia in het Romeinse recht*, these Université d'Amsterdam, Deventer-Arnhem 1988, pp. 254-258.

⁵⁵ Voir Lenel, *Palingenesia*, I, col. 831, no. 168.

⁵⁶ Voir sur les faits du cas traité Ankum (note 54), p. 133 et Noordraven (note 54), pp. 257-258.

⁵⁷ Il est également possible qu'il ait conservé la *possessio ad interdicta* comme précaire.

inferieure a la valeur de la chose⁵⁸. La question s'est posée si le créancier doit imputer la dette (par exemple de 1.000) sur la somme (par exemple de 2.000) de la *poena* et s'il doit restituer le reste au débiteur. Nous savons par Ulpien D. 13.7.22 pr. que Papinien, avant de discuter le cas du *furtum fiduciae* commis par le débiteur même, a traité du cas où le *furtum fiduciae* avait été commis par un tiers et que Papinien a décidé qu'en ce cas le créancier doit imputer sa dette sur la *poena* (du double de la valeur de la chose)⁵⁹ et restituer au débiteur ce qu'il lui reste de la peine. Pour le cas du *furtum fiduciae* commis par le débiteur lui-même, Papinien est arrivé à la conclusion opposée : pas d'imputation de la dette sur la peine ni de restitution de la différence au débiteur ; *quod actione furti solvit (scilicet debitor) nullo modo recipit*. Aucune indication n'est donnée par Papinien de la raison de cette différence entre le cas d'un *furtum* commis par un tiers et celui d'un *furtum* commis par le débiteur. Nous avons cru d'avoir trouvée, il y a treize ans, en invoquant la volonté de Papinien de punir le débiteur-*fur* qui serait resté impuni si le créancier avait dû se payer pour le montant de la dette (par exemple 1.000) sur la *poena* (par exemple de 2.000) et restituer le reste au débiteur⁶⁰. La décision concise de Papinien demande beaucoup de réflexion avant qu'on en comprenne la portée et la raison. C'est grâce au texte d'Ulpien D 13 7 22 pr.⁶¹, qui nous informe sur les décisions de Papinien pour les deux cas différents de *furtum fiduciae*, que nous avons saisi la portée et la raison de la décision prise par le juriste dans le second cas.

Un deuxième exemple d'une décision juridique très concise et par là difficile à interpréter se trouve dans la première phrase du texte D. 21.2.66 pr.

Le fragment 66 a été extrait du livre 28 des *quaestiones* de Papinien. Papinien s'y occupe de l'*auctoritas*⁶². Il s'agit donc de l'obligation d'assistance et de garantie du vendeur-*mancipio dans*. La phrase qui nous intéresse est ainsi conçue :

⁵⁸ Cf. Ankum (note 54), pp. 121-130. En me basant sur des idées de Noordraven, j'ai expliqué la qu'au cas où le débiteur reprend une *res fiduciae data* qui se trouve sous les mains des créancier, il n'est pas question d'un *furtum*.

⁵⁹ On peut supposer à titre d'exemple que la valeur de la chose était 1.200 et le montant de la dette, 1.000.

⁶⁰ Voir Ankum (note 54), p. 134 : « Die negative Antwort (pas d'imputation et de restitution) ist verständlich. Die entgegengesetzte Entscheidung hatte dazu geführt, dass der Schuldner, der die fiduzierte Sache unterschlagen hat, für dieses *furtum* gar nicht bestraft wurde ».

⁶¹ Nous avons donné une interprétation détaillée du texte entier dans notre étude *Papiniano* (note 32), pp. 57-63.

⁶² Cf. Lenel, *Palingenesia*, I, col. 874, no. 349.

Si, cum venditor admonuisset emptorem, ut Publiciana potius vel ea actione quae de fundo vectigali proposita est experiretur, emptor id facere supersedit, omnimodo nocebit ei dolus suus nee [committitur stipulatio] <utilitier actione de auctoritate agere potest>.

Si un acheteur, lorsque son vendeur l'avait averti d'intenter plutôt l'action Publicienne ou l'action relative à *un fundus vectigalis*⁶³ (que la *rei vindicatio*), a néglige de le faire (et agit quand même par la *rei vindicatio*), son dol lui sera préjudiciable et il ne pourra intenter avec succès l'*actio de auctoritate*.

L'acheteur d'une *res mancipi* a qui le vendeur avait mancipé la chose et en avait transmis la possession, l'avait perdue contre sa volonté. Contre le nouveau possesseur, il voulait intenter la *rei vindicatio* en supposant que le vendeur lui avait transmis la propriété *pleno iure*. Le vendeur, averti, a suggère a l'acheteur d'user de l'*actio Publiciana* et pas de la *rei vindicatio* puis qu'il (le vendeur) en était seulement propriétaire bonitaire. L'acheteur, récalcitrant, procède par la revendication et perd son procès. Puisqu'en principe l'*actio de auctoritate* est applicable tant au cas où un tiers a intente avec succès la *rei vindicatio* contre l'acheteur qu'au cas où l'acheteur, après avoir perdu contre sa volonté la chose achetée, ne réussit pas à gagner un procès contre le tiers, contre lequel il a intente la *rei vindicatio* (cf. Iul. D. 21.2.39.1), l'acheteur dont Papinien s'occupe dans notre texte se tourne vers son vendeur par *V actio de auctoritate*. Dans ce cas, Papinien dit qu'il n'aura pas de succès, puisque le vendeur pourra lui opposer l'*exceptio doli*⁶⁴. Il faut pas mal de réflexion avant qu'on puisse donner cette interprétation des mots concis de Papinien. Une complication supplémentaire est causée par l'interpolation des mots *committitur stipulatio* que nous avons prouvée ailleurs⁶⁵. Papinien ne donne pas d'avantage d'argumentation pour cet échec de l'*actio de auctoritate*. Le fait que l'acheteur a encore la possibilité d'intenter avec succès Faction Publicienne contre le tiers-possesseur est la raison pour laquelle Papinien a été d'avis que l'acheteur qui s'adresse déjà avec l'*actio de auctoritate* a son vendeur, sans attendre le résultat de ce procès Publicien contre le tiers, se rend coupable de *dolus in agendo*.

⁶³ Pour simplifier mon commentaire à ce texte compliqué, je laisse de cote ici la *rei vindicatio utilis* de emphyteote. Ce que je dirai plus tard sur l'*actio Publiciana est*, selon Papinien, applicable à cette action du titulaire du *ius in agro vectigali*.

⁶⁴ Cf. Iul. D. 21.2 39.1 au milieu : quare venditor quoque tuus agentem [ex stipulatu]<de auctoritate>poterit doli mali exceptione summoveri.

⁶⁵ Voir Ankum, Papiniano, pp. 59-60.

(b) Une difficulté que l'interprète des textes de Papinien rencontre de temps en temps est le phénomène que ce juriste repousse sans explication ultérieure une solution juridique qu'il vient de proposer. Même le lecteur averti se demande parfois désespérément d'où vient cette solution qui, de prime a bord, tombe du ciel. C'est un autre aspect du style lapidaire de notre juriste. Nous en donnons deux exemples dont le deuxième est le plus difficile.

Regardons d'abord le deuxième paragraphe d'un fragment que les compilateurs ont pris du livre 28 des *quaestiones* de Papinien ou il s'occupait de *solutionibus et liberationibus*⁶⁶.

D.46.3.95.2

Aditio hereditatis nonnumquam iure confundit obligationem, veluti si creditor debitoris vel contra debitor creditoris adierit hereditatem. Aliquando pro solutione cedit, si forte creditor qui pupillo sine tutoris auctoritate nummos crediderat, heres ei extitit: non enim quanto locupletior pupillus factus est, consequeretur, sed in solidum creditum suum ex hereditate retinet...

L'addition d'une succession éteint parfois l'obligation selon le *ius civile* par confusion, par exemple si un créancier a accepté l'hérédité de son débiteur ou si par contre un débiteur a accepté l'hérédité de son créancier. Quelquefois l'acceptation tient lieu de paiement, par exemple si un créancier qui avait prêté une somme d'argent à un pupille sans⁶⁷ l'autorisation du tuteur de ce dernier, est devenu l'héritier de ce pupille, car en ce cas il ne recevra pas seulement dans la mesure de l'enrichissement du pupille, mais il pourra retenir sa créance totale de la succession...

Quelqu'un avait prêté une somme d'argent à un impubère *sui iuris* (qui avait dépassé l'âge de l'*infantia*), sans que ce dernier eût obtenu l'autorisation de son tuteur. L'addition de la succession du pupille faite par le prêteur, selon Papinien, tient lieu de paiement (par l'héritier du *pupillus*), parce que l'héritier peut retenir de la succession la totalité du montant du prêt. C'est surtout important au cas où le testateur a fait trop de legs et où la nécessité se pose de calculer la *quarta* de la loi Falcidia. Papinien écrit que le créancier qui est devenu l'héritier du pupille ne recevra pas seulement le montant dont le débiteur-pupille s'est enrichi par les *nummi* donnés en prêt par le créancier. D'où vient l'idée de Papinien que le

⁶⁶ Cf. Lenel, *Palingenesia*, I, col. 871, no. 340.

⁶⁷ Dans la traduction espagnole du Digeste d'A. d'Ors et d'autres (note 14), I, p. 573, on lit: «cuando el acreedor hereda del pupilo al que habfa prestado dinero con la autoridad del tutor ...». Cette faute rend le texte totalement incompréhensible.

créancier ne recevrait que cet enrichissement ? Le juriste ne l'explique pas. Sans que le créancier soit devenu héritier du débiteur-pupille par l'*adiiditio hereditatis*, il aurait pu intenter-au cas où l'héritier ne lui avait pas volontairement payé-depuis un rescrit d'Antonin le Pieux⁶⁸ une action contre l'héritier du *pupillus in quantum pupillus locupletior factus est*. Papinien n'éclaircit d'aucune manière la question de savoir pourquoi, au cas du prêt d'une somme non encore restituée, le créancier du pupille ne recevrait pas plus que l'enrichissement tiré par le pupille de la somme empruntée. Il part de l'idée que son lecteur connaît la réglementation du rescrit d'Antonin le Pieux et repousse simplement la solution selon laquelle le droit du créancier serait limité ainsi au cas de l'extinction de la dette du pupille par confusion. Seulement celui qui est au courant du contenu du rescrit d'Antonin le Pieux peut comprendre pourquoi Papinien souligne que la créance du prêteur n'est pas limitée ici à l'enrichissement du pupille.

Au D. 4.4.31, nous rencontrons un autre exemple, qui est beaucoup plus compliqué, d'une solution proposée et immédiatement rejetée par Papinien, pour laquelle l'interprète doit chercher avec pas mal de peine pourquoi elle a surgi dans l'esprit du juriste. Nous visons la remarque concernant 20.000 sesterces au texte mentionné qui a provoqué chez nous beaucoup d'étonnement, quand nous l'avons lue pour la première fois. Voici le passage surprenant du texte, que les compilateurs ont tiré du 9^e livre des *responsa* de Papinien. La partie de ce livre ou le fragment 31 a trouvé sa place est consacrée aux affranchissements et à la *causa liberalis*⁶⁹.

D. 4.4.31

Si mulier, postquam heres extitit, propter aetatem abstinendi causa in integrum restituta fuerat, servos hereditarios ex fideicommisso ab ea recte manumissos retinere libertatem respondi. nec erunt cogendi viginti [aureos]<sestertia> pro libertate retinenda dependere, quam iure optimo consecuti videntur...

Si une femme pubère, devenue héritière, a obtenu restitution en entier en raison de sa *minor aetas* (c'est-à-dire parce qu'elle avait moins de 25 ans), afin de pouvoir encore s'abstenir de la succession, j'ai répondu que les esclaves de la succession qui ont été affranchis par elle conformément au *ius civile* conservent leur liberté et ils ne seront pas contraints de payer 20.000 sesterces pour garder leur liberté qu'ils sont censés avoir obtenu d'une manière juridique parfaite...

⁶⁸ Voir Ulp. D. 26.8.1 pr.; cf. L. Labruna, *Rescriptum divi PU. Gli atti del pupillo sine tutoris auctoritate*, Napoli 1962.

⁶⁹ Voir Lenel, *Palingenesia*, I, col. 926, no.627.

Une femme pubère qui n'avait pas encore atteint l'âge de 25 ans avait été instituée comme héritière. Dans son testament, le testateur avait prié l'héritier par fidéicommiss d'affranchir quelques esclaves héréditaires. La jeune femme a accepté la succession et ensuite elle a affranchi les esclaves, comme il était prévu dans le testament. Puis, après avoir constaté que la succession était insolvable, elle a obtenu du prêteur la restitution en entier contre son adition de l'hérédité et elle s'est ensuite abstenue de la succession. Papinien s'est demandé si les esclaves héréditaires devenus libres à la suite de la *manumissio* faite par la femme qui était propriétaire, perdront leur liberté en conséquence des faits que je viens de mentionner. La réponse est négative. En conformité avec l'idée du *favor libertatis*, les juristes classiques ont reconnu le principe selon lequel un affranchissement valable d'après le *ius civile* ne peut être annulé en aucun cas par une *restitutio in integrum* : l'ancien esclave qui a reçu valablement la liberté la conserve⁷⁰ même si, par suite de la restitution en entier suivie de l'abstention, celui qui a fait l'affranchissement perd avec effet rétroactif sa qualité de propriétaire selon le droit prétorien. Papinien ajoute que ces anciens esclaves qui gardent leur liberté ne sont aucunement obligés de payer, à celui qui sera le titulaire de la succession selon le droit prétorien, une somme de sesterces pour conserver leur *libertas*. D'où vient cette idée d'une obligation éventuelle pour les anciens esclaves de payer cette somme ? On en trouve la première mention dans un texte de Papinien D. 40.4.47 pr. Dans ce texte, le juriste invoque un rescrit de Septime Sévère qui avait infligé l'obligation de payer 20.000 sesterces à des anciens esclaves affranchis par un héritier sur la base d'un fidéicommiss incorporé dans un codicille qui, plus tard, a été déclaré nul. Papinien lui-même, au D. 40.4.47.1, a imposé la même obligation de payer sesterces à un esclave qui avait été affranchi par l'héritier testamentaire *condicionis implendae gratia*. Ensuite, c'est probablement le même Papinien⁷¹ qui a élargi le domaine d'application du rescrit de Septime Sévère en l'appliquant au cas où, après la période prescrite de cinq ans⁷², les *centumviri* (ou le juge dans la *cognitio extraordinaria*) ont (a) déclaré pour des raisons exceptionnelles un *testamentum inofficiosum*. Dans ce cas aussi, les esclaves libérés par

⁷⁰ Voir Pap. Ulp D.4.4.7.10 et Ulp. D.4.3.7 pr. *in fine* et D.4.4.9.6; cf. A. S. Hartkamp, *Der Zwang im Rdmischen Privatrecht*, thèse Université d'Amsterdam, Amsterdam 1971, pp. 137-145.

⁷¹ Cf. Voci, *Diritto Ereditario Romano*, II, Milano 1963, p. 648, note 58.

⁷² Si, dans les 5 ans, un *testamentum* contenant une clause d'affranchissement (direct ou fidéicommissaire) a été *rescissum* par la *querela inofficiosi testamenti*, les affranchissements sont nuls (*libertates ipso iure non valent*), cf. Ulp. D. 5.2.8.16.

l'héritier testamentaire conservent leur *libertas*, mais sont obligés de payer 20.000 sesterces à l'héritier qui a employé avec succès la *querela inofficiosi testamenti*. Tous ces cas étaient plus ou moins comparables au cas de notre texte ou l'acceptation d'une succession avait été annulée selon le droit prétorien par la *restitutio in integrum* et suivie d'un *se abstinere de hereditate* par la jeune femme. Si l'on sait tout cela, on comprend que Papinien s'est posé la question de savoir, si dans le cas étudié, l'obligation de payer 20.000 sesterces s'imposait également pour les esclaves libères. La raison de la réponse négative du juriste est qu'il y a une différence fondamentale entre le cas étudié et les cas mentionnés où s'applique le rescrit de Septime Sévère. Dans tous les cas où le paiement de 20.000 sesterces est obligatoire, il s'agit d'affranchissements faits par des personnes qui perdent plus tard, par un jugement ayant un effet rétroactif, leur position de propriétaire selon le *ius civile*. La femme mineure qui s'abstient de la succession après la *restitutio in integrum* décrétée par le préteur a seulement perdu son droit à la succession d'après le *ius honorarium*. Papinien n'écrit pas tout cela et il faut beaucoup de recherches et de réflexion pour comprendre sa décision lapidaire *nec erunt... videntur* qui crée de prime abord plus de perplexité que de savoir. Le savoir nécessaire pour interpréter Papinien dépasse souvent les connaissances acquises des romanistes modernes. Il faut vraiment dominer le droit romain comme un juriste contemporain de Papinien pour pouvoir bien comprendre la concision de telles décisions négatives qui contraignent à deviner les cas voisins ou la solution contraire s'est imposée.

5. Les recherches que nous venons de faire dans les écrits de Papinien nous ont fait connaître différentes espèces de la concision du style de ce juriste. Des constructions concises comme *ex die debitor* (no. 2), le caractère lacunaire de sa présentation des cas traités (no. 3) et deux aspects du laconisme de ses décisions (no. 4) font de l'exégèse des fragments de ce juriste un travail ardu. Si Ton en est conscient, on peut tâcher de trouver des paraphrases pour des expressions trop condensées (par exemple *ex die debitor = is qui ex die debitor est*), on peut tâcher de combler les lacunes des faits mentionnés en prêtant attention au contexte du texte traité et à la décision donnée par Papinien pour le cas présenté d'une manière fragmentaire. Quant à ses décisions, il faut apporter de l'attention au contexte du texte et à chaque mot de la décision, comme nous l'avons vu au no 4 (a) et il faut étudier sérieusement les domaines du droit voisins de celui du cas traité, pour pouvoir saisir des solutions proposées et rejetées ensuite par Papinien, puisque normalement il n'explique pas d'où vient la solution proposée (par exemple: les esclaves

affranchis doivent payer 20,000 sesterces pour garder leur liberté) et il ne justifie pas non plus pourquoi elle doit être écartée.

J'espère que ces considérations concernant le style de Papinien peuvent avoir quelque utilité pour les futurs interprètes de ses travaux et surtout qu'elles ont pu intéresser le savant historien du droit de Valladolid que nous avons voulu honorer en les formulant.

L'article a été publié dans

Estudios de historia del derecho europeo, Homenaje al profesor G. Martinez Diez, Volumen 1, *Direccion:* Rogelio Perez Bustamante
Coordinacion: M. Dolores Gutierrez Calvo, Madrid, Editorial Complutense, 1994, 43-61, ISBN: 84-7491-508-2