

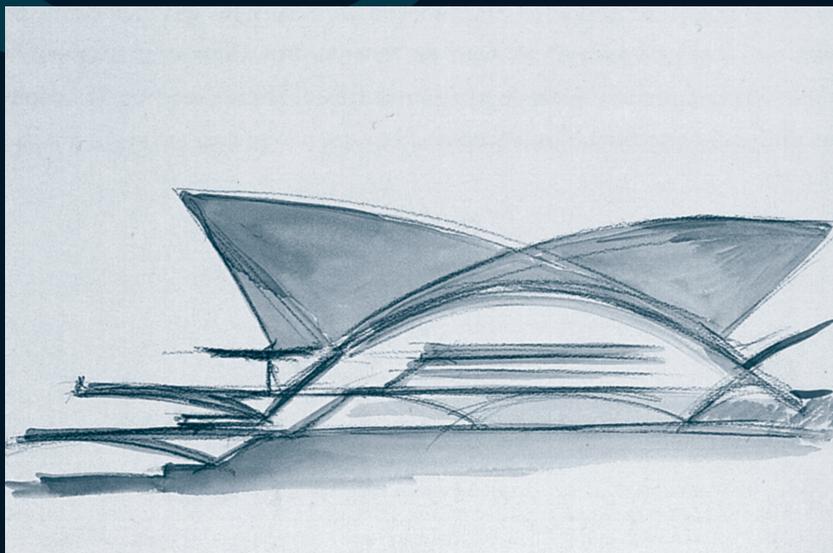
CAROLINE DURET

Série II Volume 19

Causa contractus

Définition et fonctions en droit romain classique

COLLECTION LATINE



Helbing Lichtenhahn

Causa contractus

Définition et fonctions en droit romain classique

CAROLINE DURET

COLLECTION LATINE

fondée par Marco Borghi et Nicolas Queloz, professeurs émérites
de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg

CAROLINE DURET

COLLECTION LATINE
Série II/Volume 19

Causa contractus

Définition et fonctions en droit romain classique

Helbing Lichtenhahn

Pour cette thèse, rédigée sous la direction du Professeur Bénédicte Winiger, l'auteurice a reçu le titre de Docteur en droit de l'Université de Genève avec la mention *summa cum laude*.

Publié avec le soutien du Fonds national suisse de la recherche scientifique.

DOI: https://doi.org/10.46455/Helbing_Lichtenhahn/978-3-7190-4638-5



Cette œuvre est mise à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution - Pas d'utilisation commerciale - Pas de modification 4.0 International.

ISBN 978-3-7190-4638-5 (édition imprimée)

2022, Helbing Lichtenhahn, Bâle

www.helbing.ch

Préface

Tout le monde utilise la cause, mais qui saurait dire avec précision ce que c'est? Après des «générations d'étudiants (qui) se sont arraché les cheveux» (cf. *infra* p. 2 n. 12) à cause d'elle, le législateur français l'a supprimée en 2016 de l'art. 1108 du Code civil. D'autres législateurs, sans doute par précaution, ont évité de la mentionner dans la loi.

Repenser la cause est une entreprise courageuse. La littérature est abondante et les points de vue exprimés sont multiples. Pourtant, Caroline Duret a relevé ce défi et présente aujourd'hui une étude impressionnante de la *causa contractus* en droit romain classique. Le titre indique d'emblée un certain nombre de délimitations. D'abord d'ordre temporel: l'étude se concentre sur le droit romain classique. Il s'agit là d'un retour aux sources qui ont déterminé nos ordres juridiques et nous ont transmis la notion de cause. Ensuite d'ordre matériel: l'analyse privilégie la cause dans le domaine contractuel, y compris la *condictio*, l'action en répétition, qui est à disposition des parties lorsque l'exécution du contrat pose problème.

Comment définir à nouveau la cause? La solution passait nécessairement par une analyse systématique (analyse fonctionnelle) des fragments que l'auteure a rangés dans l'ordre dicté par le contrat: négociation-conclusion-(in)exécution. Il s'avère que, à chacune de ces étapes, la cause joue un rôle spécifique. Cela explique pourquoi la *causa* est polysémique et, par conséquent, aussi difficile à saisir.

Cette recherche patiente et détaillée, exécutée avec finesse et selon toutes les règles de l'art, aboutit à une thèse forte: «La *causa* se définit, par une approche fonctionnelle, comme les motifs objectifs, communs et déterminés de contracter et se compose de deux fonctions coexistantes que sont les dimensions téléologique (but) et étiologico-justificatrice (raison justificatrice)» (cf. *infra* p. 13). Les deux volets en sont, premièrement, une définition de la *causa*: motifs objectifs, communs et déterminés des parties et, deuxièmement, une description de ses fonctions: désigner les buts des parties (téléologie) et justifier leurs demandes respectives (étiologie/justification).

En pianiste accomplie, Caroline Duret joue sa partition à deux mains. De la main gauche, elle donne le rythme et rappelle continuellement les fondamentaux juridiques, les principes du contrat et de la *condictio*. De la main droite, elle développe le thème et fait progresser la recherche. Le fil conducteur est toujours le même: comment la cause est-elle utilisée? La cause étant liée à beaucoup d'autres thématiques, la ligne conductrice est parfois complétée par des digressions, comme des arabesques latérales qui arrondissent la recherche.

Cette thèse renseigne le législateur d'aujourd'hui sur deux points. Premièrement, la cause a différentes fonctions dans le contrat. Par conséquent, on ne peut pas la réduire à un concept simple. Deuxièmement, la cause joue un rôle fondamental lié au consensus entre les parties; sans elle, le concept de contrat lui-même s'effondrerait. Peu importe donc qu'elle soit mentionnée dans le texte de la loi ou qu'elle en soit bannie, elle sera toujours présente et fera l'objet de discussions, mais dégarnira moins de têtes de juristes grâce au présent travail.

Genève, mars 2022

Bénédict Winiger

Remerciements

Ma gratitude va tout d'abord à mon directeur de thèse, le Professeur honoraire Bénédict Winiger, dont les conseils, la générosité d'esprit et la bienveillance ont permis l'aboutissement de ce travail. Philosophe, romaniste et musicien, qui rêver de mieux comme mentor. Nos moultes discussions, autant scientifiques que musicales, ont toujours été pour moi une grande source d'inspiration et stimulation intellectuelle. Il a toujours été d'une grande disponibilité pour approfondir toute question, même les plus ardues ; son ouverture d'esprit est exceptionnelle.

Je suis particulièrement reconnaissante envers le Professeur émérite Peter Garnsey (Université de Cambridge), qui, durant mon séjour à l'Université de Cambridge, m'a appris à affiner mon sens critique des sources romaines. Sa bienveillance, son savoir épâtant et son humilité restent inégalés ; autant de qualités humaines qui font de cette personne quelqu'un de spécial et mémorable. Il restera un modèle pour moi.

Ma gratitude va également aux Professeurs Jean-François Gerkens (Université de Liège) et Bruno Schmidlin (Prof. honoraire de l'Université de Genève) que j'ai eu la chance d'approcher et l'honneur de côtoyer. J'ai pu bénéficier de leurs conseils et de leurs points de vue avisés lors de discussions enrichissantes.

J'adresse mes vifs remerciements également aux Professeurs Christian Bruschi (Prof. émérite de l'Université d'Aix-Marseille), Jean-Philippe Dunand (Université de Neuchâtel), ainsi qu'à Thomas Kadner Graziano (Université de Genève), d'avoir accepté l'invitation à siéger comme membres du jury lors de ma soutenance. Sans oublier le Doyen de la Faculté de droit, le Professeur Bénédict Foëx, qui a accepté la présidence de cette assemblée.

Il est aussi l'occasion de remercier mes amis du Département d'histoire du droit et des doctrines juridiques et politiques, ainsi que toutes les personnes de notre étage, qui ont participé directement ou indirectement à l'aboutissement de ce travail en créant une atmosphère positive. Ma reconnaissance va tout spécialement à Bindu Sahdeva, amie et formidable interlocutrice lors de nos discussions scientifiques. Naturellement, mes

remerciements vont à l'équipe du prêt entre bibliothèque d'Unimail, en particulier Eva Gozzelino, pour leur professionnalisme face à la somme de livres anciens à commander dans toutes les bibliothèques européennes.

Ma reconnaissance va également à mes relecteurs, en particulier Michael Netter, Mélissande Tomcik, Martin Szöke, Marc-Olivier Büsslinger, Aurélie Gavillet, Julie Bévant, Léa Wunderli et Jérémy Bacharach, que la perspective de lire une thèse de droit romain n'a pas effrayé. Leurs yeux assidus ont su pointer certaines failles, ce qui m'a permis d'améliorer sensiblement la qualité de mon travail.

Ma sincère gratitude va à Emilie, ma sœur, ainsi qu'à mes parents, Claudine et Didier, pour leur soutien indéfectible et les mots qu'ils ont toujours su trouver pour m'encourager dans les moments difficiles. Cet ouvrage leur est dédié.

Genève, avril 2022

Caroline Duret

Table des matières

Préface	V
Remerciements	VII
Abréviations et notes	XIX
Introduction générale	1
Titre I: La large problématique de la notion de <i>causa</i>	1
Titre II: Méthode	11
Titre III: But, thèse et plan	13
Chapitre premier:	
Définition de la <i>causa contractus</i>: motifs objectifs et communs de contracter . . .	15
Titre I: Introduction	15
Titre II: Exposition et discussion de la théorie dominante: la <i>causa</i> comme prestation ou dation déjà exécutée	19
A. Exposition de la théorie	19
B. Commentaire	22
1. <i>Causa</i> comme <i>datio</i> ou « <i>zweckbestimmte Leistung</i> »: traduction appropriée?	23
2. Exigence de l'exécution de la première prestation pour la création d'un contrat «innommé»?	25
3. Corrélation entre la question de CELSUS, D. 12.4.16 et la réponse d'ARISTO dans ULPIANUS, D. 2.14.7.2?	30
4. Relation causale entre la <i>causa</i> et la prestation (<i>datio</i> ou <i>factum</i>)	32
5. Confusion entre <i>causa petendi</i> et <i>causa contractus</i>	34
6. <i>Causa contractus</i> et <i>causa condictiois</i> : lien entre les deux notions?	35
C. Synthèse	38

Titre III: Thèse: une approche fonctionnelle de la <i>causa contractus</i>	41
A. Définition de la <i>causa</i> par une approche fonctionnelle	41
1. Introduction: présentation de la démarche	41
2. La dimension étilogique de la <i>causa</i>	43
2.1. ULPIANUS, D. 2.14.7 pr./1/2/4	43
2.1.1. Remarques préliminaires à propos du contexte	44
2.1.1.1. Contexte général: terminologie employée dans la rubrique <i>De pactis</i>	44
2.1.1.2. Caractère général du fragment	47
2.1.1.3. Dichotomie des contrats ‘nommés-innommés’ pour la période classique: classification adaptée?	49
2.1.1.4. Difficultés d’interprétation liées à l’ambiguïté des termes	52
2.1.2. Fonction étilogico-justificatrice de la <i>causa</i> dans D. 2.14.7.2/4	54
2.1.2.1. Fondements théoriques de la fonction et rapport de causalité «externe»	54
2.1.2.2. Relation causale entre <i>causa</i> , obligation et exécution	56
2.1.2.3. Relation causale entre <i>causa</i> , <i>contractus</i> et <i>synallagma</i>	57
2.1.2.3.1. Le <i>synallagma</i>	57
2.1.2.3.2. La <i>causa</i> dans son rapport avec les notions de <i>contractus</i> et de <i>synallagma</i>	60
2.1.2.3.3. Relation causale indirecte entre <i>causa</i> et action en exécution	61
2.1.2.4. Contrat et prestation comme vecteurs de la <i>causa</i> comme motif	61
2.1.2.5. Synthèse et interaction globale des différentes notions présentées	65
2.2. PAULUS, D. 19.4.2	67
2.3. PAPINIANUS, D. 19.5.8 <i>in fine</i>	68
3. La dimension téléologique de la <i>causa</i>	70
3.1. <i>Causa</i> comme but poursuivi par les parties à travers le contrat	71
3.2. <i>Causa</i> comme attente objective de contre-prestation: dénominateur commun entre ULPIANUS, D. 2.14.7.2, PAULUS, D. 44.7.3.1 et IULIANUS, D. 41.1.36 <i>in fine</i>	73
B. Caractère objectif et commun du motif	75
C. Interaction des aspects étilogique et téléologique	77
Titre IV: Synthèse du chapitre premier	81
Chapitre second: Les résurgences de la <i>causa contractus</i> dans le contexte des <i>conditiones</i>	85
Titre I: Introduction	85
Titre II: Les différentes traductions des expressions <i>ob rem</i> et <i>ob causam</i>	89

Titre III: L'opinion dominante	93
Titre IV: Les théories particulières	97
A. La théorie de la <i>datio ob causam</i> comme donation	97
1. Exposition de la théorie	97
2. Commentaire	99
2.1. Problème de méthode	99
2.2. Distinction absolue entre <i>res</i> et <i>causa</i> ?	100
2.3. Le défaut d'impact juridique d'une <i>datio ob (falsam) causam</i> comme critère de distinction?	101
2.4. <i>Datio ob causam</i> à définir nécessairement comme donation?	106
2.4.1. La définition positive	107
2.4.1.1. La nature contractuelle des actes juridiques dans les textes les plus controversés	107
2.4.1.1.1. POMPONIUS, D. 12.6.52 <i>ab initio</i>	108
2.4.1.1.2. PAULUS, D. 12.6.65.2 <i>ab initio</i>	111
2.4.1.1.3. ULPIANUS, D. 12.6.23 pr.	113
2.4.1.1.4. Discussion des divergences de doctrine	114
2.4.1.2. Les textes mélangeant <i>ob causam</i> et la finalité	116
2.4.1.3. Les textes clairs: les contrats à double rapport d'obligations	117
2.4.2. La définition négative	118
3. Synthèse	120
B. La théorie de la synonymie des <i>dationes ob rem</i> et <i>ob causam</i>	121
1. Exposition de la théorie	121
2. Commentaire	122
C. La théorie de la <i>datio ob causam</i> comme attribution patrimoniale non répétable et synonymie occasionnelle de <i>res</i> et <i>causa</i>	123
1. Exposition de la théorie	123
2. Commentaire	126
2.1. Irrépétabilité comme unique conséquence de la <i>datio ob causam</i> ?	126
2.2. Distinction entre les dations <i>ob causam</i> et <i>propter condicionem</i> ?	128
2.3. Lacune des textes: refus d'accorder un droit d'action pour les <i>dationes ob turpem causam</i> ?	129
2.4. Le caractère gratuit des actes juridiques <i>ob causam</i> ?	131
3. Synthèse	133
D. La théorie mixte: distinction chronologique, donation, conséquence juridique et synonymie occasionnelle entre <i>res</i> et <i>causa</i>	133
1. Exposition de la théorie	133
2. Commentaire	135
3. Synthèse	136
E. Synthèse	137

Titre V: Thèse: une approche fonctionnelle des expressions <i>ob rem et ob causam</i>	139
A. Introduction: description de l'approche fonctionnelle	139
1. Contexte	139
2. Thèse défendue	140
3. Description de l'approche	142
B. Proposition de critère: une approche fonctionnelle des expressions <i>ob rem et ob causam</i>	144
1. Remarque préliminaire: le sens de la préposition <i>ob</i>	144
2. <i>Ob rem</i> comme <i>causa</i> dans son aspect final: attente de la contre-prestation	145
3. <i>Ob causam</i> comme <i>causa</i> dans son aspect étiologique: fondement justificateur de la contre-prestation	148
3.1. Fonction étiologico-justificatrice de l'expression <i>ob causam</i>	148
3.1.1. Textes contenant explicitement <i>ob causam</i>	149
3.1.1.1. Emplois de la <i>causa</i> accompagnée de conjonctions causales	149
3.1.1.2. Emploi d' <i>ob causam</i> en alternative générique avec <i>ob rem</i>	149
3.1.1.3. Le fragment d'ULPIANUS, D. 12.6.23.3	150
3.1.2. Texte contenant <i>quasi ob causam</i>	153
3.1.3. Textes contenant <i>sine causa</i> ou <i>non iusta causa</i>	154
3.1.4. Texte contenant <i>ex falsa causa</i>	157
3.2. Synthèse	157
4. Irrégularité ou ambivalence fonctionnelle dans certains textes?	157
5. Synthèse intermédiaire	159
C. <i>Res</i> et <i>causa</i> : distinction relative ou absolue?	160
1. Distinction forte entre les <i>dationes ob rem</i> et <i>dationes ob causam</i>	162
1.1. Approche du sens chez chaque auteur romain: une méthode adaptée?	162
1.1.1. La position de PAULUS: alternative sans critère distinctif particulier	162
1.1.2. La distinction chronologique de POMPONIUS: un critère généralisable et pertinent?	165
1.1.2.1. Antériorité de la <i>causa</i> chez POMPONIUS, D. 12.6.52: modèle général et abstrait?	165
1.1.2.2. La dimension future de la <i>causa</i>	168
1.1.2.3. Les autres séquences temporelles de la <i>causa</i>	172
1.1.2.4. Synthèse	174
1.1.3. La position d'ULPIANUS: la distinction comme indicateur d'asynonymie	174
1.1.4. Synthèse	176
1.2. Approche transversale: recherche et évaluation de divers critères de distinction	177
1.2.1. Le critère de l'exécution effective (<i>secuta</i> ou <i>non secuta</i>)	178
1.2.2. Le critère de la conséquence juridique	181
1.2.2.1. La conséquence juridique et le type de datation	181

1.2.2.2. La conséquence juridique, le type de dation et le stade d'exécution	183
1.2.2.2.1. La conséquence juridique, le type de dation et l'inexécution de la contre-prestation (<i>non secuta</i>)	183
1.2.2.2.2. La conséquence juridique, le type de dation et l'exécution de la contre-prestation (<i>secuta</i>)	186
1.2.2.3. Synthèse	187
1.2.3. Le critère de la fonction: confirmation de l'approche, interprétation et portée	188
1.2.3.1. Principes généraux	188
1.2.3.2. Réaffirmation du principe par l'interprétation des textes	188
1.2.3.3. Synthèse	196
1.3. Synthèse intermédiaire	197
2. Le modèle fonctionnel à l'épreuve des textes les plus ambivalents: la proximité conceptuelle remet-elle en cause l'approche fonctionnelle?	200
2.1. Introduction	200
2.2. <i>Ob causam</i> et finalité: marqueur de coexistence avec <i>ob rem</i> ?	201
2.2.1. Textes d'apparence ambivalente	201
2.2.1.1. ULPIANUS, D. 12.4.5 pr. <i>ab initio</i>	201
2.2.1.2. ULPIANUS, D. 19.5.15 <i>ab initio</i>	206
2.2.1.3. PAPINIANUS, D. 19.5.9 <i>ab initio</i>	208
2.2.2. Textes réellement ambivalents: PAULUS, D. 12.5.1 pr. et 2	209
2.2.3. Synthèse	214
2.3. La condition comme révélateur fonctionnel et proximité conceptuelle de <i>res</i> et <i>causa</i>	214
2.3.1. La condition comme fondement obligatoire dans le contexte testamentaire: le cas de PAULUS, D. 12.6.65.3	215
2.3.1.1. Introduction	215
2.3.1.2. Hypothèse de la nature hybride de la relation juridique: une forme de <i>negotium mixtum cum donatione</i> ?	218
2.3.1.2.1. Présentation du problème	219
2.3.1.2.2. Structure similaire au <i>do ut des/do ut facias</i> et consensualité de la libéralité conditionnelle: hypothèse d'une structure hybride	221
2.3.1.2.2.1. PAULUS, D. 12.6.65.3: hypothèse d'une structure analogue au contrat atypique	221
2.3.1.2.2.2. Comparaison entre PAULUS, D. 12.6.65.3 et PAULUS, D. 39.6.35.3	222
2.3.1.2.2.3. Comparaison entre PAULUS, D. 12.6.65.3 et ULPIANUS, D. 39.5.18 pr./1	224
2.3.1.2.2.4. Traces de consensualité dans les actes libéraux?	225
2.3.1.2.3. Droit de répéter et prépondérance de la condition comme obligatoire pour le donateur: indices du caractère contractuel mixte	226

2.3.1.2.3.1. La solution de IULIANUS, D. 39.5.2.7	226
2.3.1.2.3.2. Application par analogie de la solution de D. 39.5.2.7 à D. 12.6.65.3	229
2.3.1.2.4. Remarques conclusives quant à PAULUS, D. 12.6.65.3	230
2.3.1.3. L'absence de volonté de contracter arguée par PAULUS, D. 12.6.65.3: un obstacle à notre hypothèse?	232
2.3.1.4. Nature et fonction du terme <i>causa</i> dans D. 12.6.65.3	235
2.3.1.5. Synthèse	237
2.3.2. La condition comme fondement et expression d'un but dans le cadre d'une libéralité conditionnelle: le cas de IULIANUS, D. 39.5.2.7	239
2.3.3. La condition comme expression d'un but dans le cadre de la stipulation: le cas d'ULPIANUS, D. 39.5.19.6	243
2.3.4. Synthèse	245
2.4. Les formulations avec <i>propter quam dedi</i> : indice de coexistence et proximité conceptuelle?	246
2.4.1. Fonctions de <i>res</i> et <i>causa</i> avec <i>propter quam dedi</i>	247
2.4.2. Détermination du lien entre les expressions <i>ob rem/ob causam</i> et <i>res/causa (non) secuta</i>	248
2.4.3. La double signification de <i>res</i> et <i>causa</i> dans les structures contractées	252
2.4.4. Synthèse	253
3. Synthèse intermédiaire	255
Titre VI: Synthèse du chapitre second	257
Conclusion générale	261
Titre I: Thèse générale	261
Titre II: Hypothèses intermédiaires	263
A. La <i>causa</i> dans le contexte contractuel	263
1. Définition et fonctions de la <i>causa contractus</i> comme élément générique à tout contrat	263
2. La <i>causa</i> comme chaînon initial du déroulement de toute relation contractuelle	263
B. La <i>causa</i> dans le contexte des <i>condictiones</i>	264
1. Distinction fonctionnelle entre <i>ob rem</i> et <i>ob causam</i>	264
2. Correspondance fonctionnelle entre la <i>causa contractus</i> et les expressions <i>ob rem</i> et <i>ob causam</i>	265
3. Interaction des deux fonctions: distinction, coexistence et proximité conceptuelle	265
3.1. Coexistence d' <i>ob rem</i> et d' <i>ob causam</i> dans l'exemple-type <i>do ut des</i>	266
3.2. Proximité conceptuelle	266

3.2.1. Relation causale «interne» entre les fonctions de la <i>causa</i>	266
3.2.2. Relation causale «externe» entre les fonctions de la <i>causa</i> et les autres éléments d'un rapport contractuel ; prestation matérielle comme vecteur du motif	266
4. Confusions terminologiques dues à la nature fragmentaire du droit romain	267
5. Hypothèse de catégories des <i>conditiones</i> comme non exclusives	268
Titre III: Résultat et portée de la thèse	269
Synthèse schématique	271
Corpus de textes	273
A. Corpus Iuris Civilis	273
1. <i>Digesta</i>	273
1.1. ULPIANUS, D. 2.14.1.3 <i>ab initio</i>	273
1.2. ULPIANUS, D. 2.14.7 pr.	273
1.3. ULPIANUS, D. 2.14.7.1	273
1.4. ULPIANUS, D. 2.14.7.2	274
1.5. ULPIANUS, D. 2.14.7.4	274
1.6. ULPIANUS, D. 10.2.20.3 <i>in fine</i>	274
1.7. ULPIANUS, D. 12.4.1 pr.	274
1.8. ULPIANUS, D. 12.4.1.1	275
1.9. ULPIANUS, D. 12.4.2	275
1.10. ULPIANUS, D. 12.4.3.7	275
1.11. ULPIANUS, D. 12.4.5 pr. <i>ab initio</i>	275
1.12. NERATIUS, D. 12.4.8	275
1.13. PAULUS, D. 12.4.9 pr.	276
1.14. PAULUS, D. 12.4.14	276
1.15. POMPONIUS, D. 12.4.15 <i>ab initio</i>	277
1.16. CELSUS, D. 12.4.16	277
1.17. PAULUS, D. 12.5.1 pr.	277
1.18. PAULUS, D. 12.5.1.1	278
1.19. PAULUS, D. 12.5.1.2	278
1.20. ULPIANUS, D. 12.5.2	278
1.21. PAULUS, D. 12.5.3	278
1.22. ULPIANUS, D. 12.5.4 pr.	278
1.23. ULPIANUS, D. 12.5.4.1	279
1.24. ULPIANUS, D. 12.5.4.2	279
1.25. ULPIANUS, D. 12.5.4.3	279
1.26. ULPIANUS, D. 12.5.6	279
1.27. PAULUS, D. 12.5.8	279
1.28. PAULUS, D. 12.5.9 pr.	280
1.29. POMPONIUS, D. 12.6.52	280
1.30. ULPIANUS, D. 12.6.23 pr.	280
1.31. ULPIANUS, D. 12.6.23.3	281

1.32. IULIANUS, D. 12.6.33 <i>ab initio</i>	281
1.33. IULIANUS, D. 12.6.35	281
1.34. PAULUS, D. 12.6.65 pr.	282
1.35. PAULUS, D. 12.6.65.2	282
1.36. PAULUS, D. 12.6.65.3	282
1.37. PAULUS, D. 12.6.65.4	282
1.38. PAPINIANUS, D. 12.6.66	283
1.39. ULPIANUS, D. 12.7.1.1	283
1.40. ULPIANUS, D. 12.7.1.2	283
1.41. ULPIANUS, D. 12.7.1.3	283
1.42. ULPIANUS, D. 12.7.2	283
1.43. IULIANUS, D. 12.7.3	284
1.44. AFRICANUS, D. 12.7.4	284
1.45. ULPIANUS, D. 17.1.8 pr.	284
1.46. ULPIANUS, D. 19.1.11.6	284
1.47. PAULUS, D. 19.4.1.2	285
1.48. PAULUS, D. 19.4.1.4	285
1.49. PAULUS, D. 19.4.2	285
1.50. PAULUS, D. 19.5.5 pr.	286
1.51. PAULUS, D. 19.5.5.1	286
1.52. PAULUS, D. 19.5.5.2	286
1.53. PAPINIANUS, D. 19.5.7	286
1.54. PAPINIANUS, D. 19.5.8 <i>in fine</i>	287
1.55. PAPINIANUS, D. 19.5.9 <i>ab initio</i>	287
1.56. ULPIANUS, D. 19.5.15 <i>ab initio</i>	287
1.57. ULPIANUS, D. 19.5.15 <i>in fine</i>	287
1.58. ULPIANUS, D. 19.5.17.1	288
1.59. ULPIANUS, D. 24.1.13.2	288
1.60. ULPIANUS, D. 28.7.8.7	288
1.61. PAPINIANUS, D. 35.1.72.6	288
1.62. IULIANUS, D. 39.5.1 pr. <i>ab initio</i>	289
1.63. IULIANUS, D. 39.5.1 pr. <i>in fine</i>	289
1.64. ULPIANUS, D. 39.5.18 pr.	289
1.65. ULPIANUS, D. 39.5.18.1	289
1.66. ULPIANUS, D. 39.5.19.1	290
1.67. ULPIANUS, D. 39.5.19.5	290
1.68. ULPIANUS, D. 39.5.19.6	290
1.69. IULIANUS, D. 39.5.2.7	290
1.70. PAULUS, D. 39.6.35.3	291
1.71. IULIANUS, D. 41.1.36	291
1.72. ULPIANUS, D. 44.4.2.3 <i>in fine</i>	291
1.73. GAIUS, D. 44.7.1.1	292
1.74. GAIUS, D. 44.7.1.2 <i>in fine</i>	292
1.75. PAULUS, D. 44.7.3 pr.	292
1.76. PAULUS, D. 44.7.3.1	292
1.77. ULPIANUS, D. 50.16.19 <i>in medio</i>	292

2. Institutiones	292
2.1. IUSTINIANUS, Inst. 2.20.31	292
2.2. IUSTINIANUS, Inst. 3.23.2	293
3. Codex	293
3.1. C. I. 4.6.5	293
3.2. C. I. 4.6.10	293
B. Scholia ad Basilica	293
<i>Scholia 2 ad Basilica</i> 11.1.7	293
C. ARISTOTELES, Ethica Nicomachea	294
ARISTOTELES, EN 5.1131a.2	294
Bibliographie des sources primaires	295
A. Editions des sources primaires juridiques	295
<i>Basilicorum libri LX</i>	295
<i>Corpus Brachylogus</i>	295
<i>Corpus Iuris Civilis</i>	295
<i>Fontes iuris Romani anteiustiniani</i>	296
<i>Gaius, Institutiones</i>	296
<i>Justiniani Augusti Pandectarum (facsimile)</i>	296
B. Editions des sources primaires non juridiques	296
ARISTOTELES, <i>Ethica Nicomachea</i>	296
CICERO, <i>Verres</i>	296
CICERO, <i>Trium Orationum</i>	296
ISIDORUS, <i>Etymologiarum sive originum</i>	296
CASSIODORUS, <i>Expositio psalmodum</i>	297
PLAUTUS, <i>Mercator</i>	297
SCAURUS, <i>De orthographia</i>	297
C. Sources juridiques modernes	297
D. Dictionnaires et ouvrages techniques de la langue latine	297
Bibliographie des sources secondaires	299
Index des fragments	319

Abréviations et notes

Les textes latins sont cités par l'indication successive du livre, titre, article et éventuellement alinéa.

Les fragments originaux en latin sont tirés des sources primaires énumérées en bibliographie. Les sources primaires les plus pertinentes et récurrentes au cours de l'analyse, ainsi que leur traduction se trouvent à la fin de ce travail.

Les traductions françaises proposées, précédées de la version latine, sont personnelles. Dans le souci d'éviter des interprétations *a priori*, les traductions sont délibérément littérales.

ACP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Archivio giuridico Filippo Serafini
BIDR	Bullettino dell'Istituto di diritto romano «Vittorio Scialoja»
CCFr	Code civil français (1804)
C.I.	Codex Iustiniani
Corpus Brachylogus	Corpus Legum sive Brachylogus iuris civilis, ad fidem quattuor codicum scriptorum et principium editionum emendavit commentarios criticos locorum simili annotationem notitiam letterariam indicesque adiecit ineditam incerti scriptoris, Epitomen iuris civilis medio duodecimo saeculo factam ex codice tubingensi
CO	Code des obligations suisse (1911)
D.	Digesta Iustiniani
DES	Dictionnaire électronique des synonymes
Duden	Duden Deutsches Universalwörterbuch: auf der Grundlage der neuen amtlichen Rechtschreibregeln
EN	Ethica Nicomachea

Expo.	Expositio psalorum
IA	ДРЕВНЕЕ ПРАВО. Ius Antiquum
Inst.	Institutiones
Iura	Iura: rivista internazionale di diritto romano e antico
Labeo	Labeo: Rassegna di diritto romano
Langenscheidt	Langenscheidts Grosswörterbuch Französisch
Merc.	Mercator
Origin.	Etymologiarum sive originum
Orth.	De orthographia
OLD	Oxford Latin Dictionary
RDC	Rivista di diritto commerciale
RE	Paulys Realencyclopädie der klassischen Altertums- wissenschaft
Reg.	Regulae
REL	Revue des études latines
RHDFE	Revue historique de droit français et étranger
RIDA	Revue internationale des droits de l'antiquité
RS	Recueil systématique du droit fédéral
SDHI	Studia et documenta historiae et iuris
TLF	Trésor de la langue française, Dictionnaire de la langue du XIX ^e et du XX ^e siècle (1789-1960)
TLL	Thesaurus Linguae Latinae
TR	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis – Revue d'histoire du droit
Trium orationum	Trium orationum in Clodium et Curionem de aere alieno Milonis de rege Alexandrino fragmenta inedita
Vat. Fr.	Vaticana Fragmenta
ZSS	Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Romanistische Abteilung

Introduction générale

Titre I : La large problématique de la notion de *causa*

La *causa contractus*, littéralement la «cause du contrat», est un concept juridique aussi bien fondamental qu'insaisissable dans certains droits civils modernes. Le caractère énigmatique qu'elle arbore remonte même aux sources romaines, qui ont inspiré les codifications européennes initiées par le Code civil français de 1804 [CCFr]. La notion de cause a fait l'objet d'abondantes discussions chez les Pandectistes au 19^e siècle, mais également dans la doctrine française, cette dernière laissant la cause orpheline d'une définition unitaire. Le droit suisse, quant à lui, reste laconique en s'abstenant de mentionner la cause à son art. 1 du Code des obligations de 1911 [CO]¹.

L'objet de notre thèse est d'offrir une étude approfondie de la *causa* en droit romain. Notre intention sera de réévaluer les enjeux et l'opportunité de la *causa* en droit romain, en tant que fondement historique du concept moderne de cause. Avant de s'intéresser aux sources romaines, le cœur de notre travail, une brève esquisse de la notion de cause dans les ordres juridiques français et suisse permettra d'illustrer la pertinence de réexaminer le droit romain. Bien que consciente que le sujet mérite amples réflexions en droit moderne, nous ne lui garderons cependant qu'une place introductive dans cette étude.

En 1804, le législateur français a choisi de consacrer la notion de *causa* dans son ancien art. 1108 CCFr, comme condition à la validité d'une convention: «le consentement de la partie qui s'oblige; sa capacité de contracter; un objet certain qui forme la matière de l'engagement; une cause licite dans l'obligation».

¹ RS 220.

Si clair que le terme puisse paraître à la lecture du CCFr, il a pourtant subi des oscillations conceptuelles dans la doctrine et la jurisprudence². Naviguant continuellement entre cause du contrat (pendant dit subjectif et concret) et cause de l'obligation (pendant dit objectif et abstrait)³, la notion de cause est devenue inintelligible. Cette inconstance se traduisait par une diversité de définitions, allant notamment de la prestation abstraite due qui serait différente de l'objet du contrat⁴, de l'obligation contractée par l'autre partie à un contrat synallagmatique⁵, de la contrepartie (ou valeur) objective sans élément psychologique⁶, du but juridiquement déterminé⁷, à la notion d'intérêt⁸ ou de motif juridique⁹.

La complexité cachée derrière un mot d'apparence aussi simple et innocent engendra au fil du temps une grande confusion¹⁰, au point qu'on la jugea «contestable»¹¹. L'absence de clarté s'est faite ressentir même dans les auditoires universitaires, d'aucuns ayant même affirmé que «des générations d'étudiants se sont arraché les cheveux» en tentant de la comprendre¹². Ce nœud inextricable conduisit à repenser la tournure de l'art. 1108 CCFr¹³ jusqu'à supprimer en 2016 le terme «cause» de celui-ci¹⁴. Cette suppression est-elle simplement typographique ou même conceptuelle?

A titre comparatif, le droit suisse n'a, quant à lui, pas mentionné la *causa* dans son Code, à l'exception de deux cas : la cause de l'obligation de l'art. 17 CO¹⁵ concernant la reconnaissance de dette et l'absence de cause de l'art. 62 CO¹⁶ comme condition de l'enrichissement illégitime.

² Pour une histoire de la pensée juridique française quant à la notion de cause, cf. DEROUSSIN (2012) pp. 355 ss et GHESTIN (2006) pp. 10 ss.

³ GHESTIN, in: *Projet Catala* (2005) p. 37; CARBONNIER (1992) p. 124 N. 58.

⁴ DEROUSSIN (2012) p. 361.

⁵ Cass. com., 18 mars 2014, n° 12-29453; Cass. Com., 9 juin 2009, n° 08-11420.

⁶ GAUDEMET (1937) p. 117; LOUIS-LUCAS (1918) p. 155.

⁷ CAPITANT (1927) pp. 42 s N. 14.

⁸ Cass. civ. 1^{re}, 3 juillet 1996, n° 94-14800, Bull. civ. I, n° 286, p. 200; CARBONNIER (1992) p. 124 N. 58.

⁹ AUBRY/RAU (1942) p. 467.

¹⁰ Selon CHEVREAU (2013) p. 12, la confusion trouverait son origine dans une interprétation erronée du droit romain, en particulier du fragment D. 50.16.19, par DOMAT.

¹¹ GHESTIN, in: *Projet Catala* (2005) p. 37.

¹² Rapport de l'Assemblée Nationale n° 429 (2017) p. 28; quant à la complexité de la notion de cause, voir aussi p. 54.

¹³ *Projet Catala* (2005); Projets de réforme du droit des contrats et du régime général de l'obligation élaborés en 2008 et 2013 (*Projets Terré*).

¹⁴ L'article 1108 CCFr a été modifié par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016, avec une entrée en vigueur de sa nouvelle teneur le 1^{er} oct. 2016.

¹⁵ Art 17 CO: «La reconnaissance d'une dette est valable, même si elle n'énonce pas la cause de l'obligation».

¹⁶ Art. 62 CO al. 1: «Celui qui, sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui, est tenu à restitution»; al. 2: «La restitution est due, en particulier, de ce qui a été reçu sans cause valable, en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée, ou d'une cause qui a cessé d'exister».

La doctrine, sur la base de l'art. 1 CO, précise seulement que le contrat se forme par la manifestation des volontés («*Willenserklärung*») réciproques et concordantes de contracter, c'est-à-dire de se lier dans l'intention de produire un effet juridique (créer, modifier, transférer ou éteindre un droit)¹⁷.

La cause, dont la nécessité pour la validité du contrat n'est d'ailleurs pas thématifiée par la doctrine suisse¹⁸, est un concept tacite et inhérent à toute relation contractuelle dans un système causaliste tel que le droit suisse¹⁹. La raison en est que le transfert de propriété dépend d'un titre valable (la cause)²⁰ et qu'il est justifié par la formation du consentement selon le principe de la confiance²¹ (*i.e.* selon le présupposé logique et raisonnable, ainsi que de la bonne foi quant à l'accord envisagé par les parties²²). Ainsi, le droit suisse, en se dispensant de définir la cause et de l'ériger comme condition technique du contrat, s'octroie une certaine souplesse pour régler des problématiques que pourrait engendrer une telle définition²³.

La doctrine suisse s'attache surtout à définir des notions voisines de la *causa*, comme celle de l'accord des volontés portant sur les points objectivement et subjectivement essentiels²⁴ et constitutifs du contrat (art. 1 et 2 CO), pour autant qu'ils soient suffisamment déterminés ou déterminables²⁵.

La volonté en tant que telle («*als Internum*») ne joue pas de rôle déterminant dans le cadre de la conclusion du contrat²⁶; la cause doit être distinguée du motif subjectif («*Beweggrund*»), parce qu'elle viserait la contrepartie constituée par l'obligation du cocontractant²⁷.

¹⁷ MORIN, *Commentaire ad art. 1 CO* (2021) p. 8 N. 2, p. 9 N. 5 et N. 7; TERCIER/PICHONNAZ (2019) pp. 65 s N. 251 ss et p. 127 N. 516; WIEGAND/HURNI (2014) p. 9 N. 1 et p. 11 N. 9; SCHWENZER (2012) p. 8 N. 3.01 et pp. 185 s N. 27.01 s; JÄGGI (1973) p. 246 N. 62.

¹⁸ A ce propos, RANIERI (2009) p. 647; ENGEL (1997) p. 150; SIMONIUS (1939) p. 754 et p. 759; JÄGGI (1973) p. 252 N. 85.

¹⁹ Selon SIMONIUS (1939) p. 765, le droit suisse est causaliste dans son principe, mais «*anticausaliste*» dans sa technique.

²⁰ ENGEL (1997) p. 151; SIMONIUS (1939) p. 759; ATF 55 II 302, consid. 2; ATF 85 II 97, consid. 1; ATF 96 II 145, consid. 3.

²¹ SIMONIUS (1939) p. 759.

²² ENGEL (1997) p. 152.

²³ SIMONIUS (1939) p. 760 et p. 765.

²⁴ Pour une étude récente de ces notions, voir en particulier la thèse consacrée de VION (2019); TERCIER/PICHONNAZ (2019) pp. 147 s N. 609 ss; MORIN, *Commentaire ad art. 2 CO* (2021) pp. 56 s N. 1 ss; ZELLWEGE-GUTKNECHT (2020) p. 59 N. 23; MÜLLER (2018) pp. 261 ss N. 14 ss.

²⁵ ATF 128 III 434, consid. 3; ATF 84 II 266, consid. 2.6.

²⁶ ZELLWEGE-GUTKNECHT (2020) p. 55 N. 4.

²⁷ ENGEL (1997) p. 151; BAUMGARTEN (1934) p. 1; MERZ (1992) p. 40 N. 65. Pour des études spécifiques de la notion de *causa* des obligations en droit suisse, cf. FAURE (1927) et SIMONIUS (1939) pp. 753 ss.

Si la cause brille par son absence dans la définition du contrat de droit suisse, il a été reconnu qu'elle apparaissait à travers d'autres applications juridiques (nullité du contrat, enrichissement illégitime, reconnaissance de dette)²⁸. En particulier, la notion de cause en matière d'enrichissement illégitime renvoie soit au fondement juridique justifiant l'attribution²⁹, soit au but poursuivi par la transaction³⁰. Cette dernière définition, selon un auteur, devrait être identifiée à la cause de l'obligation de l'art. 17 CO, ce qui reviendrait à admettre une identité entre celle-ci et la cause de l'art. 62 CO³¹.

En guise de comparaison succincte avec le droit romain, l'absence de cause valable de l'art. 62 al. 2 CO correspond à la notion romaine de *causa* de l'expression *condictio sine causa*. Cette dernière désigne un fondement dont il est probable, selon certains jurisconsultes³², qu'il renvoie au contrat ainsi qu'au motif à son origine. En ce sens, il est possible que la *sine causa* romaine renvoie indirectement à la *causa contractus*, mais le doute persiste. Quant à la restitution prévue lors d'une *causa data causa non secuta*, nous verrons que le terme *causa* se définit par l'objet du contrat, soit la contre-prestation³³. Cependant, dans les *condictiones ob rem* ou *ob causam* (sous-catégories de la *causa data causa non secuta*), les termes *res* et *causa*, renvoyant respectivement à la notion de but et à celle de fondement, seraient selon nous à considérer comme des résurgences de la *causa contractus*³⁴. Ainsi, si la doctrine établit un lien clair entre la cause de l'obligation et l'absence de cause de l'art. 62 CO, tel n'est pas nécessairement le cas en droit romain en raison de la variété d'applications juridiques de la *condictio*.

Nonobstant, ce peu de développement doctrinal, notamment sur la base des art. 17 et 62 CO, ne permet pas de comprendre la notion de cause en droit suisse dans toute sa complexité. La diversité d'applications de la cause en droit suisse montre seulement que, malgré l'absence de définition, elle reste un appui nécessaire pour fonder certains principes³⁵.

²⁸ CHAPPUIS (2008) pp. 257 ss; RANIERI (2009) p. 647; SIMONIUS (1939) pp. 759 ss.

²⁹ La notion de cause doit être comprise ainsi aussi bien pour l'art. 62 CO que pour l'art. 63 CO (cf. TERCIER/PICHONNAZ (2019) p. 454 N. 1962).

³⁰ HURNI (2014) p. 56 N. 2. Pour ENGEL (1997) p. 583, la définition de la cause dans ce contexte soit comme but soit comme titre juridique n'a pas d'importance pratique: ce qui importe est que le droit suisse est causaliste.

³¹ HURNI (2014) p. 56 N. 2.

³² Sur cette question et sur la divergence d'opinions parmi les jurisconsultes, en particulier IULIANUS et ULPIANUS, nous renvoyons aux développements *infra* pp. 154 ss.

³³ Pour un développement de cette question, cf. *infra* p. 251.

³⁴ A ce propos, CHAUDET (1973) p. 16 estime que les deux sortes sont à ranger dans la catégorie de la *Leistungskondiktion* et auraient toutes deux le sens de but.

³⁵ En ce sens également, voir SIMONIUS (1939) p. 767. Par exemple, en cas de reconnaissance de dette, le défaut de la *causa* entraîne un droit de refuser l'exécution de la part du débiteur, absence qui doit être prouvée par ce dernier (cf. HURNI (2014) p. 55 N. 1).

Pour comprendre les institutions juridiques françaises et suisses, une perspective historique³⁶, en prenant leur source romaine d'inspiration comme sujet d'étude, mérite d'être adoptée. Ainsi, une analyse de la *causa* à son origine romaine permettrait d'en comprendre l'héritage pour la notion moderne³⁷.

Appréhender de la notion romaine de *causa* dans le contexte contractuel se révèle complexe en raison d'une part, de la polysémie la caractérisant et, d'autre part, de l'absence de définition par les juristes de droit classique (1^{er} s. av. J.-C. – 3^e s. ap. J.-C.), malgré le florilège de fragments à cette période.

Notre intention consistera à proposer une définition de la *causa contractus* romaine, en adoptant une approche fonctionnelle, c'est-à-dire en déterminant son sens par l'utilisation même du terme, autant dans le contexte des contrats que dans celui des actions en répétition. Nous verrons que les fonctions de la *causa contractus* se retrouvent dans l'emploi des expressions *ob rem* (pour un but) et *ob causam* (en vertu d'une raison), dont la nature est elle-même controversée³⁸.

A cette fin, nous esquisserons à titre préliminaire les problèmes posés par la détermination de la *causa* dans le contexte contractuel et les raisons qui nous poussent à l'étudier, ainsi que son lien avec les expressions *ob rem* et *ob causam* présentes dans le système des actions en répétition.

La difficulté résulte d'abord de l'aspect polysémique du terme «*causa*»³⁹, qui recouvre plusieurs acceptions et dont l'étymologie fait débat⁴⁰. Notre intention ne sera

³⁶ Pour des études historiques de la notion de *causa* chez les Glossateurs, cf. l'ouvrage de BIROCCHI (1995) et l'article de SÖLLNER (1987) pp. 131 ss.

³⁷ Des études comparatives et historiques récentes mettent en exergue cette nécessité ressentie par les juristes de revenir aux fondements du droit civil moderne pour en développer et améliorer les concepts juridiques, cf. d'abord dans des ouvrages collectifs édités par VACCA (1997) et ALBERS/PATTI/PERROUIN-VERBE (à paraître) [*non videtur*], puis dans des articles comme RANIERI (2009) pp. 637 ss.

³⁸ Cf. *infra* pp. 89 ss pour une discussion des traductions modernes et de la doctrine quant à la nature de ces expressions *ob rem* et *ob causam*.

³⁹ Cf. «*causa*», in: OLD (1968) pp. 289 s. Pour des études attestant sa polysémie en matière juridique, cf. GEORGESCU (1936) et (1940) pp. 311 ss; MINICONI (1951) pp. 41 ss; voir aussi l'étude spécifique de THOMAS (1976) pp. 234 ss; HEUMANN/SECKEL (1907) pp. 59 ss, «*causa*».

⁴⁰ Une controverse sur l'étymologie du terme *causa* se présente non seulement chez les auteurs modernes, mais aussi chez des auteurs latins classiques, tel SCAURUS (163 – 89 av. J.-C.), puis tardifs comme CASSIODORUS (env. 490 – env. 585 ap. J.-C.) ou ISIDORUS (env. 560 – 636 ap. J.-C.). Pour ISIDORUS, *Origin.* 18.15.2 *ab initio*, la *causa* est l'expression du hasard (*casus*), tout comme CASSIODORUS, *Expo.* 72.13. SCAURUS, *Orth.* 7.21.20 (2^e s. ap. J.-C.), qui lui a encore prêté le sens de *cauere* (prendre toutes les précautions utiles) ou encore *cavillatio* (subtilité). Ces propositions ont été vivement critiquées par les philologues modernes qui estiment l'étymologie du substantif «*causa*» pas claire, voire inconnue (cf. GEORGESCU (1936) p. 8; ERNOUT/MEILLET (1932) p. 108; WALDE (1938) p. 190). Voir aussi à propos de cette question d'étymologie, l'opinion de MONIER (1948) pp. 56-59.

pas d'alimenter ces controverses, ni de déterminer le sens du mot *causa* dans la littérature latine⁴¹, ni ses sens généraux dans le contexte juridique. De manière générale dans ce dernier, *causa* peut faire référence au « motif » ou à la « raison » (définition qui s'applique dans divers contextes)⁴², au « litige »⁴³, puis de manière plus particulière à la « condition [à l'affranchissement d'un esclave] »⁴⁴, au « juste motif de guerre »⁴⁵, etc. Ces terminologies sont cependant imprécises et souvent appliquées dans des contextes qui ne nous occuperont pas dans cette étude. Elles ne permettent ainsi pas de comprendre l'essence de la notion lorsqu'elle est employée dans le contexte contractuel. Pour cette première raison, une étude spécifique de l'emploi « contractuel » du terme *causa* se justifie.

La seconde raison de réétudier la *causa* dans le contexte contractuel romain provient du fait qu'elle ne présente pas de structure délimitée ou de définition claire ; elle est donc sujette à interprétation. Le terme, employé de manière explicite ou implicite, apparaît de manière disparate, prenant parfois un caractère général et abstrait mais plus souvent apparaissant de manière casuistique.

En matière contractuelle, le texte le plus important contenant explicitement le mot *causa* est celui d'ULPIANUS, D. 2.14.7.2⁴⁶ (juriste du 2^e-3^e s. ap. J.-C.) qui rapporte les dires d'ARISTO, auteur bien antérieur (1^{er}-2^e s. ap. J.-C.). Les propos d'ARISTO représentent la première attestation d'une réglementation et protection des conventions atypiques, qualifiées de contrats innommés par la doctrine⁴⁷. Pour la première fois, ces conventions sont élevées au rang de contrat, plus précisément de *synallagma*, et protégées par une action⁴⁸. Le texte énonce des éléments généraux et abstraits en lien avec la *causa*, avec les contrats innommés tels que *do ut des* (je donne pour que tu donnes) ou *do ut facias* (je donne pour que tu fasses)⁴⁹, ainsi qu'avec les actions protégeant leur exécution. Pour ces raisons, le fragment D. 2.14.7.2 constitue le point de départ de notre thèse.

⁴¹ Comme l'a déjà fait le philologue MINICONI (1943/1944) pp. 83-85 et (1951) pp. 1-40.

⁴² « *Causa* », in : OLD (1968) p. 289 ; HEUMANN/SECKEL (1907) p. 59, « *causa* ».

⁴³ Par exemple : PLAUTUS, *Merc.* 822 ; CICERO, *Verres* 2.3.11, 2.2.41 et 1.25.

⁴⁴ La juste cause d'affranchissement d'un esclave est abordée par GAIUS qui rapporte les termes de la *Lex Aelia Sentia* (cf. GAIUS, *Inst.* 1.18-19 *cum* 1.38).

⁴⁵ Par exemple : CICERO, *Trium orationum* 3.1.

⁴⁶ Pour le texte et sa traduction, cf. *infra* pp. 43 s.

⁴⁷ Nous discuterons ultérieurement cette qualification (cf. *infra* pp. 49 ss).

⁴⁸ Pour un survol de l'évolution médiévale jusqu'aux Codes civils modernes des conventions produisant une action qui les protège, cf. SOBCZYK (2018) pp. 183 s.

⁴⁹ Cette liste pourrait être complétée sur la base de textes de PAULUS, D. 19.5.5 pr., qui prend aussi en compte les conventions atypiques *facio ut des* (je fais pour que tu donnes) ou *facio ut facias* (je fais pour que tu fasses).

La difficulté de définir la *causa* s'observe également chez les romanistes modernes. La *causa* a d'abord été caractérisée notamment comme « *Voraussetzung* » (présupposé de chacune des parties en tant que motif rendant valable la déclaration de volonté et la justifiant)⁵⁰ ou dans une dimension proprement subjective⁵¹, de contrat⁵², fonction objective à côté d'une connotation subjective⁵³, but économique poursuivi et prestation de manière indissociée⁵⁴, à la fois comme raison intrinsèque et but du contrat⁵⁵, fonction économique et sociale caractéristique de la convention avec laquelle la *causa* finit par s'identifier⁵⁶. Puis, depuis le milieu du 20^e siècle, la doctrine se divise généralement en deux tendances⁵⁷, dont les nuances sont fines et subtiles. Pour une grande majorité d'auteurs, la *causa contractus* se définit comme une dation ou une prestation de but déterminé⁵⁸. Pour d'autres, il faudrait comprendre la *causa* comme le but contractuel que se sont fixé les parties⁵⁹. Après avoir examiné en détail l'opinion dominante, nous nous alignerons dans les grandes lignes sur la seconde opinion doctrinale, tout en précisant certains points de divergence.

Notre thèse se démarquera par une approche fonctionnelle à la fois pour caractériser les composantes de la *causa*⁶⁰ et pour observer ses résurgences dans le contexte des actions en répétition (*condictiones*) d'une chose donnée en vertu d'une affaire ou convention négociée atypique.

Après avoir étudié les composantes de la *causa* dans le premier chapitre, nous verrons qu'elles apparaissent également dans le contexte des actions en répétition sous les formes *ob rem* et *ob causam*, expressions tout aussi énigmatiques. L'état de la recherche sur ces notions sera explicité en détail dans le chapitre topique⁶¹.

Et ce constat de résurgences a aussi cela d'étonnant que l'interaction des systèmes entre eux (contractuel et actions en répétition) n'a pas fait l'objet d'une étude approfondie par la doctrine, si ce n'est pour admettre que l'action en répétition était un

⁵⁰ WINDSCHEID (1850) pp. 47 s.

⁵¹ Des auteurs parlent à ce propos de « cause psychologique » ou de « causalité subjective » (cf. GEORGESCU (1940) p. 135; JHERING (1923) p. 2).

⁵² BONFANTE (1926) pp. 126 et 129.

⁵³ SCIALOJA (1907) pp. 89 ss.

⁵⁴ CAPITANT (1927) pp. 111 s.

⁵⁵ GROSSO (1960) p. 532.

⁵⁶ BETTI (1915) pp. 22 s, (1947) p. 104 et p. 107, pour qui la *causa* prendrait part au processus psychologique (pour plus de détails sur la conception de BETTI, cf. *infra* p. 47 n. 215).

⁵⁷ Pour une liste détaillée de la littérature et ses définitions, cf. PALMA (2016) pp. 637 ss.

⁵⁸ Cf. *infra* pp. 19 ss.

⁵⁹ Cf. *infra* p. 16.

⁶⁰ L'approche fonctionnelle a surtout été utilisée par DALLA MASSARA (2004) pp. 138 ss et en particulier pp. 147 ss, qui arrive cependant à un résultat quelque peu différent du nôtre à l'égard de la définition elle-même de la *causa* (cf. *infra* p. 41 n. 195), mais aussi de l'interaction de ses composantes (cf. *infra* p. 78 n. 352).

⁶¹ Cf. *infra* pp. 89-137.

moyen de protection alternatif aux actions *in factum* qui permettait de se départir des contrats atypiques⁶².

Le système des actions en répétition présente l'intérêt de restituer une attribution patrimoniale certaine (*certum*) donnée à l'occasion d'une transaction (qu'on pourrait qualifier de conventionnelle)⁶³ dont le fondement n'est pas ou n'est plus justifié. Les formulations *do ut des/do ut facias* de ce contexte font écho à celles employées dans le texte d'ULPIANUS, D. 2.14.7.2 (*dedi ut dares/dedi ut facias*), propres à désigner des conventions atypiques contenant une *causa*. Un tel lien entre ces deux utilisations suggère que ces conventions pouvaient être protégées par ces deux moyens, que sont l'action contractuelle (*actio civilis incertilactio in factum*) pour demander l'exécution du contrat et l'action en répétition (*condictio*) pour exiger le retour de ce qui a déjà été donné⁶⁴. La question du retour de la prestation par la *condictio* se pose surtout lorsque le contrat n'a pas été exécuté jusqu'au bout ou lorsqu'il est vicié : cette action permet le retour de la prestation initiale en cas d'inexécution de la contre-valeur attendue.

Dans ce contexte, ces transactions conventionnelles sont souvent caractérisées par l'expression *datio ob causam* (dation en vertu d'une cause), ou par l'expression *datio ob rem* (dation dans un but), ou encore sous les formes dérivées *do ut des* ou *do ut facias*. Nous verrons que la distinction même entre *ob rem* et *ob causam* est controversée⁶⁵, au-delà de la difficulté inhérente à la polysémie des termes *res*⁶⁶ et *causa*. L'état de la recherche sur la question sera présenté et discuté de manière topique dans le chapitre qui lui sera consacré, ceci en raison de la multitude de textes et la diversité de cas que ces derniers recouvrent.

Pour revenir à la problématique principale, les rapports entre la *causa contractus* et la *condictio*, mais plus particulièrement ceux entre la *causa* d'ULPIANUS, D. 2.14.7.2 et les formulations *ob rem* et *ob causam* dans le contexte des actions en répétition, n'ont pas été pleinement analysés par la doctrine⁶⁷.

⁶² SOBczyk (2018) p. 181 et p. 183; BIONDI (1965) p. 516 et p. 543; ARANGIO-RUIZ (1949) p. 361 et pp. 317 s; BONFANTE (1946) p. 500, p. 503 et p. 518; MACCORMACK (1995) pp. 253 ss.

⁶³ Concernant la *condictio* qui s'applique en règle générale à des cas de conventions atypiques, cf. CHAUDET (1973) p. 81 ; de même, pour la plupart des cas de *datio ob rem*, cf. DALLA MASSARA (2004) pp. 258 s. *Contra*: MACCORMACK (1995) p. 254. Selon HONSELL (1974) pp. 74 s, la *datio ob rem* n'était pas un contrat pour les Romains, car l'élément d'accord des volontés faisait défaut.

⁶⁴ Cf. *supra* p. 8 n. 62.

⁶⁵ Diverses définitions sont proposées principalement par SCHWARZ (1952) pp. 117 ss, CHAUDET (1973) pp. 89 s, PELLECCHI (1998) pp. 69 ss, SACCOCCIO (2002) pp. 221 ss et HARKE (2003) pp. 54 ss. Ces opinions doctrinales seront présentées et commentées *infra* pp. 97-137.

⁶⁶ « *Res* », in: OLD (1968) pp. 1625 s; HEUMANN/SECKEL (1907) pp. 511 ss, « *res* ».

⁶⁷ Constatation également faite par DALLA MASSARA (2013) p. 361. En effet, seuls CHAUDET (1973) pp. 75 s, DALLA MASSARA (2004) p. 255 et pp. 257 ss, CANNATA (1995) *Obbliga-*

Certains auteurs les corrélient en considérant que la *datio* doit nécessairement être à la fois la *causa contractus* et la *causa condictionis* (cause de l'action en répétition)⁶⁸.

Pour d'autres, la connotation justificative de la *causa contractus* d'ARISTO aurait été inspirée par la notion de *causa* présente dans le contexte des *condictiones*. En particulier, cette dernière désignerait l'«ensemble de l'opération juridique» servant de justification pour intenter une *condictio*⁶⁹. Une transposition du sens de la *causa* d'un domaine à l'autre se serait donc produite⁷⁰.

Cependant, bien que les deux systèmes aient pu évoluer de manière parallèle⁷¹, une telle influence n'apparaît pas clairement. Il est difficile d'établir avec certitude une inspiration d'ARISTO par ce mécanisme propre aux actions en répétition. En effet, une filiation d'idée entre les juristes romains n'est pas certaine, pas plus que l'hypothèse de l'évolution corrélée du *contractus* aristonien aux *condictiones*. Si les textes indiquent que les actions en répétition⁷² précédaient les actions contractuelles, leur catégorisation en diverses classes (*condictio causa data non secuta*, *condictio ob turpem vel iniustam causam*, *condictio ob causam datorum*, *condictio sine causa*, *condictio indebiti*) n'est pas certaine pour le droit classique: il semble qu'elle serait survenue plus tardivement, en droit byzantin⁷³. En particulier, un texte de PAU-

zioni (1995) p. 448, (1997) p. 56 et (2012) p. 321, et BURDESE (2001) pp. 333 ss effleurent le sujet. WINDSCHEID (1850) p. 52 suggère que la *causa* du contrat aurait un lien avec la locution *datio ob causam* (pour un partisan de cette dernière idée, cf. CANNATA (2012) p. 321). ACCARIAS (1866) pp. 102 s associe les *dationes ob rem* et *ob causam* avec l'idée d'un rapport d'échange et considère que la *datio ob rem* est un contrat *do ut des* (p. 103: «celui qui donne ut sibi detur fait une *datio ob rem*»). Il a été suggéré que seules les *dationes ob rem* (comme conventions atypiques) seraient intégrées dans le *do ut des*, mais pas les *dationes ob causam* (GUZMÁN BRITO (2001) pp. 239 ss et surtout p. 242, critiqué par DALLA MASSARA (2004) p. 258 n. 42). Pour voir les contrats atypiques comme des *dationes ob causam* (CANNATA, *Obbligazioni* (1995) p. 448), ou en tout cas leur attribuer une nature contractuelle semblable aux *dationes ob rem*, cf. DALLA MASSARA (2004) p. 258, PELLECCHI (1998) pp. 123 s et p. 127. Pour voir la *datio ob causam* comme *dation* présente dans un rapport synallagmatique, sans nécessairement la considérer comme synonyme d'une *datio ob rem*, cf. SACCOCCIO (2002) p. 224 et MITTEIS (1908) p. 201.

⁶⁸ GUZMÁN BRITO (2001) p. 248.

⁶⁹ DALLA MASSARA (2004) p. 255 et pp. 257 s; CANNATA, *Obbligazioni* (1995) p. 448.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ SOBZYK (2018) p. 181 et pp. 182 s, pour qui la protection des contrats atypiques accordée par la *condictio* serait antérieure à l'action *in factum*.

⁷² Pour l'histoire de l'évolution de la *condictio causa data causa non secuta*, cf. FREUDENTHAL (1911); LIEBS (1986) pp. 163 ss. Pour son évolution à partir du Moyen-Âge, cf. SOBZYK (2018) pp. 184 ss.

⁷³ SCHWARZ (1952) pp. 137 s; PFLÜGER (1937) pp. 112 ss pense que ces différentes actions étaient nommées ainsi par les byzantins; DE VISSCHER (1923) p. 151; VOIGT (1862) p. 298. CHAUDET (1973) p. 25 et pp. 90 s et PERNICE (1892) p. 215, p. 234 et pp. 236 s pensent qu'une catégorisation existait néanmoins selon le type de *datio* (en vertu du fragment D. 12.6.65 pr., cf. *infra* p. 10 s n. 74), bien qu'ils estiment ces classes inexistantes en droit classique au contraire du droit tradif ou justinien. HÄHNCHEN (2003) p. 18 précise à cet égard

LUS⁷⁴, auteur du 3^e s. ap. J.-C., suggère l'existence de divers cas d'application de la *condictio* que Justinien a rangé parmi les *condictiones causa data causa non secuta* (action en répétition pour ce qui a été donné en vertu d'une cause, mais dont la contre-prestation n'a pas suivi)⁷⁵: les *condictiones ob rem, ob causam, propter condicionem, propter transactionem, indebiti*. Il ne sera pas question dans cette étude d'examiner en détail l'hypothèse de la classicité⁷⁶ ou non de ces instruments mais plutôt d'étudier les notions *ob rem* et *ob causam*, ainsi que leur éventuel lien avec les contrats atypiques *do ut des/do ut facias*. Nous verrons qu'il existe une corrélation entre les deux, sans nous prononcer sur l'hypothèse de l'inspiration ou l'influence réciproques des systèmes des contrats et des actions en répétition.

que les classiques auraient connu différents motifs fondant les *condictiones*, constitués par divers états de fait, mais sans conception univoque de la *causa condictiois*; une telle conception serait survenue plus tard, dans les développements post-classiques. ALBANESE (1982) p. 261 n. 85 estime cependant que la *causa data causa non secuta* est une expression de la période de droit classique.

⁷⁴ PAULUS, D. 12.6.65 pr.: «*In summa, ut generaliter de repetitione tractemus, sciendum est dari aut ob transactionem aut ob causam aut propter condicionem aut ob rem aut indebitum: in quibus omnibus quaeritur de repetitione*» (Dans l'essentiel, afin que, de manière générale, nous traitions de la répétition, il faut savoir qu'on donne soit pour une transaction, soit en vertu d'une cause, soit pour remplir une condition, soit dans un but, soit sans que ce soit dû: dans tous ces cas, la question de la répétition se pose).

⁷⁵ PFLÜGER (1937) p. 112 explique la dénomination de la *condictio causa data causa non secuta* de la manière suivante: *causa non secuta* représenterait l'idée pour le demandeur d'un fondement pour le transfert de propriété; *causa data* exprimerait le fait que le défendeur aurait une raison d'exécuter la contre-prestation. Quant à ALBANESE (1982) p. 261 n. 85, il définit la *causa data causa non secuta* comme la chose transférée en vue d'une éventualité future qui par la suite ne se vérifie pas.

⁷⁶ PERNICE (1892) pp. 214 s pense que, de manière générale, en droit classique, une distinction entre les différents types de *condictiones* n'existait pas (p. 214: «*sie stellen sich als Versuche dar, die Unzahl der hierherhörigen Fälle in Gruppen zu gliedern*»; p. 215: «*Die klassischen Juristen unterscheiden bei der Darstellung nicht zwischen den Fällen: sie behandeln in ihren Büchern zu Sabin, zu Plautius usw. alle Figuren unter der gemeinschaftlichen Ueberschrift de conditione ohne eigene Rubriken*»). De même, en pensant qu'il s'agissait d'une classification byzantine, voir SOLAZZI (1972) p. 1 et littérature.

Titre II: **Méthode**

Nous avons vu que les méthodes précédentes utilisées par la doctrine présentent des inconvénients. En particulier, une démarche purement historique ou relevant de l'historiographie juridique s'attachant à établir une filiation d'idées juridiques est difficilement utilisable pour une étude sur la *causa*. Bien qu'une telle approche soit basée sur l'idée d'une construction progressive du droit, elle ne permet pourtant pas de saisir tous les aspects conceptuels de la notion de *causa* à une époque donnée. Ce constat provient du caractère particulièrement fragmentaire et épars des sources relatives à la *causa*. Aussi, ce genre d'approche ne prend pas en considération la difficulté d'identifier la paternité d'un concept à un auteur précis en raison des modifications postérieures des textes par d'autres mains. Une telle démarche historique présente à notre sens peu d'intérêt pour définir la notion de *causa* en droit romain classique.

Il en résulte qu'une approche transversale, non limitée à une identification du sens de la *causa* pour chaque auteur romain, présente un intérêt scientifique. L'usage d'une telle méthode paraît d'autant plus légitime si l'approche est fonctionnelle. Une étude fonctionnelle d'un terme a pour objet de déterminer le sens d'un mot selon le contexte spécifique qui l'entoure⁷⁷, soit cerner la manière dont il est utilisé dans chaque cas,

⁷⁷ Pour une sorte d'étude «fonctionnelle» du terme *causa*, voir aussi THOMAS (1976) p. 5, qui définit la fonction dans un sens large comme établissant «des rapports entre le sens d'un concept et son rôle au sein d'un système juridique». En quelque sorte, l'auteur entend par «fonction» le but poursuivi par le concept de *causa*, cette dernière étant évaluée avec l'idée qu'elle doit être comprise comme appartenant à un système de pensée. Dans cette perspective, l'auteur examine le but de la *causa* dans quantité d'applications juridiques, qu'elles soient philosophiques, rhétoriques ou judiciaires. Pour ce faire, l'auteur utilise pour chaque sphère analysée le procédé «distributionnel» ainsi nommé par les linguistes, qui vise à établir un sens par groupe d'utilisations spécifiques du terme (THOMAS (1976) pp. 244 s). Cependant, cette entreprise, si louable qu'elle soit, ne permet pas d'approfondir la notion de *causa contractus* et son lien avec les *condictiones* en raison du caractère vaste de son champ d'étude. Ce constat résulte par exemple du fait que le fragement d'ULPIANUS, D. 2.14.7.2 n'est pas analysé et que le terme *causa* dans le contexte des *condictiones* n'est étudié que sur une vingtaine de pages, négligeant ainsi un certain nombre de textes. Par ailleurs, la perte des pages y relatives (pp. 546-552 et pp. 554-559) dans l'unique exemplaire de cette thèse non publiée, rend ardues

indépendamment de l'auteur du texte. Le prisme d'observation principal n'est pas l'auteur du texte, bien qu'on puisse dans un deuxième temps élaborer des tendances d'usage par auteur, mais bien la fonction du terme en lui-même sans référence dominante à son auteur. Une telle approche apparaît d'ailleurs particulièrement adaptée à l'étude de la *causa* parce que celle-ci provient de sources disparates, mêlant auteurs et domaines d'application (système contractuel et celui des actions en répétition). L'approche fonctionnelle a aussi l'avantage de prendre en compte la polysémie du terme analysé, pour éventuellement observer une ou plusieurs tendances d'utilisation.

En outre, la démarche analytique des textes de droit classique s'éloignera en principe de la technique interpolationniste pour tenter de trouver des solutions dans la mesure du possible. Ainsi, nous ne nous attacherons pas à nourrir les discussions interpolationnistes, qui, à notre sens, demeurent pour la plupart impossibles à prouver. Cependant, nous nous réservons la possibilité de les discuter lorsque les circonstances le commandent : certaines remises en question des fragments eux-mêmes peuvent avoir un caractère approprié pour comprendre la cohérence des textes en l'absence d'autres solutions envisageables.

Par ailleurs, l'état de la recherche sera abordé de manière thématique et sa pertinence discutée au début de chaque chapitre, puis en relation avec chaque texte durant l'analyse, compte tenu de la nature fragmentaire du droit romain et la multiplicité de cas traités par les sources.

D'un point de vue conceptuel, se pencher sur ces structures contractuelles atypiques (*do ut des/do ut facias*) présente l'attrait de revenir à une certaine simplicité conceptuelle de la notion originelle de contrat. Pour régler le sort de ces conventions, les Romains appliquaient d'ailleurs des principes fondamentaux propres à caractériser la base de toute relation contractuelle, mais sans toutefois les définir en un système abstrait. Ils utilisaient des éléments simples pour déterminer si la relation revêt une nature de « convention » digne de protection par une action.

Notre entreprise va donc consister en la détermination d'une définition de la *causa contractus* par une approche fonctionnelle, c'est-à-dire par l'analyse du sens de la *causa* selon sa fonction dans les contextes d'application spécifiques que sont la naissance du contrat et les actions en répétition.

la lecture et la compréhension de l'analyse. Nous préférons caractériser la démarche fonctionnelle par l'étude du sens en fonction de ses diverses utilisations liées à un contexte juridique précis, plutôt qu'une vision cantonnée à la fonction en tant que rôle du concept au sein du système romain dans sa globalité, menant à constater une unité ou harmonie de langage entre le vocabulaire juridique et philosophique (THOMAS (1976) p. 614).

Titre III: **But, thèse et plan**

Cette quête aura pour but de partir sur les traces de la *causa contractus*, afin de constituer une définition fonctionnelle sur la base de l'ensemble des sources en commençant par celles tenant à la formation du contrat. Puis, viendra l'analyse de la *causa contractus* dans le contexte des *condictiones*, qui, on l'a vu, ne concerne pas directement le contrat en tant que tel, mais qui l'implique indirectement.

La finalité de cette démarche consistera en la confirmation ou l'invalidation d'un modèle fonctionnel construit dans le premier chapitre, respectivement de vérifier si ses composantes ressortent dans les textes relatifs aux actions en répétition.

Ainsi, dans le chapitre second, nous étudierons par la même approche fonctionnelle les termes *res* et *causa* sous leur forme *ob rem* et *ob causam*⁷⁸ pour comprendre leur usage, leur interaction et évaluer si une corrélation avec la notion de *causa contractus* se justifie.

Il faut cependant préciser que ce second chapitre n'entreprendra ni d'examiner les différents types de *condictiones per se* (*i.e.* ce qui les caractérise et les distingue) ni de définir la notion d'erreur. Cette dernière, certes connexe avec l'emploi de «*causa*» dans les *condictiones*, mériterait un examen approfondi nécessitant l'écriture d'un ouvrage entier.

Ces considérations esquissées nous amènent à défendre la thèse suivante: la *causa* se définit, par une approche fonctionnelle, comme les motifs objectifs, communs et déterminés de contracter et se compose des deux fonctions coexistantes que sont les dimensions téléologique (but) et étiologico-justificatrice (raison justificatrice).

En guise de plan d'exposition, notre premier chapitre abordera les fragments traitant de la *causa* comme «motifs objectifs, communs et déterminés de contracter», dont les composantes et leurs interactions seront examinées selon une méthode fonction-

⁷⁸ Cf. *infra* pp. 85 ss.

nelle. Nous verrons en particulier que ces « motifs objectifs » seront à différencier des « motifs purement subjectifs »⁷⁹. Ensuite, dans un second chapitre, nous analyserons deux formulations précises dans le contexte des *condictiones, ob rem* et *ob causam*, pour comprendre leur connexité et leur importance dans la définition de la *causa*. Enfin, nous achèverons cette étude par la synthèse de nos résultats.

⁷⁹ Cf. *infra* pp. 44 ss.

Chapitre premier :

Définition de la *causa contractus* : motifs objectifs et communs de contracter

Titre I : Introduction

La problématique traitée dans le présent chapitre tient à la détermination de la définition de la *causa contractus*, absente des textes de droit romain classique.

Le point de départ de notre étude sera constitué par l'analyse du texte d'ULPIANUS, D. 2.14.7.2⁸⁰, fragment le plus complet et premier témoignage d'un certain degré de conceptualisation. Puis nous étudierons d'autres textes qui s'avéreront confirmer les composantes de la *causa* qu'on observera chez ARISTO⁸¹.

Pour répondre à la question du sens de la *causa*, nous analyserons le contexte général, systématique, téléologique, ainsi que l'incidence de sa connexité avec d'autres termes rapportés par ULPIANUS (*subest, in alium contractum, obligatio civilis, contractus, συνάλλαγμα, actio civilis* et la locution idiomatique *do ut des*).

Quant à la doctrine, elle a longtemps considéré la *causa* comme la première *datio* exécutée de but déterminé⁸², ou comme contre-prestation en vue de laquelle les parties s'exécutent⁸³, en laissant parfois entendre qu'il faudrait faire correspondre la *causa contractus* à la *causa conditionis* (cause des actions visant à répéter une attribution patrimoniale faite en vertu d'une convention atypique).

⁸⁰ Pour le texte et sa traduction, cf. *infra* pp. 43 s.

⁸¹ D. 2.14.7.4; D. 19.4.2; D. 19.5.8 *in fine*; D. 44.7.3 pr./1; D. 41.1.36 *in fine*.

⁸² Parmi d'autres: KNÜTEL (1997) pp. 131 ss, p. 135, p. 142; SCHMIDLIN (2008) pp. 119 ss analyse la question de l'impact de la *datio* dans le cadre du pacte d'échange; EHRHARDT (1930) p. 107; SARGENTI (1997) p. 146; SARGENTI (1988) pp. 30 ss; MAGDELAIN (1958) p. 32. Pour une liste détaillée de la littérature prenant cette position cf. *infra* pp. 19 ss.

⁸³ DE FRANCISCI (1916) p. 528; GANS (1819) p. 189.

Depuis le milieu du 20^e siècle, une autre tendance doctrinale s'est dessinée pour faire face à la théorie de la *causa* comme prestation (de but déterminé). Celle-là prend une perspective purement contractualiste, dissociant la *causa contractus* du contexte des *conditiones* pour se concentrer sur l'impact contractuel et la protection par une action que génère la *causa*. Dans ce cadre, la *causa* a été désignée en général comme but ou fonction contractuel («*scopo negoziale*», «*funzione contrattuale*» ou «*funzione di scambio*») ⁸⁴, comme convention ⁸⁵, et même dans certains cas les deux à la fois ⁸⁶. Chacune de ces théories est composée de variations qui présentent parfois pour trait commun de proposer une définition «fonctionnelle» dans le sens de la recherche du but de l'institution. Dans ce dernier cas, de telles définitions, consacrant le but poursuivi par les parties, négligent ou relèguent au second plan la fonction étiolegico-justificatrice de la *causa* ⁸⁷.

Notre premier chapitre développera la thèse de la *causa* comme motifs des parties, motifs ayant un caractère objectif, commun et déterminé de contracter. Aussi, il s'agira de démontrer dans ce présent chapitre que la *causa* est un élément générateur, rationnellement antérieur au contrat, aux obligations et aux prestations matérielles. Comme corollaire à cette assertion, nous verrons que chacun de ces éléments subséquents à la *causa*, étant utilisés comme justification d'une prétention en exécution,

⁸⁴ MONIER (1948) pp. 56 ss; MONIER (1954) pp. 86 s; PALMA (2016) p. 648; SANTORO (1983) pp. 227 ss; SANTORO (1997) pp. 88 s, p. 94; pour GEORGESCU (1940) p. 325, la *causa* serait «le but licite, socialement typique, dont les parties poursuivent la réalisation»; pour SCHIAVONE (1991) p. 151, la causalité agirait comme fonction contractuelle et serait efficiente; MANTELLO (1990) p. 84 et p. 86; MANTELLO (1995) p. 258; DALLA MASSARA (2004) pp. 132 s, pp. 145 s, et surtout p. 147; MELILLO (1970) p. 75 n. 86. CANNATA (1995) p. 68 voit la *causa* comme un but consensuel et estime que l'exécution de la première prestation est la condition de la seconde. Pour PELLOSO (2007) pp. 73 s, la *causa* a une dimension téléologique: elle ne se résumerait pas seulement en la première prestation déjà effectuée, mais aussi dans la contre-prestation qui doit suivre, de sorte à créer un équilibre patrimonial, obligeant le contre-échange. WOLF (1970) pp. 25 s, qui aborde le cas spécifique de la promesse par stipulation, pense que la *causa* est la détermination matérielle de but («*die materiale Zweckbestimmung*»).

⁸⁵ EHRHARDT (1930) p. 107 parle à ce propos de «*Geschäft*»; dans un premier temps, BETTI (1915) pp. 22 s estime que la *causa* «*consiste nella conventio per la quale entrambe le parti assumono l'una verso l'altra obblighi determinati di cui l'uno è condizione dell'altro reciprocamente*».

⁸⁶ En particulier dans les textes D. 17.1.8 pr. et D. 19.5.15 *in fine*, cf. SANTORO (1983) pp. 241 s, p. 250; SANTORO (1997) pp. 88 s, p. 94. Si BETTI (1915) pp. 22 s a d'abord défini la *causa* comme *conventio*, il précise plus tard qu'elle est en réalité la fonction économique et sociale de la convention, mais qu'elle finit par s'identifier à celle-ci ((1947) p. 104 et p. 107).

⁸⁷ SANTORO (1983) p. 242; MANTELLO (1995) p. 258; MANTELLO (1990) p. 124. SANTORO est suivi par PALMA (2016) p. 654 et DALLA MASSARA (2004) pp. 249 s. Ce dernier estime que la *causa* comme «*funzione*» exprime d'une part le but juridique que les parties poursuivent dans le rapport synallagmatique et, d'autre part, le sens de l'orientation vers un objectif caractéristique du contrat: elle se trouve au milieu de l'objectif juridique et le fondement représenté par les intérêts des parties (p. 250).

véhicule et exprime la *causa* par extension. Au cours de cette analyse, nous serons également amenés à examiner un éventuel lien de la *causa contractus* avec la *causa conductionis* suggéré par la doctrine.

Plus précisément, après avoir consacré plusieurs paragraphes critiques à l'égard de chacune de ces théories, nous procéderons à l'approfondissement de notre thèse.

Titre II: **Exposition et discussion de la théorie dominante: la *causa* comme prestation ou dation déjà exécutée**

A. Exposition de la théorie

La théorie dominante de la *causa* comme prestation ou dation déjà exécutée sera exposée, puis discutée dans les prochains développements.

De manière générale, les défenseurs de cette théorie, lorsqu'ils s'intéressent à la formulation *dedi ut dares* de D. 2.14.7.2, prennent la *causa* comme élément de fait représenté par l'exécution de la première prestation (la *datio* ou le *factum*)⁸⁸. Cette doctrine de la *causa* comme première prestation succède et s'oppose à une doctrine ancienne qui définissait la *causa* comme la «contre-prestation en vue de laquelle les parties s'exécutent»⁸⁹. En ce sens, la *causa* était considérée comme tournée vers un fait (la contre-prestation) se situant dans l'avenir⁹⁰.

⁸⁸ GUZMÁN BRITO (2001) p. 243 et p. 248, pour qui la *causa* serait pour ARISTO la «*prestación*» ou «*ejecución o cumplimiento de la dación inicial*», soit la cause de l'obligation; VOCI (1946) p. 244 n. 1; KNÜTEL (1997) pp. 131 ss et particulièrement p. 143; SCHMIDLIN (2008) pp. 119 ss; SARGENTI (1997) p. 147; SARGENTI (1988) p. 32; GIFFARD (1972) p. 197; GIFFARD (1957) p. 341; MAGDELAIN (1958) p. 32; GALLO (1988) p. 54; GALLO (1997) pp. 67 s, p. 82; GALLO (1995) pp. 95 ss; TALAMANCA (1990) p. 101 et n. 256; MACCOR-MACK (1985) p. 139 et pp. 151 s («*causa is constituted by dare or facere*», en se référant à la première prestation exécutée); BIONDI (1953) p. 92; MELILLO (1994) p. 213 n. 514. A noter que cette opinion était déjà présente dans l'esprit des auteurs byzantins (cf. *scholia 2 ad Basilica* 11.1.7 (SCHELTEMA Series B vol. 1 (1953) p. 192: «Κυρίλλου. [...] εἰ δὲ καὶ ὑπεστὶν αἰτία, οἷον δόσις ἐπὶ δόσει ἢ ποιήσει, συνάλλαγμα τὸ γεγονὸς καὶ τίκτεται πολιτικὴ ἀγωγή ·» (*Sed et si causa subest, veluti datio ad dandum aliquid vel faciendum, quod factum est, contractus est, et nascitur civilis actio*:.) (De CYRILLOS. [...] Mais même s'il y a une cause sous-jacente, par exemple une dation pour donner ou pour faire quelque chose, ce qui a été fait est un contrat et un action civile naît:).

⁸⁹ DE FRANCISCI (1916) p. 528. En ce sens, voir aussi GANS (1819) p. 189. Cette solution est aussi critiquée par SANTORO (1983) p. 223, p. 237.

⁹⁰ GANS (1819) p. 189.

A la suite de cette ancienne conception, une nouvelle vague d'auteurs a vu le jour. En subordonnant la dation à un but déterminé, ceux-ci attribuent à la *causa* un sens de «*zweckbestimmte Leistung*»⁹¹, tout en reconnaissant la fonction légitimante de la *causa* pour l'actionnabilité d'une prétention en exécution⁹². Plus précisément, certains voient la *causa* dans l'acte de donner (*dedi*), alors que d'autres, dans l'acte initial et la finalité poursuivie (*dedi ut*)⁹³.

En particulier, cette nouvelle définition de la *causa* a parfois été basée sur la considération que, pour ARISTO, la dation était forcément accompagnée d'un pacte précisant le but de la dation et la rendrait légitime⁹⁴. Mais nous verrons que cette idée revient à qualifier la *causa* comme un élément distinct de la *datio* elle-même, ce qui finit par dénaturer la théorie de la *causa* comme «*zweckbestimmte Leistung*»⁹⁵.

Par ailleurs, l'interprétation spécifique de la *causa* comme *datio* a pour corollaire de faire correspondre la *causa contractus* et la *causa conditionis*⁹⁶. SCHMIDLIN semble pourtant rejeter ce lien: la cause de l'action en restitution de CELSUS, D. 12.4.16⁹⁷,

⁹¹ TONDO (1998) p. 452 («*prestazione qualificata dallo scopo d'una controprestazione*»), p. 454; BURDESE (1988) p. 137; BURDESE (2001) p. 334; ZHANG (2007) p. 192; GRÖSCHLER (2009) p. 72; SCIANDRELLO (2011) p. 259; KNÜTEL (1997) p. 142, p. 144, «*dazione/prestazione per uno scopo fissato*» (prestation exécutée pour un but déterminé); SCHMIDLIN (2008) p. 122, «*eine austauschbestimmte Leistung*»; voir aussi la traduction allemande du Digeste par KRAMPE, in: BEHREND/KNÜTEL/KUPISCH/SEILER (1995) pp. 226 s *ad* D. 2.14.7.2 et 4 (pour la critique d'une telle traduction du terme *causa*, cf. MAYER-MALY (1996) p. 453: «*Allzuviel Interpretation steckt in der Übersetzung von causa mit zweckbestimmte Leistung in § 4*»); BISCARDI (1983) p. 128; GIFFARD (1972) p. 197; GIFFARD (1957) p. 341; VOICI (1946) p. 244 et n. 1; MEYER-PRITZL (1998) p. 112 suit cette conception sans plus d'explication: «*Unter causa ist die konkrete, einseitig bereits erfüllte, im Hinblick auf die vereinbarte Gegenleistung erbrachte Leistung zu verstehen*» (le terme cause se comprend comme la prestation réalisée de manière concrète et satisfaite unilatéralement en vue d'une contre-prestation convenue); KASER (1971) p. 526 n. 36 («*Ausserhalb der anerkannten Kontrakte bleibt das Erfordernis aufrecht, dass zu einer Gegenleistung nur gebunden ist, wer eine Vorleistung empfangen hat*»); EHRHARDT (1930) p. 107; BONFANTE (1946) p. 499; PELLOSO (2007) p. 74 et (2011) p. 141.

⁹² SCHMIDLIN (2008) p. 120; PELLOSO (2011) p. 141; SCIANDRELLO (2011) p. 259.

⁹³ Par exemple, pour SCHMIDLIN (2008) p. 122, «*dopo che una prestazioni viene eseguita e accettata, nasce un'obbligazione in virtù della finalità intrinseca dello scambio*». Pour PELLOSO (2007) p. 74 et (2011) p. 141, la *causa* désigne la *datio ut*, soit la dation déjà exécutée, qui implique l'exécution de la contre-prestation convenue, d'où l'aspect téléologique, et qui, en raison du fait qu'elle permet une actionnabilité, doit par ailleurs être qualifiée de raison justificatrice.

⁹⁴ KNÜTEL (1997) p. 142. Au contraire de KNÜTEL, SCHMIDLIN (2008) p. 122 oriente la définition vers la *causa* comme origine du pacte: «*quando il patto è fondato su una prestazione nello scopo di uno scambio*» (quand un pacte est fondé sur une prestation dans un but d'échange).

⁹⁵ Cf. *infra* pp. 30 ss.

⁹⁶ En particulier, voir GUZMÁN BRITO (2001) p. 248. Ce corollaire est également observé et critiqué par DALLA MASSARA (2004) p. 247 et PALMA (2016) p. 648.

⁹⁷ Pour le texte et sa traduction, cf. *infra* p. 30 n. 149.

texte traitant aussi d'un *dedi ut dares*, ne serait pas la même que celle du texte d'ULPIANUS, D. 2.14.7.2⁹⁸. Cette remarque participerait à fonder la définition de la *causa* comme prestation à but d'échange («*austauschbestimmte Leistung*») ⁹⁹.

Selon cette dernière définition, la détermination du but poursuivi et son acceptation par l'autre partie seraient nécessaires à la *datio* pour qu'elle devienne une *causa*. Lors de sa quête du sens de la *causa*, SCHMIDLIN cherche à comprendre la nature de l'opposition entre CELSUS et ARISTO exposée au début du fragment D. 2.14.7.2¹⁰⁰. Ces deux jurisconsultes traitant chacun d'une relation d'échange, SCHMIDLIN compare leur texte respectif. Afin de justifier sa définition, SCHMIDLIN finit par admettre que la qualification juridique du cas traité par CELSUS est forcément différente de celle d'ARISTO¹⁰¹. Dans cette perspective, SCHMIDLIN explique que CELSUS ne traite pas d'une dation à but d'échange, mais d'une dation sans volontés réciproques d'échange: une telle dation ne résulterait que d'un simple pacte (*pactum nudum*), sans *causa*¹⁰². L'origine de la différence de conception entre ARISTO et CELSUS proviendrait ainsi de la nature dissemblable des cas traités par les deux juristes romains. De cette manière, SCHMIDLIN cherche à démontrer que, s'il n'y a pas de but déterminé du côté des deux parties, il n'y a dès lors pas de contrat, mais une simple promesse d'échange¹⁰³. La théorie défendue par SCHMIDLIN a également pour particularité de considérer qu'un contrat innommé naît *re et consensu*¹⁰⁴.

Ce dernier aspect du raisonnement de SCHMIDLIN s'oppose à l'*opinio communis* de la théorie assimilant la *causa* à la *datio*. Cette dernière conception fait dépendre la naissance du contrat de l'exécution de l'obligation¹⁰⁵, soit la *datio*, en reléguant l'accord au second plan. Dans ce but, lorsqu'ils reconnaissent la *causa* comme un élément générateur du contrat, certains l'assimilent à une prestation déjà exécutée en raison du lien qu'ils établissent avec le *dedi*: l'exécution de celle-ci mènerait à la conclusion du

⁹⁸ Pour le texte et sa traduction, cf. *infra* pp. 43 s.

⁹⁹ SCHMIDLIN (2008) pp. 119 ss.

¹⁰⁰ ULPIANUS, D. 2.14.7.2 *ab initio*: «*Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem*» (Mais et si l'affaire ne passe pas en vertu d'un contrat particulier, [et qu']il y a pourtant une *causa* sous-jacente, ARISTO répondit avec distinction à CELSUS qu'il existe une obligation).

¹⁰¹ Selon SCHMIDLIN (2008) pp. 119 ss, les deux textes traiteraient d'une situation d'échange et c'est ce qui permettrait leur corrélation.

¹⁰² SCHMIDLIN (2008) pp. 119 ss.

¹⁰³ SCHMIDLIN (2008) p. 119.

¹⁰⁴ SCHMIDLIN (2008) p. 121 n. 46.

¹⁰⁵ GUZMÁN BRITO (2001) p. 244; KNÜTEL (1997) p. 136. DALLA MASSARA (2013) p. 366 critique ce point de vue en estimant que, dans ce fragment d'ULPIANUS, il n'est pas question de la cause de l'obligation, mais de la cause du contrat.

contrat et à la création d'obligations réciproques¹⁰⁶. Le contrat *do ut des* serait par conséquent un contrat réel¹⁰⁷, conception présente chez les Glossateurs¹⁰⁸.

Faire dépendre la naissance du contrat de l'exécution de la première prestation paraît pourtant contradictoire avec les termes employés par ARISTO pour plusieurs raisons que nous traiterons ci-après¹⁰⁹. Nous verrons que cette idée se heurte à la dynamique des contrats à double prestation d'échange (*synallagmata*)¹¹⁰ présentés par ARISTO, pour lesquels l'acceptation de la prestation par le cocontractant marque le consensus. Pour ARISTO, le consensus semble tout aussi important que la *datio* elle-même, si ce n'est plus¹¹¹.

Il faut enfin relever que cette théorie de la *causa* comme prestation de but déterminé, bien que trouvant de nombreux partisans, ne fait pas l'unanimité¹¹².

B. Commentaire

La doctrine tendant à considérer la *causa* comme *datio* ou prestation de but déterminé («*zweckbestimmte Leistung*») est si prépondérante qu'on ne peut se passer d'un commentaire approfondi la concernant.

¹⁰⁶ Selon MACCORMACK (1985) p. 139, le temps employé (*dedi*: indicatif parfait) met une emphase sur l'acte lui-même et non sur l'accord; l'emploi de l'indicatif présent (*do*) aurait fait douter de la correspondance de la *causa* à un accord sur le fait de donner en vue d'une contre-prestation ou à une simple dation (p. 139 n. 17).

¹⁰⁷ Selon SARGENTI (1997) pp. 146 s, considérer la *causa* comme dation initiale aurait pour conséquence d'admettre le principe selon lequel les contrats «innommés» se constitueraient *re*. Pour la littérature et les controverses que le *dedi ut des* comme contrat *re* suscite, cf. *infra* p. 25 n. 126 et n. 127.

¹⁰⁸ Pour une explication de l'évolution historique de la conceptualisation des contrats «innommés» comme contrats réels depuis les Glossateurs, cf. CANNATA (2012) pp. 304 s; BIROCCHI (1997); SÖLLNER (1987) pp. 131-187.

¹⁰⁹ Cf. *infra* pp. 25 ss.

¹¹⁰ Sur la notion de *synallagma* chez ARISTO comme rapport de double prestation d'échange répondant au schéma *do ut des*, cf. DALLA MASSARA (2013) p. 371.

¹¹¹ SCHMIDLIN (2008) pp. 121 ss, p. 121 n. 46, p. 126, parce qu'il considère qu'un but commun et déterminé qu'est l'échange fait partie de la notion de *causa*, a tempéré la rigueur de cette conception en affirmant que la dation à but d'échange et son acceptation par l'autre partie sont les conditions requises à la naissance du contrat aristonien: l'aspect consensuel est donc tout aussi important que l'aspect réel. Ainsi, il se rallie sur ce point à la théorie la *causa* comme fondement du contrat, et plus spécifiquement à la conception de SANTORO (1997) pp. 88 s, p. 94 («[c]ausa è, piuttosto, lo scopo negoziale»). Un auteur récent a pourtant admis que la *causa* puisse faire allusion à la *conventio*, tout en considérant la *causa* comme *datio* (cf. SCIANDRELLO (2011) p. 259).

¹¹² Elle est rejetée explicitement par SANTORO (1983) pp. 226 s; PALMA (2016) pp. 647 s; DALLA MASSARA (2009) pp. 263 s et (2013) p. 360.

D'abord, la traduction de la *causa* comme *datio* ou prestation de but déterminé sera remise en question (1). Ensuite, la nécessité de l'exécution de la première prestation pour la conclusion du contrat sera commentée (2). Puis, nous étudierons la corrélation entre la question posée par CELSUS, D. 12.4.16 et la réponse d'ARISTO en D. 2.14.7.2 dont se prévaut la doctrine pour justifier une telle définition (3). Par la suite, la différence structurelle entre la *causa* et la *datio* sera soulevée comme argument allant à l'encontre de la doctrine majoritaire (4). Nous discuterons en outre le bien-fondé d'une autre justification de la doctrine consistant à confondre la *causa petendi* (la cause de l'action contractuelle) et la *causa contractus* (5). Enfin, nous examinerons l'argument de l'identité de la *causa contractus* et la *causa conditionis* qui participerait à définir la *causa* comme *datio* (6).

Nous concluons que la définition de la *causa* comme *datio* ou «*zweckbestimmte Leistung*» se heurte à autant d'incertitudes qu'elle ne peut être retenue.

1. *Causa* comme *datio* ou «*zweckbestimmte Leistung*» : traduction appropriée ?

La traduction du terme *causa* par *datio* (dation) ou «*zweckbestimmte Leistung*» (prestation de but déterminé) paraît restrictive pour plusieurs raisons.

D'abord, définir la *causa* comme *datio* serait réducteur au regard de la polysémie du mot *causa* et de la généralité que l'emploi d'un tel terme suggère¹¹³. Selon nous, interpréter la *causa* comme une simple *datio* conduirait à la priver de sa large palette de couleurs sémantiques.

Ensuite, avec une telle traduction de *causa* en *datio*, il faut discerner deux problèmes. Le premier tient au fait que l'attention serait uniquement concentrée sur l'objet du contrat et sur l'individu qui reçoit ce qui a été donné – en tant qu'ils représentent la justification qui fonde l'attribution – ce qui ne correspond pas à la nature bilatérale du contexte contractuel aristonien¹¹⁴. Or, au vu du contexte de réciprocité (exprimée par les termes *contractus*, συνάλλαγμα) et de finalité (manifestée par la conjonction *ut*¹¹⁵, une analyse relative à un individu en particulier ne semble pas convenir¹¹⁶. En effet, les auteurs de cette doctrine font correspondre la *causa* au terme *dedi* et non pas au reste de la formulation, qui indique pourtant un but commun abstrait et non purement matériel¹¹⁷. Le second point

¹¹³ Notre avis est similaire à celui de DALLA MASSARA (2004) p. 130.

¹¹⁴ A ce propos, voir DALLA MASSARA (2004) p. 131.

¹¹⁵ Remarque aussi émise par DALLA MASSARA (2004) p. 131.

¹¹⁶ En ce sens, voir aussi PALMA (2016) p. 648, qui estime que la *causa* comme *datio* est problématique parce qu'elle concentre les perspectives sur les «positions individuelles des sujets et non sur l'objectif commun qu'ils entendent atteindre».

¹¹⁷ N'ont guère considéré ce double aspect de la *causa* mise en relation avec *ut*, parmi d'autres : EHRHARDT (1930) pp. 107 ss; MACCORMACK (1985) p. 139 et pp. 151 s.

problématique réside en l'utilisation systématique du terme *datio* pour désigner l'exécution de la prestation initiale¹¹⁸; de cette manière les contrats comportant une obligation de faire (*factum*) sont négligés¹¹⁹.

En outre, la traduction « *zweckbestimmte Leistung* » ne prend en compte que la première partie de la formulation (*dedi ut*)¹²⁰ qui représente un stade déjà avancé de la relation juridique, soit l'exécution. Or, il semble qu'avec l'expression *subsist tamen causa*, il est référé à la formulation entière (*do ut des*) et à ce qui la sous-tend, et non pas uniquement au *do* ou au *do ut*. La locution *ut dares* semble avoir une importance équivalente au *dedi*.

Autrement dit, cela signifie que la *causa* est autre chose que la *datio* ou la contre-prestation: elle serait plutôt les motifs qui l'accompagnent. Les motifs qui poussent à l'acte sont manifestés concrètement par la prestation et en sont par conséquent la cause. L'exécution sert de vecteur manifestant une volonté et ne constitue pas en soi le fondement de l'obligation, si l'on en croit les termes d'ARISTO¹²¹. Une phase substantielle, la phase intentionnelle étiologique¹²², est rationnellement¹²³ préalable à l'exécution. Une traduction de la *causa* par *datio*, se rapporterait uniquement à la phase d'exécution et négligerait l'étape volitive et consensuelle de portée plus générale, base de l'équilibre économique de la transaction¹²⁴. Ce rapport étiologique qui

¹¹⁸ Pour ACCARIAS (1866) p. 103, cette négligence s'explique par le fait que *dare* recouvre la notion de *facere*.

¹¹⁹ L'assimilation de l'exécution de la prestation à la *datio* est critiquée aussi par MACCORMACK (1985) p. 132, p. 142, p. 148, qui estime qu'elle peut tout autant être réalisée par un *facere*. Pour DALLA MASSARA (2004) p. 129 et n. 193, parce que selon lui la *datio* n'est pas translatrice de propriété, l'emploi générique de ce terme pourrait abstraitement consister en un *facere*.

¹²⁰ KNÜTEL (1997) p. 144 semble articuler sa compréhension autour de l'acte d'exécution de la première prestation et du but qui lui est assigné. De même, MEYER-PRITZL (1998) p. 112: « *Unter causa ist die konkrete, einseitig bereits erfüllte, im Hinblick auf die vereinbarte Gegenleistung erbrachte Leistung zu verstehen* » (le terme cause se comprend comme la prestation réalisée de manière concrète et satisfaite unilatéralement en vue d'une contre-prestation convenue). PELLOSO (2011) p. 141 assimile la *causa* au *datio ut*, et lui attribue toutefois une valeur justificatrice. Il finit ainsi par admettre la valeur fonctionnelle de la *causa* (étiologique et téléologique), mais considère qu'on ne peut se baser exclusivement sur cette conception (p. 136). SCHMIDLIN (2008) p. 121, quant à lui, discerne non seulement la dimension téléologique que recouvre l'expression *dedi ut dares*, mais entrevoit aussi la rationalité de l'acte qui trouve son siège dans les volontés: « *la finalità della datio è la controprestazione: il dedi ut des* ».

¹²¹ ULPIANUS, D. 2.14.7.2 *ab initio*: « *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsist tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem* » (Mais et si l'affaire ne passe pas en vertu d'un contrat particulier, [et qu']il y a pourtant une *causa* sous-jacente, ARISTO répondit avec distinction à CELSUS qu'il existe une obligation).

¹²² Elle est toutefois prise en compte par SCHMIDLIN (2008) p. 121 n. 46, qui énonce cette idée de manière très brève.

¹²³ La qualification de rationnellement préalable de la *causa* par rapport à l'exécution et au contrat sera développée *infra* pp. 56 ss.

¹²⁴ En ce sens voir aussi MELILLO (1994) p. 213 n. 514, qui, bien qu'acceptant la définition de la *causa* comme exécution de la prestation, pense qu'il s'agit seulement d'une « *specificazione di un valore più generale, sostanzialmente riferito all'equilibrio economico nel negozio* ».

fait remonter à la cause initiale de l'acte est inévitable et inhérent au passage de la pensée à l'acte¹²⁵.

2. Exigence de l'exécution de la première prestation pour la création d'un contrat « innommé » ?

Considérer la *datio* comme acte vecteur du motif nous mène à notre second point, soit la question de savoir si cet acte (la prestation initiale) est nécessaire pour créer l'obligation.

Pour ainsi dire, de telles interprétations du terme *causa* ont pour conséquence de subordonner la naissance du contrat atypique à l'exigence d'un acte matériel, soit d'une *datio* ou plus généralement de l'exécution de la première prestation¹²⁶. Ce corollaire fait douter de la pertinence de telles définitions au point qu'il suscite une controverse dans la doctrine¹²⁷.

Ces remarques appellent à se reposer la question des prérequis formels de la création d'un contrat atypique. Le contrat est-il créé par l'exécution de l'obligation, soit le transfert réel du bien ou d'un *facere*, ou faut-il seulement un consensus ou encore les deux sont-ils nécessaires ? Autrement dit, on se demande s'il s'agit d'un contrat *re*, *consensu* ou *re et consensu*. Nous verrons que si l'incertitude quant à l'exigence d'une *datio* ou d'un *facere* à la création d'un contrat atypique subsiste, il faudrait surtout retenir l'élément consensuel. Notre réponse à la problématique consiste à dire que, bien que la généralisation soit délicate, il n'en demeure pas moins que certains

¹²⁵ Cette caractéristique de la pensée aristotélicienne (l'acte motivé par une volonté profonde), ne nous occupera pas d'avantage ici en raison de sa vaste nature. D'autres auteurs ont d'ailleurs déjà étudié la question de l'influence de la pensée aristotélicienne sur les juristes romains, notamment: DALLA MASSARA (2013) pp. 376 ss; SCHIAVONE (1971) pp. 80 ss; PENNACCHIO (2016) p. 11; GROSSO (1976) p. 346; CANNATA (2014) pp. 67 ss.

¹²⁶ Une série d'auteurs se sont essayés à caractériser la nature juridique du *dedi ut dares*. Selon EHRHARDT (1930) p. 107, le contrat d'échange rentre dans cette catégorie et est un contrat *re*, mais ce n'est pas pour autant que la *traditio* doit être considérée comme abstraite, c'est-à-dire qu'il faudrait un élément consensuel. Considèrent notamment aussi le *dedi ut dares* comme un contrat *re*: BIONDI (1953) p. 93; ASTUTI (1952) p. 64; SARGENTI (1997) pp. 146 s. DIÒSDI (1981) p. 50 n. 106 les apparente plus à la dimension contractuelle que réelle. Deux autres auteurs prennent le contrat d'échange comme un contrat *re et verbis*, constitué donc par une *datio* assortie d'un pacte la définissant (KNÜTEL (1997) p. 142; TANEV (2013) p. 26). Certains pensent que les «contrats innommés» du type du contrat d'échange naissent *consensu* (CANNATA (1997) pp. 55 s, (2012) p. 314), ou du *quid pro quo* (BUCKLAND (1968) p. 521), ou encore *re et consensu* (SCHMIDLIN (2008) p. 121 n. 46).

¹²⁷ Selon certains auteurs, qualifier les contrats atypiques de contrats *re* ne serait pas totalement satisfaisant (SANTORO (1983) p. 185; DIÒSDI (1981) p. 50 n. 106; ACCARIAS (1866) pp. 17 s; BUCKLAND (1968) p. 521; PERNICE (1888) p. 251; DE FRANCISCI (1913) p. 15). Plus fermement, pour DALLA MASSARA (2004) p. 144, la dation ne serait pas un élément nécessaire à la création du contrat.

contrats réels atypiques semblent se baser, au-delà de la *datio* elle-même, sur le but poursuivi par celle-ci.

D'abord, une définition de la *datio* comme *causa* oblige à considérer le transfert réel comme générateur du contrat. Or, cela impliquerait que la *datio* soit l'unique élément nécessaire et suffisant, alors qu'elle n'est qu'une composante obligationnelle du rapport d'échange¹²⁸ et une mise en œuvre de celui-ci¹²⁹. Aussi, si seul le transfert de l'objet était requis, les contrats qui portent sur une prestation de faire seraient exclus (*facio ut des*)¹³⁰.

Ensuite, la nature des contrats atypiques n'est guère claire dans ce fragment et il ne paraît pas qu'ULPIANUS ou ARISTO s'attachent à la définir de manière systématique et dogmatique¹³¹. ULPIANUS ne donne pas plus de détails. Ce qui le préoccupe est davantage l'affirmation d'un principe de protection des contrats atypiques en prenant un exemple générique (*res transeat tamen subsit causa ... ut puta dedi rem ut aliquid dares*)¹³².

Puis, cette qualification *re* des contrats atypiques proposée par certains¹³³ ne prend pas en compte l'importance des volontés de contracter et de créer une obligation, fondées par l'attente de contre-prestation. En effet, d'une part, l'emploi du *ut* dans la locution *dedi tibi rem ut mihi aliam dares* laisse penser que la dation seule n'aurait aucun impact. La conjonction *ut* dénote un aspect final et indique la nécessité, pour la création du contrat, d'un accord sur le but poursuivi: j'ai donné *pour* que tu donnes (*dedi ut dares*). D'autre part, il y a contrat parce qu'il existe une *causa* rationnellement antérieure à l'obligation et l'exécution, qui consiste en une attente de contre-prestation. Cet argument corrobore l'idée que la première prestation exécutée ne peut être la *causa*, car il est bien dit que celle-ci sous-tend (*subsit*) les obligations qui composent le contrat. De la *causa* naît l'obligation. Il en résulte que la *causa* ne peut être identifiée à la première prestation ou à la seconde. Les actes matériels que sont la dation et

¹²⁸ Pour un résultat identique, mais avec un cheminement différent, voir la conception de DALLA MASSARA (2004) pp. 135 s qui, attribuant au *synallagma* une valeur de rapport d'échange qui ne serait pas synonyme de *contractus*, considère qu'on ne peut réduire le συνάλλαγμα à l'existence d'une dation parce qu'elle est une de ses composantes.

¹²⁹ Pour DALLA MASSARA (2004) p. 145, la dation ne serait qu'un élément factuel initial de l'exécution de l'échange, et non la condition *sine qua non* de la naissance de ce contrat atypique.

¹³⁰ En effet, les contrats qui naissent *facere* ne peuvent par essence pas être des contrats nés *re* selon MACCORMACK (1985) p. 132. A en croire ce dernier auteur, ces types de contrat ne sont ni l'un ni l'autre, mais la présence d'un accord est toutefois inévitable.

¹³¹ Dans le même ordre d'idées, DALLA MASSARA (2004) p. 143 objecte à ces théories autour de la naissance des contrats atypiques qu'elles comportent un risque de dogmatisation non authentique.

¹³² Cf. ULPIANUS, D. 2.14.7.2.

¹³³ Cf. *supra* p. 25 n. 126.

l'acceptation de celle-ci, étant des vecteurs de la volonté de contracter, ne sont pas en tant que tels générateurs du contrat. Reste cependant ouverte la question de savoir si, pour les contrats atypiques, ces volontés sont une condition suffisante ou si la dation en tant que telle serait une condition cumulable à l'accord des volontés.

Aussi, si l'on devait qualifier ces contrats de *re*, une analogie avec les contrats typiques créés *re* s'impose. Ces derniers contrats ont toutefois une condition préalable, à savoir la volonté commune de contracter. Selon GAIUS, le contrat réel typique est créé par la remise de la chose (*obligationes ex contractu ... re contrahuntur*)¹³⁴. Certes, un tel contrat prend formellement naissance lors de la dation, mais cela ne signifie pas encore qu'il n'existe pas de condition préalable. Cette idée est corroborée par un texte de GAIUS indiquant la nécessité de la volonté de transférer, mais aussi de contracter; les parties ont donc un but contractuel déterminé en tête¹³⁵.

Cependant, contrairement aux contrats *re* où le transfert de l'objet est la prestation principale et centrale, les contrats atypiques¹³⁶ sont caractérisés par un double rapport d'échange. ULPIANUS, D. 2.14.7.2 considère ces derniers comme des *synallagmata*, où les deux prestations ont un poids équivalent pour former le contrat. L'aspect consensuel repose sur la finalité commune motivant les deux prestations (*dedi ut mihi rem dases*). La dation se base ainsi sur une volonté commune et, par son exécution, la véhicule. Cette *causa* est déjà présente *rationnellement* avant la dation. Cela signifie qu'il existe donc un élément supplémentaire au-delà de la simple *datio* pour les juristes romains: la volonté individuelle de contracter comme motif objectif et déterminé, qui, en devenant commune, constitue la *causa*.

Nous suggérons en somme que les contrats réels atypiques n'auraient pas leur fondement directement dans la dation, mais dans le but poursuivi par cette dation¹³⁷, soit dans la volonté commune d'échange réciproque de prestations. Derrière la *datio* se cache une autre condition que l'acte de délivrance porte avec elle, soit celle des motifs communs de contracter. Les contrats atypiques, en tant que *synallagmata* supposant une attente de contre-prestation réciproque, se constituent à notre sens par la *causa* comme motifs objectifs et communs.

¹³⁴ GAIUS, D. 44.7.1.1.

¹³⁵ GAIUS, D. 44.7.1.2 *in fine*: «*damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi eiusdem generis et qualitatis*» (nous donnons [des choses] pour qu'elles deviennent la propriété de celui qui reçoit; par la suite nous en recevons d'autres de même genre et de même qualité).

¹³⁶ Pour une explication de la terminologie des contrats typiques et atypiques, cf. *infra* pp. 47 ss.

¹³⁷ Dans le contexte du contrat d'échange, SANTORO (1997) pp. 93 s et SCHMIDLIN (2008) p. 121 déduisent du texte de PAULUS, D. 19.4.1.2, qu'à la différence des contrats réels, ce n'est pas la dation qui crée l'obligation, mais plutôt le but contractuel commencé par la dation («*lo scopo negoziale iniziato con la dazione*»). Ils se basent sur le passage «*permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebebet*» exprimant que l'échange de l'objet en lui-même fait naître et consolide l'obligation.

SANTORO et SCHMIDLIN ont exprimé cette particularité en distinguant la *permutatio* des contrats *re* et en attribuant à la *permutatio* un fondement double (par le consensus et par le transfert de la chose)¹³⁸. SCHMIDLIN ajoute qu'en réalité la volonté se consolide dans la dation¹³⁹. Cette idée de statut hybride (*re-consensu*) gagne d'ailleurs en pertinence à l'aune de PAULUS, D. 19.4.1.2 et D. 19.4.1.4.

A ce propos, selon PAULUS, D. 19.4.1.2, la dation est admise comme condition requise pour la création d'obligations pour le cas particulier du contrat d'échange qu'est la *permutatio*¹⁴⁰. Celui-ci semble l'assortir aussi d'une condition consensuelle de manière implicite pour deux raisons: d'une part, en cas d'échange, le *consensus* seul ne crée pas l'obligation, mais il est présent de manière sous-jacente¹⁴¹; et d'autre part, si une partie refuse (*nolit*) de donner la chose alors que la première prestation a déjà été échangée, le premier exécutant ne peut certes pas tenter d'action contractuelle spécifique pour demander l'exécution, mais une action *id quod interest* pour obtenir l'exécution ou des dommages-intérêts de l'autre partie en vertu de l'accord conclu (*res de qua convenit*) – ce qui signifie que la volonté de chacun est nécessaire pour créer une obligation contractuelle contraignante¹⁴². PAULUS exige ainsi de manière sous-entendue la présence d'un *consensus*¹⁴³. Autrement dit, la dation serait certes requise pour créer le contrat d'échange, mais ne serait pas l'unique condition: l'exigence du consensus serait de mise, bien qu'en arrière-plan¹⁴⁴.

¹³⁸ SCHMIDLIN (2008) p. 121; SANTORO (1997) pp. 93 s.

¹³⁹ SCHMIDLIN (2008) p. 121 n. 46.

¹⁴⁰ PAULUS, D. 19.4.1.2: «*Item emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur, permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet: alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum habent, ut in emptione venditione, conductione, mandato*» (De même, l'achat-vente est conclu par la simple volonté de ceux qui consentent, mais la *permutatio* fait naître l'obligation sur la base de la chose transmise: du reste, si la chose n'a pas encore été transmise, nous dirions que l'obligation est conclue par simple consentement parce qu'on a seulement reçu dans des situations qui ont leur propre nom, comme dans l'achat-vente, la *conductio* ou le mandat).

¹⁴¹ ULPIANUS, D. 2.14.1.3 *ab initio*; ULPIANUS, D. 2.14.7.2; PAULUS, D. 19.4.1.2.

¹⁴² PAULUS, D. 19.4.1.4: «*Igitur ex altera parte traditione facta si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus ut res tradita nobis reddatur, sed in id quod interest nostra illam rem accepisse, de qua convenit: sed ut res contra nobis reddatur, conditioni locus est quasi re non secuta*» (Par conséquent, si l'un ne veut pas transférer la chose après que la tradition a été faite par l'autre partie, nous n'agissons pas [en justice] pour que la chose transmise nous soit rendue, mais parce qu'il nous importe d'avoir reçu cette chose-là, à propos de laquelle il y a eu un accord: mais, au contraire, pour que la chose nous soit rendue, il y a lieu d'intenter une *condictio* comme si la chose n'a pas été exécutée).

¹⁴³ Cette analyse n'a pas été celle d'EHRHARDT (1930) pp. 108 s qui interprète les dires de PAULUS en déniait la dimension consensuelle du contrat d'échange.

¹⁴⁴ Cet élément a été soulevé également brièvement par SCHMIDLIN (2008) p. 121 n. 1. EHRHARDT (1930) pp. 108 s, quant à lui, n'a pas relevé cet élément volitif.

Deux objections nous empêchent pourtant de penser qu'il faille relier ces textes pauliens avec celui d'ULPIANUS, D. 2.14.7.2 pour généraliser la condition de la dation, propre à la *permutatio*, à tous les contrats atypiques visant l'échange de prestation ou d'intérêts (i.e. les *synallagmata*). Il nous semble que, d'une part, ce dernier fragment ne traite pas clairement de l'échange (*permutatio*); une interprétation plus large est à donner à ce texte. D'autre part, ULPIANUS ne cherche pas à systématiser explicitement la nature des contrats atypiques. Cet auteur met plutôt en simple opposition les obligations nées des contrats typiques (et nommés selon les termes du texte) *consensu* à celles créées par une cause sous-jacente qui n'est pas une situation énumérée à l'al. 1. Un trait commun à tous ces contrats existe pourtant; il réside en la notion de *causa*.

Il résulte de ces analyses que déterminer la forme juridique requise à la conclusion d'un contrat atypique (*re, consensu* ou forme hybride) reste délicat au vu de l'absence de norme précise à ce sujet¹⁴⁵. Ce d'autant plus qu'il n'apparaît pas que ce soit ici la préoccupation d'ULPIANUS. Le problème réside dans le fait que les juristes romains n'ont, à notre connaissance, pas accordé de réglementation spécifique à ces contrats «spéciaux» et n'ont pas qualifié leur nature juridique de manière systématique et dogmatique.

La seule chose qu'on puisse affirmer est que l'origine du contrat – typique comme atypique – comporte nécessairement un accord des volontés au-delà des caractéristiques des prestations (qu'elles soient *dare* ou *facere*). Il faut cependant nuancer cette idée pour le cas de la *permutatio*, dont l'exécution de la première prestation constitue une condition nécessaire, mais pas suffisante à la conclusion de ce type de contrat. Mais la première *datio* ou *factum* semble avoir une importance égale à son acceptation par l'autre partie, considération qui nous empêche de la reconnaître comme fondement suffisant du contrat lui-même. Toujours est-il que nous ignorons si l'existence d'une dation recouvre le même impact dans la création de tous les contrats atypiques. Elle semble nécessaire pour la *permutatio*, mais en est-il de même pour les autres contrats atypiques?

Au vu de ces doutes, il paraît difficile d'admettre que *causa* puisse signifier «*zweckbestimmte Leistung*», même s'il est opportun de déterminer les conditions formelles de la création d'un contrat atypique. Ainsi, l'identification de la *datio* à la *causa* est problématique en raison de tous les obstacles et les incertitudes en découlant. En effet, l'admettre signifierait que l'exécution de la prestation est créatrice du

¹⁴⁵ A ce propos, BENÖHR (1965) p. 14 prend aussi des précautions en estimant obscur le critère de détermination exact du centre de gravité du *synallagma*, soit le contrat (est-ce la première prestation exécutée par une partie ou est-ce l'accord même des parties?; «*Ob er (i.e. ARISTO) das Schwergewicht in die Vorleistung einer Partei oder in die Vereinbarung beider Parteien legt, bleibt unklar*»).

contrat, ce qui aurait pour effet de qualifier tous les contrats atypiques de contrats *re*¹⁴⁶. On ne peut s'y résoudre parce que cette idée ne paraît pas correspondre à la logique de certains textes¹⁴⁷.

3. Corrélation entre la question de CELSUS, D. 12.4.16 et la réponse d'ARISTO dans ULPIANUS, D. 2.14.7.2?

Un autre grief à l'encontre de cette théorie, selon laquelle la *causa* désigne une prestation de but déterminé, apparaît par rapport à un argument considérant que les propos d'ARISTO rapportés par ULPIANUS¹⁴⁸ répondent à la question de CELSUS posée dans D. 12.4.16^{149/150}. Cet argument suppose l'exclusion totale de la *condictio* pour ARISTO dans les cas traités par CELSUS. Selon SCHMIDLIN, considérer la *causa* comme «dation dans un but d'échange» permettrait d'expliquer en quoi la réponse d'ARISTO différerait de celle de CELSUS¹⁵¹.

SCHMIDLIN et KNÜTEL analysent le fragment d'ULPIANUS par opposition au texte de CELSUS pour justifier que le rapport décrit par ARISTO, contrairement à celui traité par CELSUS, contient une *causa*¹⁵². Dans cette démarche, ils partent de l'hypothèse que les deux auteurs traitent spécifiquement d'une relation d'échange. Dans cette perspective, ils supposent que CELSUS traite la convention d'échange

¹⁴⁶ DALLA MASSARA (2013) p. 360.

¹⁴⁷ En ce sens, voir aussi DALLA MASSARA (2013) p. 360.

¹⁴⁸ ULPIANUS, D. 2.14.7.2 *ab initio*: «*Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem*» (Mais et si l'affaire ne passe pas en vertu d'un contrat particulier, [et qu'il y a pourtant une *causa* sous-jacente, ARISTO répondit avec distinction à CELSUS qu'il existe une obligation).

¹⁴⁹ CELSUS, D. 12.4.16: «*Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptio et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris: et rursus, si tuus est Stichus et pro evictione eius promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim*» (Je t'ai donné de l'argent pour que tu me donnes Stichus: est-ce un genre de contrat assimilable à l'achat et la vente, ou n'y a-t-il là aucune autre obligation, si la chose en vertu de laquelle elle a été donnée n'a pas été exécutée? Je penche plutôt pour la seconde option: et c'est pour ça que, si Stichus est mort, je peux répéter parce que je t'ai donné de l'argent pour que tu me donnes Stichus. Imagine que Stichus appartienne à autrui, mais que tu l'aies quand même transmis: je pourrai te redemander l'argent parce que tu n'auras pas fait en sorte que l'homme soit la propriété de celui qui reçoit: et, de nouveau, si Stichus t'appartient et que tu ne veux pas promettre son éviction, tu ne le libéreras pas, pour que je ne puisse pas te redemander l'argent).

¹⁵⁰ Même DALLA MASSARA (2004) p. 238, opposant de la théorie de la *causa* comme *datio*, admet une corrélation entre les deux fragments en arguant le rejet par CELSUS de la conception d'ARISTO.

¹⁵¹ SCHMIDLIN (2008) p. 120.

¹⁵² SCHMIDLIN (2008) p. 120; KNÜTEL (1997) p. 135.

comme un pacte nu non actionnable¹⁵³. Selon ces auteurs, il semble que, pour CELSUS, le pacte d'échange ne forme pas un équivalent du contrat parce qu'aucune autre action n'est octroyée, à l'exception d'une *condictio*¹⁵⁴. A *contrario*, ARISTO prévoirait l'applicabilité d'une action spécifique, puisqu'un contrat est formé¹⁵⁵.

Les deux juristes romains traitent à notre avis du même cas de base, et non pas d'un contrat atypique d'un côté et seulement d'un pacte de l'autre. Autrement dit, autant ARISTO que CELSUS abordent un contrat atypique de la forme *dedi ut dares*. La différence de résultat – donner une action contractuelle pour l'un et une action en répétition pour l'autre – tient plutôt au but pratique visé par la partie exécutante dans le cas d'espèce¹⁵⁶. Pour CELSUS, le but de la partie qui a déjà effectué la *datio* mais qui ne reçoit pas la contre-prestation est de se faire restituer les deniers transférés. Parce que le *dans* ne désire plus continuer le contrat, CELSUS propose d'intenter la répétition (*condictio*). Dans ce cas celsien, il y a bien eu un contrat, et par conséquent une *causa*, parce que l'expression type *dedi ut dares* témoigne de l'existence d'un accord et non d'un *pactum nudum*. En effet, par le terme *dedi*, on comprend que la prestation a été donnée, mais également acceptée par l'autre partie. L'acte concret d'acceptation marquée par l'exécution de la dation (*dedi*) suppose une volonté sous-jacente de contracter. Ainsi, la différence ne tient pas forcément à la question de l'existence d'une *causa* qui marquerait la distinction entre un pacte et un contrat.

La distinction tiendrait plutôt au fait que les deux juristes romains se concentrent sur des sphères différentes, d'un côté le système contractuel et de l'autre la répétition. Pour ainsi dire, d'un côté, ARISTO se focalise sur une action qui permet autre chose que la simple répétition et CELSUS, de l'autre, se concentre uniquement sur le moyen le plus approprié dans le cas d'espèce analysé, la *condictio*. En somme, CELSUS analyse la règle spécifique de l'*obligatio quam rem dati re non secuta* comme une obligation de nature différente de celle qui naît par exemple du contrat de vente. Il traite en réalité du fondement de l'action en répétition, et sous-entend qu'elle ne serait pas d'origine contractuelle.

Aussi, la *condictio* n'étant pas explicitement exclue par ARISTO, l'absence de la mention de cette action ne signifie pas pour autant qu'il rejette la possibilité de recourir à celle-ci. Quant à KNÜTEL¹⁵⁷, pour justifier l'exclusion de la *condictio* chez ARISTO, il suggère l'hypothèse consistant à dire que celui-ci, en supposant que le cas vise la

¹⁵³ SCHMIDLIN (2008) p. 120 et p. 124; KNÜTEL (1997) p. 135.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ SCHMIDLIN (2008) pp. 120 s.

¹⁵⁶ Pour cet argument du choix entre la *condictio* ou une action contractuelle comme d'ordre pratique qui doit être adaptée au cas d'espèce, voir CERAMI (1982) pp. 125 ss. *Contra*: DALLA MASSARA (2004) p. 237.

¹⁵⁷ KNÜTEL (1997) p. 136.

chose arrivant détruite chez l'*accipiens*, excluait d'office la *condictio*, puisque l'objet de l'action aurait disparu. Cependant, cette hypothèse ne peut être confirmée par le texte D. 2.14.7.2.

Par ailleurs, même si ARISTO et CELSUS traitent d'un cas dont la structure fondamentale est similaire (*do ut des*, soit un contrat atypique dénotant un rapport d'échange¹⁵⁸), cela ne signifie pas que la problématique émanant du cas d'espèce soit la même. En effet, même si ULPIANUS affirme qu'ARISTO répond à une question posée par CELSUS, nous ignorons toujours le contenu de celle-ci¹⁵⁹. L'unique point de clarté tient en ce que la réponse d'ARISTO à CELSUS se résume à l'existence d'une obligation seulement s'il y a une *causa*¹⁶⁰.

Dès lors, on ne peut ni faire correspondre la question de CELSUS, D. 12.4.16 à la réponse d'ARISTO en D. 2.14.7.2 ni construire une définition sur la base d'une opposition entre CELSUS et ARISTO qui échappe à notre connaissance. Et même si l'on voulait corrélérer ces deux fragments, on remarque qu'ils traitent de cas en réalité dissemblables et ont une approche différente: CELSUS se demande si le *dans* peut répéter, soit ne pas continuer l'exécution du contrat, alors qu'ULPIANUS utilise les propos d'ARISTO pour montrer qu'une protection des accords atypiques est possible si l'on veut exiger l'exécution de la contre-prestation.

4. Relation causale entre la *causa* et la prestation (*datio* ou *factum*)

Par ailleurs, une assimilation de la *causa* à une prestation (de but déterminé) crée une confusion entre le fondement, le but et l'objet du contrat. Pourtant, certains termes spécifiques du texte D. 2.14.7.2, indiquant une relation causale entre la *causa* et la prestation (que ce soit la première ou la seconde), s'opposent à les considérer comme synonymes. La *causa* est rationnellement antérieure à chacune des obligations, puisqu'elle les justifie. Ceci a pour conséquence que la *causa* et la prestation se trouvent dans une relation de causalité l'une par rapport à l'autre; elles ne sont pas placées sur le même plan structurel¹⁶¹.

Dans le texte d'ULPIANUS, D. 2.14.7.2¹⁶², la *causa* se situe dans une phase différente de l'exécution dans le processus logique de conclusion: elle se trouve, d'un point de vue rationnel et non nécessairement chronologique, avant l'exécution. Cette

¹⁵⁸ A noter que KNÜTEL (1997) p. 135, à la différence de SCHMIDLIN (2008) pp. 119 ss, considère qu'il y a bel et bien contrat d'échange, observation qu'il déduit de l'opposition entre cette *obligatio quam rem dati re non secuta* et le contrat de vente.

¹⁵⁹ En ce sens, voir aussi GALLO (1995) p. 101. Sur cette thématique voir aussi COLLINET (1934) pp. 93 ss.

¹⁶⁰ MACCORMACK (1985) p. 138.

¹⁶¹ Cette idée sera développée également ultérieurement, cf. *infra* p. 56 schéma n° 2, p. 56 et p. 66.

¹⁶² Pour le texte et sa traduction, cf. *infra* pp. 43 s.

idée découle de l'emploi de *subsit causa*, qui indique une *causa* sous-jacente à l'obligation. De cette manière, la *causa* constitue l'étiologie justificatrice¹⁶³ du contrat et de l'obligation – donc de l'exécution. Pour ainsi dire, la *causa* est distincte de l'obligation parce que la dation est faite en vertu d'une *causa* et est légitimée par celle-ci.

La *datio*, quant à elle, ne serait que l'objet d'une obligation contractuelle, soit une des prestations obligatoires qui initierait le mécanisme d'échange du *do ut des*¹⁶⁴, et non pas la cause du contrat en tant que telle. La dation peut néanmoins être utilisée comme une *causa* au sens de justification pour demander l'exécution. Elle peut aussi constituer une preuve manifestant l'existence d'une *causa* parce que la *datio* la véhicule. Mais cette dernière idée doit être nuancée: l'exécution de la contre-prestation doit seulement constituer un indice vraisemblable d'une *causa contractus* valable et non une assurance certaine. La prestation est la matérialisation concrète ou l'extension de la *causa contractus*, cette dernière étant une attente. Si l'on comprend pourquoi la *causa* a été définie comme «*Leistung*» (ce qui correspondrait à l'obligation), elle ne lui serait pourtant pas directement identifiable au vu des termes employés (*causa subest*). La *causa* aurait été en effet utilisée indirectement et par extension pour qualifier la prestation déjà exécutée en vue de justifier la protection de la relation d'échange.

En outre, un autre texte fait allusion au contrat d'échange et à la *causa*. Le passage *qui ex causa daretur* de PAULUS, D. 19.4.2^{165/166} semble se référer à la *causa* comme motif justifiant la dation lors d'un contrat d'échange, et non à la dation elle-même. La *causa* serait le fondement en vertu duquel on donne, soit le fondement de la dation¹⁶⁷. Chacune des prestations ne peut donc se confondre avec la *causa*¹⁶⁸, puisqu'elles sont effectuées toutes deux sur la base de la *causa* (grâce à l'emploi de la préposition *ex* qualifiée pour désigner la provenance et l'origine).

¹⁶³ Dans le même ordre d'idées, SANTORO (1983) p. 254 voit dans l'utilisation du verbe *subesse* une indication d'un aspect légitimatoire; pour GALLO (1995) p. 110, la *causa* exprimant la fonction justificatrice de la naissance de l'obligation. Voir aussi en ce sens PELLOSO (2011) p. 141, mais sur la base de *datio ut*.

¹⁶⁴ Pour reprendre les termes très explicites et pertinents de DALLA MASSARA (2013) p. 374.

¹⁶⁵ PAULUS, D. 19.4.2: «*Aristo ait, quoniam permutatio vicina esset emptioni, sanum quoque furtis noxisque solutum et non esse fugitivum servum praestandum, qui ex causa daretur*» (ARISTO dit que, puisque la *permutatio* est voisine de l'achat, il est logique aussi que l'esclave qui est donné en vertu d'une cause soit absent de ses larcins et de ses torts et qu'il faut garantir qu'il n'est pas fugitif). Ce texte sera analysé en détail *infra* pp. 67 s.

¹⁶⁶ Certains auteurs acceptent la légitimité de cette corrélation d'ULPIANUS, D. 2.14.7.2 avec ce fragment paulien (SANTORO (1983) pp. 224-227; GALLO (1995) p. 108). En particulier, GALLO (1995) p. 110 pense que le mot *causa* dans le texte paulien est employé dans un sens métonymique, à la place de *datio*, en vue d'exprimer la raison justificatrice de la création de l'obligation; l'expression aurait plutôt dû être *qui ex datione daretur*. KNÜTEL (1997) p. 142 n. 23 refuse toute corrélation entre les deux.

¹⁶⁷ SANTORO (1983) p. 226.

¹⁶⁸ SANTORO (1983) p. 226 exclut aussi l'assimilation de la *causa* à la *datio* pour ce texte D. 19.4.2.

En somme, l'obligation – représentée par les prestations (*datio* ou *factum*) et leur exécution – se fonde sur une *causa*. Ainsi, au vu de la structure sous-jacente de la *causa* (*subsistit causa*), celle-ci ne peut être identifiée avec l'exécution de l'obligation. De manière plus schématique, le fragment indique qu'il existe une *datio* + *causa* et non une *datio* = *causa*. Pour ainsi dire, la définition de la *causa* comme prestation (de but déterminé) confond l'objet matériel du contrat, le but poursuivi et le fondement sur lequel il se repose, ce qui ne paraît pas ressortir du texte D. 2.14.7.2.

5. Confusion entre *causa petendi* et *causa contractus*

En particulier, les tenants de la théorie de la *causa* comme *datio* ou « première prestation exécutée » semblent confondre la *causa petendi* (cause d'actionner en justice) et la *causa contractus* en négligeant la dimension finale attachée à la prestation¹⁶⁹. Il en résulte une confusion des conditions matérielles requises pour actionner (soit la *causa petendi* qui a pour conditions directes une convention comprenant une *causa* (*contractus/synallagma*) et la seule exécution de la première prestation¹⁷⁰) et le fondement juridique indirect de l'action (*causa contractus*). Cependant, il existe en réalité deux chaînons de causalité successifs.

La première fonction de la *causa contractus* consiste en la poursuite d'un but commun à travers le contrat et, par ce dernier, à créer des obligations civiles. La seconde fonction de la *causa* est justificative, mais de manière indirecte, dans la mesure où, à travers les conditions d'existence d'un contrat et d'exécution de la première prestation, elle sert à justifier un droit d'action. Ainsi, l'exécution seule d'une prestation, sans motif commun de contracter, ne permet pas d'intenter une telle action. Sur ce point, nous pensons que la *causa petendi* peut-être définie comme « *zweckbestimmte Leistung* » en tant que fondement direct de l'*actio*. En ce sens, il faut de préciser que celle-là se distingue de la *causa contractus*, qui représente le fondement juridique indirect de l'action.

Plus précisément, si l'on se fie au texte D. 2.14.7.2, une action en exécution peut être intentée lorsque des conditions concrètes se réalisent (fondement direct): l'existence

¹⁶⁹ Selon DALLA MASSARA (2004) p. 131, la *causa* comme *datio* ne permet pas d'expliquer l'innovation aristonienne de l'actionnabilité d'une prétention résultant d'un contrat innommé. Pour cet auteur, contrairement à nous, il semble que la *causa contractus* soit une *causa petendi*, mais il reconnaît que la *datio* revêt une certaine importance pratique pour pouvoir intenter une action en exécution. Pour une étude sur la *causa petendi*, voir DE SARLO (1948) pp. 99 ss.

¹⁷⁰ Pour DALLA MASSARA (2004) p. 145, puisque le *synallagma*, en réalisant la fonction qu'est le but commun d'échange, devient un contrat, il jouerait le rôle de garantie pour l'exécutant initial de pouvoir recourir en justice pour faire exécuter la contre-prestation. Ainsi, pour cet auteur, le *synallagma*, le contrat et la *datio* (cf. note précédente) ont toutefois une place importante dans l'attribution d'une telle action.

d'un contrat ou *synallagma*, l'exécution de la première prestation¹⁷¹ et l'inexécution de la contre-prestation, notamment en vertu du passage *esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio*¹⁷². Pour ainsi dire, une simple *datio* ne suffit pas ; il faut en plus un contrat, qui lui-même est indirectement porteur de la *causa* comme but commun¹⁷³. Et la *causa*, étant autre chose que l'exécution (du fait du *subsistit causa*) et le contrat lui-même¹⁷⁴, c'est-à-dire la première maille de la chaîne causale menant à un droit d'action en exécution, constitue un fondement indirect de l'action. Elle n'est pas la *causa petendi* en tant que telle, mais un élément contributif indirect¹⁷⁵, les conditions principales étant l'exécution de la première prestation et l'existence d'un contrat.

Nous concluons que la *causa petendi* et la *causa contractus* doivent être dissociées. Même si l'action se fonde sur les trois facteurs que sont la *causa contractus*, l'exécution de la première prestation et le contrat, ceux-ci restent distincts et ne peuvent être raisonnablement confondus : ils prennent une place différente dans la chaîne de causalité qui mène à l'*actio*. La *causa* précède ainsi le contrat et l'exécution de la première prestation parce qu'elle les motive et justifie indirectement une prétention en exécution.

Ainsi, en omettant de mentionner l'aspect final dans la relation juridique, la doctrine de la *causa* comme première prestation tend à confondre la *causa petendi* et la *causa contractus*. Cette interprétation ne correspond pourtant pas aux fonctions attribuées à la *causa* par ARISTO (but et fondement indirect pour tenter une action en exécution).

6. *Causa contractus* et *causa conditionis*: lien entre les deux notions ?

Une identité entre la *causa contractus* (en tant que *datio* ou prestation de but déterminé) et la *causa conditionis*, préconisée par la doctrine, est en réalité incertaine pour plusieurs raisons.

¹⁷¹ Pour MACCORMACK (1985) pp. 151 s., l'exécution de la première *datio* est à considérer comme une condition nécessaire pour tenter une action en exécution de la contre-prestation. En ce sens, voir aussi DALLA MASSARA (2004) p. 144, qui estime que, pour pouvoir disposer d'une action en exécution, l'exécution de la première prestation est toutefois nécessaire en raison de sa fonction constitutive dans la structure interne du *συνάλλαγμα*.

¹⁷² MAGDELAIN (1958) p. 32; DALLA MASSARA (2004) p. 144.

¹⁷³ L'importance du but commun comme justification de la prétention en exécution est également soulevée par PALMA (2016) p. 648.

¹⁷⁴ Cf. *supra* pp. 32 ss et *infra* pp. 56 ss.

¹⁷⁵ Voir aussi en ce sens de *causa* comme motif légitimant indirectement un droit d'action le fragment D. 17.1.8 pr. ; pour une interprétation de la *causa* comme motif déterminant dans ce texte, cf. GUZMÁN BRITO (2001) p. 211 (*contra*: DALLA MASSARA (2004) p. 216), ou encore comme *negotium* intégrant le but poursuivi par les parties pour fonder l'action contractuelle, cf. GEORGESCU (1940) pp. 325 ss; SANTORO (1983) p. 240; PALMA (2016) p. 648.

D'abord, le lien entre *datio* et *condictio* n'est pas clair et a même parfois été jugé inutile pour la reconstruction de l'avis des *veteres*¹⁷⁶.

La question du fondement de la *condictio* divise les spécialistes¹⁷⁷. Pour certains, la *condictio* se fonde sur la simple *datio* translatrice de propriété¹⁷⁸, ou sur un principe d'équité (*aequitas*) lorsque le motif de rétention de l'attribution patrimoniale fait défaut (sans *causa retinendi*)¹⁷⁹, ou encore sur le caractère *iniusta* de la *causa* qui s'opposerait à la *datio* comme simple présupposé factuel¹⁸⁰. Pour un autre auteur, elle serait fondée sur la *causa traditionis* et le *negotium* (acte obligatoire), dont la *datio* ne serait qu'une mise en œuvre¹⁸¹.

Il a aussi été démontré avec précision que le fondement de la *condictio* a évolué avec le temps¹⁸² et avec la multiplicité des états de fait si l'on procède par une analyse historique par auteur¹⁸³. Comme critères fondant l'application de la *condictio*, il a notamment été avancé que, pour CELSUS, le principe du *bonum et aequum* de l'attribution patrimoniale et l'absence d'une *iusta causa retinendi* étaient déterminants¹⁸⁴. Pour

¹⁷⁶ En ce sens, voir la critique de VOCI (1953) pp. 416 s.

¹⁷⁷ Le débat porte sur un grand nombre de fragments, dont notamment: D. 12.5.6; D. 12.6.33; D. 12.4.3.7; D. 12.6.66; GAIUS, Inst. 3.91.

¹⁷⁸ Pour un résumé d'une telle *opinio communis*, voir SANTORO (1970) pp. 548 s et littérature citée; pour la *datio* comme fondement de la *condictio*, mais sans qu'elle soit nécessairement translatrice de propriété, cf. HARKE (2003) p. 53 («*Sicherlich bedurfte die condictio keiner sofort gültigen Übereignung kraft einer als wirksam anerkannten causa traditionis. Statt dessen genügten die Unterstellung eines Eigentumsübergangs und eine datio im naturalistischen Sinn, welcher der Eigentumsverlust erst nachfolgte*»); EHRHARDT (1930) p. 62, à l'occasion de l'affirmation selon laquelle les datations énoncées dans PAULUS, D. 12.6.65 pr. sont toutes des *causae traditionis* et des *causae conductionis* (pp. 36 s: «*Die gemeintrechtliche Doktrin fand Zwingenden Beweis für die These von der Abstraktheit des Eigentumsüberganges durch traditio in der Tatsache, dass die condictio vertraglose Klage war und einen Eigentumsübergang voraussetzte*»); DONATUTI (1951) pp. 96 ss, voit la *datio* comme fondement ou présupposé de la *condictio*, qui se fonde sur un accord; GLÜCK (1905) pp. 541 ss; une telle conclusion serait valable pour le jurisconsulte LABEO selon SACCOCCIO (2002) pp. 267 ss; DE VISSCHER (1923) p. 86 et p. 93, la *datio* est un critère fondamental commun à plusieurs types de *condictiones*; avec précaution, PELLECCHI (1998) p. 81.

¹⁷⁹ Parmi d'autres: SCHWARZ (1952) pp. 219 ss; SIMONIUS (1953) pp. 173 s; WOLF (1970) p. 33; ZIMMERMANN (1990) pp. 854 s; MONIER (1954) p. 212; KUPISCH, *Ungerechtfertigte Bereicherung* (1987) pp. 25 s (en particulier pour la *condictio sine causa*).

¹⁸⁰ Selon SANTORO (1971) p. 220 cette considération est valable pour les jurisconsultes SABINUS et CELSUS; FARGNOLI (2001) pp. 247 ss. Cette vision est critiquée par VOCI (1953) pp. 414 s et SACCOCCIO (2002) pp. 103 ss, surtout pp. 110 s.

¹⁸¹ CORBINO (2013) pp. 152 s, p. 155, p. 160. Pour une idée similaire du *negotium* comme fondement et non la *datio*, voir HÄHNCHEN (2003) pp. 27 s.

¹⁸² SANTORO (1970) p. 579, qui considère que les présupposés de la *condictio* ont été évolutifs dans la jurisprudence classique.

¹⁸³ A ce propos, voir FARGNOLI (2001) pp. 247 ss et l'étude très complète de SACCOCCIO (2002).

¹⁸⁴ SACCOCCIO (2002) pp. 467 ss.

IULIANUS, le critère majeur serait une acquisition de propriété liée à un *negotium contractum* ou *gestum*¹⁸⁵, alors que dès GAIUS, un tournant se serait opéré avec la fixation d'un nouveau concept de contrats (fondés *consensu* et non plus *re, litteris* ou *verbis*)¹⁸⁶. Selon ce dernier jurisconsulte, l'application de la *condictio* dépendrait d'un transfert de propriété fondé sur un *contractus*¹⁸⁷.

Ces controverses sur le fondement de la *condictio* étant quelque peu éloignées de notre thématique, nous n'entendons pas les trancher et proposer une définition. Nous n'allons donc pas traiter la question en détail, mais seulement constater deux choses. D'une part, l'idée de la *causa condictiois* comme *datio* est si instable qu'elle ne fait clairement pas l'unanimité. D'autre part, ces incertitudes et ces indices contradictoires empêchent de conclure à une assimilation entre *causa contractus* et *causa condictiois*. Le fondement de la *condictio* ne semble pas avoir trouvé de véritable équivalence avec la *causa contractus*, même si l'on devait considérer cette dernière comme une *datio*.

Dans cet ordre d'idée, il semble que la *causa condictiois* comme *datio* ne peut être identifiée avec la *causa contractus*¹⁸⁸, puisqu'elles ont chacune une fonction différente dans deux contextes différents (maintenir le contrat ou non)¹⁸⁹.

En effet, si l'on s'en tient à la fonction de la *condictio*, comme un instrument visant la répétition et non une demande en dommages-intérêts liée à l'inexécution du contrat¹⁹⁰, on ne voit pas pourquoi il faudrait nécessairement lui attribuer une condition initiale analogue à celle qui fonde le contrat. La *datio*, dans le contexte des *condictiones*, n'a pas pour effet de rendre les prestations obligatoires, contrairement à la *causa* aristotélicienne, dont le but est l'exécution du contrat.

Pour ARISTO, nous verrons que la *causa* a notamment pour fonction de donner des effets contraignants à une convention protégée par une action¹⁹¹. Dans cette perspective, l'exécution de la *datio* semble être une conséquence de la *causa contractus*, indépendamment du fait que la dation soit utilisée comme prérequis pour demander la répétition.

¹⁸⁵ SACCOCCIO (2002) pp. 371 ss.

¹⁸⁶ SACCOCCIO (2002) pp. 505 ss.

¹⁸⁷ SACCOCCIO (2002) pp. 512 ss.

¹⁸⁸ C'est en ce sens que DALLA MASSARA (2013) p. 361 semble s'exprimer: «*Tuttavia, pur ammesso il nesso intercorente tra l'ambito della condictio et la costruzione aristoniana in tema di accordi atipici, non per questo è da ritenersi accreditata l'idea dell'identificazione tra causa e datio*»; voir également le même auteur (2009) p. 260.

¹⁸⁹ PAPIANUS, D. 19.5.7: «*Si tibi decem dedero, ut Stichum manumittas, et cessaveris, confestim agam praescriptis verbis, ut solvas quanti mea interest: aut, si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas*» (Si je te donne dix afin que tu affranchisses Stichus, et que tu ne t'exécutes pas, j'intenterai immédiatement l'*actio praescriptis verbis*, afin que tu rendes ce qui est dans mon intérêt: ou, s'il n'y a plus d'intérêt, je peux intenter une *condictio* contre toi, afin que tu rendes les dix).

¹⁹⁰ SCHMIDLIN (2008) pp. 120 s.

¹⁹¹ Cf. *infra* p. 54.

Or, dans le contexte des *condictiones*, la *causa contractus* aristonienne apparaît pour désigner le motif conduisant à la dation (*ob rem* ou *ob causam*)¹⁹². La *causa* comme motif, qui devait servir à justifier la présence de la nouvelle attribution dans le patrimoine de l'*accipiens*, soit existe mais n'a été mise en œuvre que partiellement (parce que la *datio* a été faite et que l'exécution n'a pas suivi), soit n'existe plus ou est devenue *iniusta*.

En somme, faire correspondre la *causa contractus* et la *causa condictionis* ne paraît pas raisonnable au vu des fonctions respectives de chaque action en justice et des incertitudes qui entourent la définition du fondement de la *condictio*. Ces deux notions sont à notre sens indépendantes.

C. Synthèse

Si une identification de la *causa* avec la *datio* ou la «*zweckbestimmte Leistung*» par la doctrine majoritaire revêt une certaine logique, elle se heurte pourtant à certains obstacles. Il a été observé que la généralité du terme *causa* ne permet pas de restreindre sa signification à l'exécution de la première prestation. La *causa* ne peut être réduite à la *datio* ou à une prestation de but déterminé («*zweckbestimmte Leistung*»). Nous pensons également que, pour ARISTO (cf. ULPIANUS, D. 2.14.7.2), il n'était pas forcément question du contrat d'échange spécifiquement, mais plutôt de contrats atypiques marquant une relation d'échange ou d'intérêt au sens générique. La définition soutenue par la doctrine ne serait valable que dans le contexte unique du contrat de *permutatio*, pour lequel il est certain que la création du contrat nécessite l'exécution de la première prestation. Or, les contrats atypiques décrits en D. 2.14.7.2 ne visent pas nécessairement et uniquement la *permutatio*.

Aussi, une définition de la *causa* basée sur le stade d'exécution du contrat ne peut être accréditée parce que celle-ci est rationnellement antérieure à l'exécution (*subsit causa*, ... *Aristo ... respondit esse obligationem*, cf. D. 2.14.7.2). La *causa* est une notion sous-jacente à l'exécution: l'exécution est le vecteur de la *causa*, notamment lorsque la *datio* est utilisée comme une *causa* pour demander l'exécution de la contre-prestation. Dans ce genre de situation, la *datio* est employée comme condition contributive directe fondant une action en exécution. La *datio* agit comme une extension de la *causa* comme motif pour fonder l'action civile, sans pour autant lui être identifiable. Cette question fera d'ailleurs l'objet d'un développement spécifique dans notre analyse¹⁹³.

¹⁹² C'est la thèse qui sera défendue dans le second chapitre de cette étude, cf. *infra* pp. 139-259.

¹⁹³ Cf. *infra* pp. 61 ss.

En outre, une définition de la *causa* comme *datio* basée sur sa compatibilité avec la *causa condictiois* n'est pas non plus soutenable pour deux raisons. D'une part, si la *datio* joue un rôle direct pour fonder une action contractuelle en exécution, tel n'est pas nécessairement le cas pour fonder un droit d'action en répétition. D'autre part, l'interdépendance de la *causa contractus* et de la *causa condictiois* ne peut être aisément vérifiée dans les sources.

Nous préférons ainsi nous écarter de la définition de la *causa* comme *datio*, bien qu'elle puisse dans certains cas être un élément nécessaire – mais pas forcément suffisant – à la conclusion de certains contrats (par ex. la *permutatio*).

Titre III: **Thèse : une approche fonctionnelle de la *causa contractus***

A. Définition de la *causa* par une approche fonctionnelle

1. Introduction : présentation de la démarche

La thèse qui sera développée sera double. Elle consiste d'une part, à prendre une approche fonctionnelle et, d'autre part, avec l'aide de celle-ci, à établir une définition de la *causa contractus*. Cette dernière se réfère selon nous aux motifs objectifs, communs et déterminés de contracter. La terminologie de motifs «objectifs», dans le sens de motifs objectivés par le droit, sera employée pour marquer une opposition avec les motifs «subjectifs», auxquels le droit n'accorde aucune espèce d'importance. La raison et la pertinence de cette distinction, découlant d'un texte d'ULPIANUS, sera abordée à titre préliminaire¹⁹⁴.

Pour comprendre la notion de *causa contractus*, une approche fonctionnelle sera adoptée. Il sera entendu par «fonction» une démarche cherchant à établir le sens d'un terme dans ses différents contextes d'application, mais non nécessairement de comprendre le mot «fonction» par «but»¹⁹⁵.

Nous verrons, dans un premier temps, que la *causa* a une fonction étiologico-justificatrice¹⁹⁶ parce que la *causa* sert de raison à l'origine de l'acte juridique et justifie ce dernier. Dans un second temps, nous observerons qu'elle revêt une fonction téléolo-

¹⁹⁴ Cf. *infra* pp. 44 ss.

¹⁹⁵ PALMA (2016) p. 647, DALLA MASSARA (2004) p. 148, (2013) p. 364 et (2009) p. 265 et THOMAS (1976) p. 5 considèrent comme nous que la *causa* doit être définie par sa fonction. Néanmoins, DALLA MASSARA (2004) pp. 148 s précise que, si la *causa* se définit par sa fonction, cette dernière doit être considérée comme le but objectif poursuivi par les parties à travers le contrat. Ce dernier auteur élabore une définition fonctionnelle d'abord dans un ouvrage en 2004 pp. 138 ss, puis dans des articles successifs (2006, 2009 et 2013), où il réaffirme sa position.

¹⁹⁶ Cf. *infra* pp. 54 ss.

gique puisqu'un but est poursuivi à travers la *causa*¹⁹⁷. La terminologie de «motif»¹⁹⁸, pouvant désigner à la fois ces deux applications fonctionnelles que sont le but et la raison justificative, a été choisie; elle peut englober ces deux sens¹⁹⁹. L'interaction de ces deux fonctions et le caractère objectif du motif, par opposition au motif subjectif²⁰⁰, seront discutés dans un second temps²⁰¹.

L'idée générale qui sera développée dans cette étude peut être schématisée comme suit:

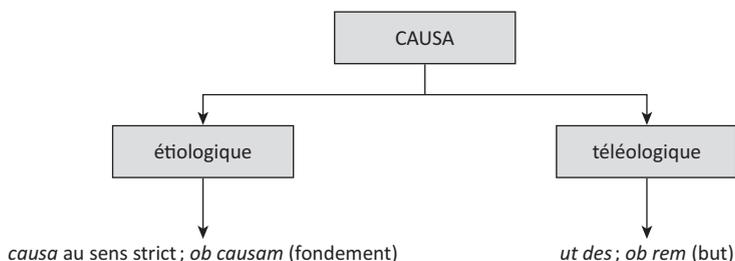


Schéma n° 1: La *causa* et ses composantes fonctionnelles

La définition que nous proposons va prendre essor autour de ces deux axes fonctionnels, dégagés principalement à partir du fragment d'ULPIANUS, D. 2.14.7.2, mais également corroborés par d'autres textes abordant des thématiques similaires²⁰².

¹⁹⁷ Ces deux éléments semblent ressortir d'une manière ou d'une autre chez certains auteurs de chacun des deux pans de doctrines (présentés *supra* p. 16 et pp. 19 s). En effet, plusieurs romanistes semblent se rejoindre sur la valeur étiologique et téléologique de la *causa*, mais sans leur accorder la même place et importance dans leurs théories respectives (cf. par ex. SANTORO (1983) pp. 253 s; PELLOSO (2011) p. 141 et DALLA MASSARA (2004) pp. 52 s et pp. 289 s; SCIANDRELLO (2001) p. 260 n. 138).

¹⁹⁸ Certains auteurs (cf. *infra* p. 47 n. 215) ont déjà employé cette terminologie de motif pour désigner la *causa* dans sa dimension purement subjective, mais peu l'ont considérée dans le sens de «motif objectif» (l'aspect objectif du motif commun semble reconnu implicitement par LANTELLA (1994) p. 117).

¹⁹⁹ Dans la langue française, selon le *TLF* vol. 11 (1985) p. 1115, le «motif» se définit comme «élément d'ordre (généralement) mental qui incite à agir ou, selon le cas, à réagir (en fournissant, le cas échéant et à posteriori, une justification de l'action ou de la réaction)». Selon le *TLF* vol. 11 (1985) pp. 1115 s, tout comme le *DES* (cf. <https://crisco2.unicaen.fr/des/synonymes/motif>, consulté le 27.04.2021), le terme motif peut désigner le but ou la raison.

L'existence du lien entre les notions de *causa* comme fondement, motif et but dans la langue juridique latine est soulevée par HEUMANN/SECKEL (1907) p. 59, qui définissent la *causa* comme fondement du comportement de l'homme, qui dans certains cas peut désigner le motif ou le but de l'action.

²⁰⁰ Sur l'origine de la division entre motifs objectifs et subjectifs, cf. analyse de D. 2.14.1.3, *infra* pp. 44 ss.

²⁰¹ Cf. *infra* pp. 75 ss.

²⁰² D. 2.14.7.4; D. 19.4.2, D. 44.7.3.1; D. 19.5.8 *in fine*; D. 41.1.36 *in fine*.

Le choix d'analyser le fragment D. 2.14.7.2 s'explique par son importance en la matière; il s'agit du texte le plus riche qui nous soit parvenu. Outre le fait qu'il dénote un caractère général et abstrait, il se présente aussi comme un témoignage classique (remontant jusqu'à ARISTO) de la consécration juridique d'une nouvelle forme de contrat que sont les contrats atypiques et de leur protection²⁰³. Ne rentrant pas dans les catégories usuelles, il fallait trouver un moyen de les protéger tout autant que les contrats typiques.

Avant de passer à la démonstration proprement dite des fonctions de la *causa* (2.1.2 et 3), nous appréhenderons d'abord le contexte du fragment D. 2.14.7.2 et évaluerons les différentes problématiques connexes qui pourraient avoir une influence sur l'analyse du terme *causa*. Dans ce cadre, après avoir examiné le contexte général de la rubrique *De pactis* dans laquelle se trouve D. 2.14.7.2 (2.1.1.1), nous étudierons les caractéristiques principales du fragment D. 2.14.7.2 (2.1.1.2). Ensuite, nous analyserons la qualification d'«innommée» des contrats que ce texte entend traiter (2.1.1.3) et discuterons enfin le problème de l'ambiguïté terminologique posée par ce texte (2.1.1.4).

2. La dimension étimologique de la *causa*

2.1. ULPIANUS, D. 2.14.7 pr./1/2/4

ULPIANUS, D. 2.14.7.1/2/4

(Pr.) «*Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones*».

Certaines conventions du droit des gens produisent des actions, d'autres des exceptions.

(1) «*Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus*».

Celles (les conventions) qui produisent des actions ne sont pas établies selon leur propre nom, mais passent dans un nom particulier de contrat: par exemple l'achat-vente, la location-conduction, la société, le prêt à consommation, le dépôt et les autres contrats semblables.

(2) «*Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio*».

²⁰³ En ce sens, voir CANNATA (2012) p. 307.

Mais et si l'affaire ne passe pas en vertu d'un contrat particulier, [et qu']il y a pourtant une cause sous-jacente, ARISTO répondit avec distinction à CELSUS qu'il existe une obligation. Par exemple, je t'ai donné une chose pour que tu m'en donnes une autre, je t'ai donné afin que tu fasses quelque chose: il dit que ceci est un *συνάλλαγμα* (*synallagma*) et qu'à partir de là naît une obligation civile. Et, pour cette raison, je pense que IULIANUS a été critiqué justement par MAURICIANUS dans ce cas: je t'ai donné Stichus, afin que tu affranchisses Pamphilus; tu l'as affranchi; Stichus est objet d'éviction. IULIANUS écrit que le prêteur doit donner une *actio civilis incerti*; celui-là affirme qu'une *actio praescriptis verbis* suffit, c'est-à-dire une action reposant sur ce qui a été dit; qu'en effet c'est un contrat, qu'ARISTO appelle *συνάλλαγμα*, d'où naît cette action.

(4) «*Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*».

Mais lorsqu'il n'y a aucune cause sous-jacente, il est établi qu'une obligation ne peut être constituée en vertu d'une convention: un pacte nu ne donne pas lieu à une obligation, mais à une exception.

2.1.1. Remarques préliminaires à propos du contexte

2.1.1.1. Contexte général: terminologie employée dans la rubrique *De pactis*

Afin de mieux appréhender le fragment d'ULPIANUS, D. 2.14.7.2, texte central pour cerner la notion de *causa*, nous allons tout d'abord présenter le texte d'ULPIANUS, D. 2.14.1.3 *ab initio*. Ce texte revêt une importance certaine, dans la mesure où il aborde la définition d'une *conventio* (convention) et parle de *motus* (motif).

ULPIANUS, D. 2.14.1.3 *ab initio*

«*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.*»

Le terme général de *conventio* s'applique à tout ce sur quoi s'entendent ceux qui interagissent (les parties) pour contracter et transiger une affaire: c'est que de même qu'on emploie le verbe *convenire* pour dire que des hommes en provenance de lieux différents se rassemblent et arrivent à un même endroit, on l'emploie aussi pour des hommes aux motivations divergentes qui s'entendent sur une chose, c'est-à-dire qu'ils parviennent à une même opinion.

Dans cet extrait, il est question de la définition de la *conventio* comme effet d'un *consensus*²⁰⁴ et plus particulièrement des motifs divergents de chaque négociant

²⁰⁴ Voir en ce sens SIRKS (2014) p. 144. Pour cet auteur, la notion antique de *consensus* renvoie à une notion purement subjective et philosophique d'un «*true meeting of the mind*», par opposition aux actes concrets manifestant l'intention (pp. 144 s et p. 152).

dans le cadre de la conclusion d'un contrat ou d'un accord. Les termes *conventio* et *consensus*, pouvant désigner tous deux la notion d'accord²⁰⁵, sont des notions générales qui se réfèrent à tout processus contractuel²⁰⁶. Elles s'appliquent pour ULPIANUS à tout contrat (actionnable, comme *contractus in nomen proprium*, ou non), car chaque contrat contient une convention si l'on en croit la formulation *nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem*. Selon certains auteurs, ces deux termes seraient donc parfois synonymes²⁰⁷. Selon la doctrine majoritaire, le vocable *conventio* serait par ailleurs un équivalent de *pactum conventum* dans un usage non technique du terme²⁰⁸. Cependant, ces notions *pactum* et *pactum nudum* ne seront pas plus abordées dans cette étude, de même que leur interaction avec le terme *causa*, car elles ne déterminent pas le sens de celle-ci malgré leur connexité.

Il est clairement énoncé que les négociants ont leurs motifs respectifs et subjectifs de contracter puisque ces motifs sont dits divergents (*ex diversis animi motibus*). Cependant, cette divergence de volonté n'est pas un obstacle à la naissance du *consensus* et donc à la conclusion d'un contrat (*quis negotii contrahendi*). L'usage de la préposition *ex* démontre que les motifs divergents sont un point de départ – *i.e.* un point de vue,

²⁰⁵ HEUMANN/SECKEL (1907) p. 107, «*conventio*» signifie «*Übereinkunft*», soit l'accord et p. 95, «*consensus*» peut être désigné comme «*Einwilligung*» et plus précisément comme «*Übereinstimmung*», soit également comme un accord.

²⁰⁶ Pour désigner ainsi la *conventio*, cf. SCHERMAIER (2014) p. 113.

²⁰⁷ ZIMMERMANN (1990) p. 563. Selon la théorie de SCHERMAIER (2014) pp. 113 s, le *consensus* était à l'origine différent de la *conventio*, dans la mesure où il désignait initialement les contrats consensuels, mais dont la généralisation comme «accord» a induit une confusion des deux en un concept abstrait chez ULPIANUS, voire chez PAULUS (cf. pp. 117 s).

²⁰⁸ MAGDELAIN (1958) p. 30 considère les contrats consensuels comme des *pacta*. Cet auteur soutient qu'au Principat, le terme *pactum* est un synonyme de *conventio* (p. 49); il aurait un sens d'«accord». A ce propos voir aussi TALAMANCA (2006) p. 60; SCHWARZ (1952) p. 160; KASER (1971) p. 527; KNÜTEL (1997) p. 143; SCHMIDLIN (2008) p. 119. Voir aussi en ce sens STURM (1990) p. 164, pour qui *pactum* aurait perdu son sens technique d'«*accordo transattivo*»; il s'oppose ainsi p. 163 à la thèse de KOSCHAKER (1925) pp. 155 s n. 5. Pour une idée du *pactum conventum* comme une expression pléonastique, voir FERRINI (1929) pp. 249 s. Pour le *pactum conventum* comme un usage non technique pour désigner un simple accord après LABEO, voir BISCOTTI (2002) p. 435 et pp. 439 ss. Pour MAYER-MALY (1991) p. 87, les accords non qualifiés comme des contrats reconnus (soit les contrats «innommés») sont des *pacta*. Quant à GROSSO (1963) p. 188, il soulève que le *pactum* serait considéré par ULPIANUS, D. 2.14.1.4 comme étant «*tra le convenzioni che in aliud nomen transeunt*». DIÒSDI (1971) p. 92 reste critique à l'égard de cette doctrine bien établie en estimant p. 105 que *pactum* signifie «accord qui se rapporte à un contrat ou qui est basé sur une relation ou un fait préexistant». Cependant, dans une étude ultérieure, il semble admettre que parfois *pactum* est synonyme de *conventio* (DIÒSDI (1981) p. 126 n. 217). DE FRANCISCI (1916) p. 480 voit une différence dans le fait que le *pactum* serait le consensus suffisant, l'accord contenu dans la *conventio*, alors que la *conventio* serait une stipulation contractuelle («*clausole contrattuali*», cf. p. 481).

une idée différente, à partir desquels les négociants vont discuter jusqu'à arriver à une opinion commune.

Cette interprétation est confortée par l'analogie spatiale et téléologique esquissée par ULPIANUS (*nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt*). Dans cette proposition, le juriste romain insiste sur la provenance différente des protagonistes, puis aborde la question de leur mobilisation en vue d'un rassemblement commun. Cette comparaison est frappante car elle permet une compréhension claire du fragment: à l'image des individus rassemblés provenant de lieux différents, la volonté devient commune sur un élément qui les rassemble, alors qu'à l'origine de cette opinion réciproque, les motifs individuels recouvrent un aspect purement intéressé et personnel. Il est d'autant plus intéressant de comparer ces motifs à la provenance spatiale de l'individu. De manière analogue à cette provenance spatiale, les motifs qui poussent à agir sont individuels et caractérisent l'identité particulière en se référant à la volonté propre du protagoniste. Lors d'un accord sur un élément, les protagonistes sont caractérisés par leurs motivations subjectives et profondes, qui restent quant à elles divergentes.

La volonté aurait en somme deux pendants: un motif purement personnel qui diffère forcément d'un négociant à l'autre²⁰⁹ – qu'on peut aussi qualifier d'intérêt personnel à contracter²¹⁰; un motif simplement objectif à la base du *consensus*, ce dernier étant une convergence des intentions («*common will*»)²¹¹ sur le but objectif auquel le droit accorde des effets juridiques et qui poussent les parties à s'engager²¹². Dans ce dernier pendant volitif, l'attente individuelle va ainsi se transformer en attente commune²¹³, mutuelle et réciproque de contre-prestation²¹⁴ pour revêtir la forme d'une *conventio* contraignante dès la manifestation de chacune d'elles. En ce sens, nous pensons qu'ULPIANUS, D. 2.14.1.3 procède à une distinction entre motifs subjectifs et objectifs.

²⁰⁹ MEYER-PRITZL (1998) p. 102.

²¹⁰ De la même manière, pour DALLA MASSARA (2004) p. 150, les motifs subjectifs correspondent aux intérêts individuels qui motivent les parties à contracter; il ajoute que ces intérêts ne sont pas pertinents sur le plan juridique; dans le même ordre d'idées, voir BEHREND (1990) p. 350.

²¹¹ Ainsi, voir SCHERMAIER (2014) p. 111, pour qui la convention n'est pas le résultat de deux volontés uniques en soi notables. De la même manière, voir BABUSIAUX (2006) et ZIMMERMANN (1990) pp. 563 s n. 118, qui défendent la thèse du *consensus* comme volonté unique des parties («*Parteiwille*»), et non comme construction de deux volontés. Pour une étude approfondie de la notion de *consensus*, voir l'ouvrage de CASCIONE (2003) et en particulier à propos du *consensus* dans le contexte édictal, cf. pp. 201 ss.

²¹² Ces deux facettes de la volonté, l'une subjective, l'autre objective, sont aussi observées par DALLA MASSARA (2004) p. 150.

²¹³ Sur cette idée d'attente commune, voir aussi BEHREND (1990) p. 351.

²¹⁴ Nous analyserons en détail (cf. *infra* pp. 75 ss) ce versant de la volonté que nous qualifions d'*objectif*.

Pour ces raisons, nous adoptons la terminologie de motifs subjectifs pour désigner les *ex diversis animi motibus*, qui s'oppose à celle de motifs objectifs²¹⁵, qui nous occupera ultérieurement. Cette terminologie constituera le fil conducteur de cette étude.

2.1.1.2. Caractère général du fragment

Les propos d'ARISTO rapportés par ULPIANUS, D. 2.14.7.2 comportent une dimension générale et abstraite²¹⁶, autant du point de vue de la lettre que de l'esprit du fragment.

Si l'on s'attarde d'abord sur le contexte général de la rubrique *De pactis*, on remarque qu'ULPIANUS adopte une démarche descriptive générale des différents actes pouvant mener à une action en justice ou une exception. Par exemple, dans le passage D. 2.14.7.1, il décrit de manière générale et abstraite la faculté d'intenter une action pour des prétentions relevant de *contractus* typiques comme l'achat-vente. A l'alinéa suivant (D. 2.14.7.2), il applique le même principe à des cas ne rentrant pas dans cette catégorie, à savoir les contrats atypiques. Ces contrats en tant que relations d'échange d'intérêts réciproques (*synallagmata*), bien qu'atypiques, doivent également être protégés par une action²¹⁷, d'où la portée générale des propos d'ULPIANUS.

Ensuite, une applicabilité générale et universelle de la *causa* à tous les contrats se comprend des termes mêmes du fragment D. 2.14.7.2 (si l'affaire ne passe pas par un contrat déterminé, mais qu'il existe toutefois une *causa* sous-jacente (*subsit causa*)). La deuxième partie de ce passage suggère que la *causa* existe dans deux genres de contrats: les contrats auxquels l'ordre juridique accorde une protection spécifique et ceux qui n'en ont pas. Il découle de l'applicabilité générale de la *causa contractus*

²¹⁵ Cf. *infra* pp. 75 ss. Pour une terminologie de la *causa* comme « motif », voir aussi LANTELLA (1994) p. 117; HUSCHKE (1879) pp. 324 ss, où la *causa* est le motif qui conduit à l'acte juridique contractuel ou non, ainsi qu'au transfert de propriété par *traditio*; GEORGESCU (1940) pp. 144 ss, pense que la *causa* est un motif subjectif qui a des conséquences juridiques. Selon nous, cette interprétation est difficile à croire car ULPIANUS, D. 2.14.7.1 montre qu'il y a une différence entre les raisons subjectives et respectives qui amènent les parties à contracter et le but commun de contracter; BENEDEK (1962) p. 156 estime qu'il n'y a pas de différence psychologique entre la *causa* et le motif subjectif, dans la mesure où les deux sont des manifestations de conscience, mais ils seraient à traiter différemment dans le sens que la *causa* requiert une manifestation extérieure de l'autre partie, alors que le motif est purement intérieur et non pertinent juridiquement. Par cette idée, BENEDEK s'oppose à celle d'HOFMANN (1873) pp. 100-104, qui différencie du motif la *causa subjective* comme but. BETTI (1947) p. 107 estime que, « d'un point de vue psychologique, il n'y a pas de différence qualitative entre la *causa* subjectivement comprise (comme une détermination causale typique) et les simples motifs individuels: parce que la *causa* devient un motif parmi les motifs ».

²¹⁶ *Contra*: SARGENTI (1988) p. 29. ARISTO se limiterait à donner une qualification d'un état de fait concret et pas à résoudre la question d'une définition abstraite du contrat (SARGENTI (1997) p. 146).

²¹⁷ La question d'une application générale du *synallagma* est d'ailleurs déjà présente chez LABEO, que ce dernier utilise pour qualifier des contrats typiques (ULPIANUS, D. 50.16.19).

que cette dernière est inhérente à l'existence d'un contrat. L'inverse n'est pas nécessairement vrai; l'existence d'une *causa* peut supposer celle d'un *contractus*, mais pas forcément. En effet, l'impact de la *causa* n'est pas le même pour tous les contrats: elle semble être une condition nécessaire et parfois suffisante pour les contrats atypiques, mais seulement contributive pour certains contrats typiques comme les contrats *re*²¹⁸. Pour les premiers, il est probable que la *causa* donne son caractère obligatoire à la convention, et donc la transforme en un contrat²¹⁹. Quant à la question de l'action civile découlant de tout contrat, la *causa* paraît aussi être une condition nécessaire. Chaque contrat se base donc sur une *causa* pour produire une action civile²²⁰, assertion d'ailleurs confirmée par un autre texte d'ULPIANUS²²¹.

De surcroît, la généralité découle de l'usage des formulations exemplatives *dedi ut dares/dedi ut facias*, représentant des relations d'échange-types. Ces formulations revêtent un caractère générique et paradigmatique²²² dans la mesure où elles constituent une base applicable à n'importe quelle convention ayant un rapport d'échange d'intérêt réciproque (synallagmatique).

Plus précisément, ces expressions revêtent un caractère illustratif et un champ sémantique large de sorte qu'elles peuvent se référer à un ensemble générique de contrats à structure similaire qualifié de *synallagma*. D'une part, le texte leur accorde une valeur illustrative par la double conjonction *ut puta* (i.e. par exemple) qui les introduit. D'autre part, cet aspect générique découle des formulations *dedi ut dares*, *dedi ut facias* parce qu'elles sont exprimées en termes sémantiques vastes: les verbes *donner* et *faire* peuvent recouvrir une multitude de situations concrètes. La nature générique de la seconde expression est en outre confirmée par son utilisation comme paradigme pour un cas concret; le modèle *dedi ut facias* est lui-même illustré par un exemple concret. Ce dernier consiste en un contrat, où l'une des parties donne l'esclave Stichus en échange d'une manumission de l'esclave Pamphilus. On voit que le *synallagma* est expliqué par un modèle générique, qui lui-même est illustré par un cas concret.

²¹⁸ Sur cette question, nous renvoyons à nos développements *supra* pp. 25 ss.

²¹⁹ SANTORO (1983) p. 227.

²²⁰ SANTORO (1983) p. 240.

²²¹ ULPIANUS, D. 17.1.8 pr.: «*Si procuratorem dederō nec instrumenta mihi causae reddat, qua actione mihi teneatur? Et Labeo putat mandati eum teneri nec esse probabilem sententiam existimantium ex hac causa agi posse depositi: uniuscuiusque enim contractus initium spectandum et causam*» (Si j'ai nommé un procurateur et qu'il ne me rend pas les instruments de la cause, par quelle action peut-il être tenu envers moi? Et LABEO pense qu'il est tenu en vertu du mandat et que l'avis de ceux qui estiment qu'il peut être intenté une action en vertu de cette cause de dépôt n'est pas raisonnable: en effet, il faut regarder le début et la cause de chaque contrat).

²²² Dans le sens du *do ut des/do ut facias* comme expressions paradigmatiques, cf. aussi DALLA MASSARA (2013) pp. 374 ss.

En outre, ce genre de formulations (*do ut des/do ut facias*, mais également *facio ut des/facio ut facias*) se présente dans d'autres textes de manière tout aussi générale comme modèle pour des cas concrets et pratiques²²³. La casuistique utilise donc ces expressions en tant que formule et leur corollaire de protection par un droit d'action comme des paradigmes applicables à des cas similaires.

Il résulte aussi de ces observations que ces structures contractuelles sont d'une telle simplicité qu'elles s'apparentent à l'essence même de tout contrat. L'assimilation du *do ut des* à la notion de contrat est d'ailleurs mise en évidence par le texte lui-même: ULPIANUS désigne celui-là en tant que *synallagma*, dont ARISTO donne une définition générique de *contractum*. L'analogie est d'autant plus intéressante que, pour tout contrat, chaque partie compte obtenir un avantage, représenté par une relation d'échange.

Pour ainsi dire, les *dedi ut dares*, *dedi ut facias*, *facio ut dares*, *facio ut facias* sont employés comme des formulations-types de nature assez générale, regroupant tous les contrats constitués d'une telle structure, et non comme désignant uniquement le contrat d'échange en tant que tel (*permutatio*)²²⁴.

L'aspect paradigmatique et général du fragment porte à penser que la *causa* du texte d'ULPIANUS, D. 2.14.7.2 révèle un certain degré de conceptualisation de la notion de contrat dans le but d'accorder à ce dernier une protection par une action.

2.1.1.3. Dichotomie des contrats 'nommés-innommés' pour la période classique: classification adaptée?

La qualification des relations visées à l'al. 2 (*in alium contractum res non transeat*) en contrats «innommés» (qualification usuellement donnée par la doctrine) paraît douteuse pour la période classique²²⁵. En effet, l'expression de contrat «innommé» byzantine (ἀνώνομον συνάλλαγμα)²²⁶ n'apparaît pas dans le texte d'ULPIANUS,

²²³ D. 19.5.5 pr.: «*aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias: in quibus quaeritur, quae obligatio nascatur*»; D. 19.5.5.1: «*Explicitus est articulus ille do ut des*»; D. 19.5.5.2: «*At cum do ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit*»; D. 19.5.5.4: «*Sed si facio ut facias, haec species tractatus plures recipit. Nam si pacti sumus, ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romae, vel ut tu in meo, ego in tuo solo aedificem, et ego aedificavi et tu cessas*»; D. 39.6.35.3: «*quod ea quae dantur aut ita dantur, ut aliquid facias, aut ut ego aliquid faciam, aut ut Lucius Titius, aut ut aliquid optingat*».

²²⁴ Cette idée est également admise par MELILLO (1994) p. 216: «*Ulpiano fa appunto il caso che «dedi tibi rem ut aliam mihi dares», che se non è sicuramente una permuta con la contestualità delle dazioni, certamente ne costituisce una sostanziale variante*».

²²⁵ En ce sens, voir aussi SOBczyk (2018) p. 178 n. 7; MAGDELAIN (1958) pp. 31 s.

²²⁶ Cf. notamment *Basilica* 20.4.3 (SCHELTEMA/VAN DER WAL Series A vol.3 (1960) p. 1008).

D. 2.14.7.2. La division entre contrats *nommés-innommés* semble survenir plus tardivement; elle serait le fruit d'une évolution byzantine, voire médiévale²²⁷.

Cette hypothèse n'est pas prise en considération par la plupart des auteurs modernes qui persistent à qualifier ces contrats d'«innommés»²²⁸. Ils se fondent sur la dénomination des contrats nommés de l'al. 1 (*in proprium nomen contractus*) pour interpréter *in alium contractum res non transeat* de l'al. 2. Les contrats visés dans ce dernier passage, par opposition aux contrats nommés de l'al. 1, devraient être qualifiés de contrats sans nom.

Cette déduction ne paraît pas correspondre à la lettre du texte D. 2.14.7.2. Deux arguments démontrent l'absence d'une telle division pour la période de droit classique. Le premier consiste à dire que, bien qu'il existe une opposition entre les al. 1 et 2 d'ULPIANUS, D. 2.14.7, l'al. 2 ne mentionne pas explicitement le caractère «innommé» des contrats abordés. Le second tient à l'existence d'un contrat appartenant à la catégorie de ce même al. 2, mais portant un nom, c'est-à-dire le contrat d'échange (*permutatio*).

Premièrement, la locution *in alium contractum res non transeat* ne contient pas de mention expresse des contrats sans nom; le terme *inominatus*, qui serait la translittération de ἀνόνομον, n'est pas usité. La clé réside donc en l'adjectif qualificatif attaché à *contractum*. Ce type de contrat n'est pas *inominatus*, mais *alius*²²⁹, soit un *autre* contrat. Par l'emploi de cet adjectif indéfini accompagnant *contractum*, ULPIANUS entend se référer aux contrats cités dans l'al. 1 (soit les *proprium nomen contractus*, caractérisés par l'énumération de contrats et l'extension *et ceteri similes contractus*²³⁰)²³¹. La présence du *nomen proprium* dans l'al. 1 s'explique, d'une part, par le fait que ces contrats «nommés» ont été pourvus d'une rubrique dans l'Edit du préteur leur accordant une action spécifique, au contraire des contrats visés par l'al. 2²³². D'autre part, ULPIANUS cherche à distinguer les conventions générales (*conven-*

²²⁷ MAGDELAIN (1958) pp. 31 s; GIRARD (1906) p. 587; DE FRANCISCI (1916) pp. 518 s; SOBCZYK (2018) p. 178 n. 7. Son existence médiévale est de toute manière attestée par le *Corpus Brachylogus* 3.8, où un titre «*De contractu innominato*» lui est consacré (pour le texte, voir BOECKING (1829) pp. 88 s).

²²⁸ Parmi d'autres: CANNATA (2012) p. 303; MACCORMACK (1985) pp. 131 ss; MEYER-PRITZL (1998) p. 112; EHRHARDT (1930) p. 107; DE FRANCISCI (1913-1916). KNÜTEL (1997) p. 134 n'emploie pas le terme «innommé» et tente de contourner la difficulté en parlant de «*le convenzione del § 2 [...] quelle dove non si trova alcun particolare nome o tipo*».

²²⁹ L'authenticité du terme *alius* est par ailleurs contestée par PEROZZI (1948) p. 414 n. 1, SARGENTI (1988) p. 29 et BETTI (1915) p. 21 qui la remplace par *huiusmodi*.

²³⁰ SARGENTI (1988) pp. 63 s remet en doute l'authenticité de cette partie du texte (*commodatus, depositi et ceteri similes contractus*).

²³¹ Selon DALLA MASSARA (2004) p. 100, l'adjectif *alius* exprime l'appartenance à différentes espèces du même genre de contrat que sont les *proprium nomen contractus*.

²³² MAGDELAIN (1958) p. 32.

tiones ou *pacta*, qui n'ont pas de nom particulier) des contrats précis réglés par la loi, portant un *nomen proprium*²³³ et protégés par des actions qui leur sont propres²³⁴. Accorder un nom à certains contrats ne serait donc qu'une conséquence de l'attribution d'une action spécifique édictale à chacun.

Dès lors, ULPIANUS procède par exclusion: il aborde délibérément la thématique de certains contrats, qui ne sont pas ceux désignés dans D. 2.14.7.1. Il ne se concentre pas sur des contrats «innommés», mais sur des contrats atypiques qui ne sont pas pourvus d'une action spécifique. L'opposition est ainsi davantage liée à l'absence d'une action contractuelle typique dans l'Edit pour certains contrats qu'à une distinction fondée sur le nom²³⁵.

Secondement, la présence du contrat d'échange (*permutatio*), soit un contrat nommé²³⁶, rentrant dans la structure des *do ut des*, montre que le critère de division ne se situe pas autour de la dénomination de la relation juridique. Il est certes vrai que la référence à la *permutatio* n'est pas directe et que le *do ut des* est une formulation assez générale. Cependant, le contrat d'échange rentre bien dans la configuration énoncée à l'al. 2 et non à l'al. 1²³⁷, puisque plusieurs textes le distinguent du contrat d'achat-vente, même s'ils établissent une certaine similitude²³⁸. Qualifier d'innommé un contrat qui porte bien un nom ne paraît pas adéquat. D'ailleurs, si l'on considérait comme valable un critère de distinction fondé sur le nom, le contrat d'échange ne rentrerait pas dans la catégorie énoncée dans l'al. 2, mais plutôt dans l'al. 1, ce qui ne semble pas correspondre à la typicité des actions édictales d'ULPIANUS²³⁹. La *permutatio* a pour cette raison été rangée par un auteur moderne dans une catégorie nouvelle de «typicité substantielle»²⁴⁰, dont l'effet dogmatique de création d'une cascade de catégories ne semble pourtant pas correspondre aux textes. Un critère fondé sur

²³³ MAGDELAIN (1958) p. 32; MEYER-PRITZL (1998) p. 107.

²³⁴ Cette idée ressort notamment dans ULPIANUS, D. 2.14.7 pr.: «*Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones*» (Certaines conventions du droit de gens produisent des actions, d'autres des exceptions).

²³⁵ Dans un sens similaire, voir BIONDI (1965) pp. 514 s, pour qui ces contrats sont «*atipici*» en raison de leur reconnaissance comme catégorie de convention ayant pour trait commun une action unique.

²³⁶ Dans le même sens, MAGDELAIN (1958) p. 32.

²³⁷ *Contra*: PALMA (2016) p. 649.

²³⁸ Pour une différence entre la *permutatio* et les *in nomen proprium contractus*: D. 19.4.1 pr.; D. 19.4.1.2; D. 19.5.5.1. Pour un témoignage des classiques par les *Institutiones* de IUSTINIANUS, cf. Inst. 3.23.2: «*sed Proculi sententia, dicentis permutationem propriam esse speciem contractus a venditione separatam, merito praevaluit*» (Mais l'avis de PROCULUS qui dit que la *permutatio* propre est une sorte de contrat distinct de la vente a prévalu à juste titre). Pour un rapprochement avec le contrat d'*emptio-venditio*: D. 19.4.2.

²³⁹ PALMA (2016) p. 649.

²⁴⁰ PALMA (2016) p. 649 la qualifie de «*tipicità sostanziale*» puisque ce rapport contractuel a une dénomination propre dans la pratique.

leur atypicité²⁴¹ semble plus approprié, car il marquerait l'absence d'une protection juridique qui leur est propre.

En conclusion, la particularité des contrats de D. 2.14.7.2 résulte non pas de leur absence de nom, mais plutôt de l'absence d'une protection juridique qui leur serait propre. Cette caractéristique empêchait de les considérer dans l'Edit comme contrat de vente, de mandat, de bail, d'entreprise, de société ou de *similes contractus*. Si une catégorisation conceptuelle est survenue plus tardivement, il demeure que, pour la période de droit classique, il serait préférable de parler de contrats «typiques» pour ceux abordés à l'al. 1 et «atypiques» pour ceux traités à l'al. 2.

Pour ces raisons, nous adopterons dans cette étude la terminologie de «contrats atypiques» en parlant des contrats qualifiés abusivement d'«innommés» et typiques pour les contrats «nommés»²⁴². Nous préférons qualifier ces contrats comme «atypiques», en raison de leur caractéristique de contrats non protégés par une action spécifique. Cela ne signifie néanmoins pas forcément qu'ils fussent moins appliqués qu'un contrat d'achat-vente. Il est possible qu'à cause de la simplicité de leur structure, leur pratique courante posait moins de difficulté aux juristes classiques que les contrats plus complexes *in nomen proprium*, qui requéraient une protection spécifique et expresse.

2.1.1.4. Difficultés d'interprétation liées à l'ambiguïté des termes

Une difficulté particulière réside dans la locution *res non transeat* du fragment d'ULPIANUS, D. 2.14.7.2. Le terme *res* est ambigu du fait de son caractère vague. Ce problème se reflète dans la doctrine qui n'a pas trouvé de consensus pour désigner ce terme. *Res* a été traduit par «*negozio*» ou «*Geschäft*»²⁴³ (*i.e.* transaction), «affaire ou convention qui s'insère dans un fait»²⁴⁴, «convention»²⁴⁵, «fait de la convention»²⁴⁶, «état de fait contractuel objectivement considéré»²⁴⁷, «structure globale des intérêts poursuivis par les parties» et «*oggetto della convenzione*»²⁴⁸, ou finalement par

²⁴¹ Pour ceux qui utilisent la même terminologie, cf. *infra* p. 52 n. 242.

²⁴² Pour une terminologie similaire, voir aussi SANTORO (1997) pp. 85-130 et (2006) pp. 221-278; PALMA (2016) p. 636, p. 649 et p. 650; PELLOSO (2011) pp. 131 s; DALLA MASSARA (2013) p. 361; BIONDI (1965) pp. 514 s; DONADIO (2010) p. 54.

²⁴³ KNÜTEL (1997) p. 134; WUNNER (1964) p. 35.

²⁴⁴ SANTORO (1983) p. 213: «*contentarci di tradurlo con «affare», riservandoci di dimostrare come la scelta del termine sia dovuta al bisogno di indicare il momento «reale» del negozio, consistente nel dare*»; PELLOSO (2007) p. 71; PELLOSO (2011) p. 133 et p. 131 où il va jusqu'à préciser que *res* ne peut pas être qualifiée de *contractus*.

²⁴⁵ PEROZZI (1948) p. 414 n. 1; GUZMÁN BRITO (2001) p. 241.

²⁴⁶ SCHIAVONE (1991) p. 148.

²⁴⁷ SARGENTI (1988) p. 29; DALLA MASSARA (2004) pp. 97 ss; DALLA MASSARA (2006) pp. 285 s.

²⁴⁸ BURDESE (2001) p. 334 («*complessivo assetto di interessi perseguito dalle parti*»); BURDESE (1988) p. 137.

«chose», comprise comme objet matériel du contrat²⁴⁹. La disparité des traductions d'un terme aussi polysémique met bien en évidence cette difficulté.

Cependant, ces traductions se rejoignent dans la mesure où elles mettent une emphase sur l'aspect consensuel du contrat découlant de la connotation contractuelle des formulations des al. 1 et 2²⁵⁰. En effet, elles s'attachent à respecter le contexte de protection par une action des *conventiones* qualifiées de *contractus*²⁵¹.

Pour notre part, nous privilégions le sens d'«affaire»²⁵², en tant que sorte de convention qui n'est pas un *in nomen proprium contractus*, mais qui se rattache à un fait, soit une relation d'échange qualifiée de *synallagma*²⁵³. Une telle interprétation paraît respecter la polysémie du terme *res*, tout en permettant de le caractériser suffisamment pour respecter le contexte impliquant une protection des relations conventionnelles atypiques.

Par ailleurs, le discours indirect rapporté par ULPIANUS rend l'interprétation de ce texte ardue. Le début et la fin du discours rapporté ne sont pas clairement délimités, de sorte qu'on a de la peine à distinguer qui d'ULPIANUS ou d'ARISTO est l'auteur des idées exprimées.

C'est le cas par exemple de la proposition «*sed et ... subsit tamen causa*», que certains attribuent à ARISTO²⁵⁴. Pour COLLINET, la paternité du texte devrait être attribuée à ULPIANUS et non à ARISTO en raison d'une part, de l'aspect général des termes et, d'autre part, du fait que ce dernier aurait visé spécifiquement le contrat d'échange en réponse à CELSUS²⁵⁵. Ce romaniste part du principe que le *dedi ut dares* est un contrat d'échange, alors que nous lui préférons la qualité de relation d'échange qui reste plus générique. L'argument de COLLINET tient à ce que la réponse aristonienne de D. 2.14.7.2 correspondrait à celle posée par CELSUS dans

²⁴⁹ EHRHARDT (1930) p. 107. Cet auteur p. 107 traduit ainsi *res non transeat*: «*wenn eine Sache nicht auf Grund eines contractus übergegangen sei, 'subsit tamen causa', so entstehe eine obligatio*». Cependant il omet de traduire *alium*, ce qui sous-entend que l'obligation est créée par un acte juridique qui n'est pas de nature contractuelle. Pour admettre que le mot *res* contient non seulement un aspect consensuel, mais aussi un aspect réel, voir PELLOSO (2011) p. 134, qu'il rattache par ailleurs à sa définition de *datio* comme *causa*.

²⁵⁰ Respectivement: al. 1: *quae [...] transeunt in proprium nomen contractum*; al. 2: *in alium contractum res non transeat*.

²⁵¹ ULPIANUS, D. 2.14.7 pr.: «*Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones*» (Certaines conventions du droit de gens produisent des actions, d'autres des exceptions).

²⁵² Comme l'ont fait GEORGESCU (1940) p. 314; TONDO (1998) p. 452; DALLA MASSARA (2004) p. 97; PALMA (2016) p. 645, pour qui l'affaire est comprise dans un schéma contractuel lorsqu'il y a une *causa*.

²⁵³ En ce sens des conventions atypiques comme des *synallagmata*, voir PELLOSO (2011) p. 130, p. 132.

²⁵⁴ GALLO (1997) p. 67 n. 10, p. 68; BURDESE (2001) p. 334; PELLOSO (2007) p. 67.

²⁵⁵ COLLINET (1934) p. 98.

D. 12.4.16 concernant l'actionnabilité du contrat d'échange²⁵⁶. Ces deux textes se rapporteraient à deux cas similaires de *dedi ut dares*²⁵⁷. Selon nous, cet argument a peu de crédit, car le manque de source ne permet pas d'affirmer que ces deux textes soient directement corrélés²⁵⁸. Il serait donc difficile de se prononcer avec certitude sur l'attribution exacte des propos d'ARISTO rapportés par ULPIANUS.

Cependant, si la paternité du discours n'est pas claire, il faut avouer que cette question connexe n'est pas déterminante pour notre étude, puisque nous adoptons une approche transversale et fonctionnelle. Dans cette perspective, le plus important à retenir est qu'ULPIANUS semble adhérer à la conception d'ARISTO concernant la *causa*, du *synallagma*, de la création des obligations et du contrat protégé par une action civile.

2.1.2. Fonction étiologico-justificatrice de la *causa* dans D. 2.14.7.2/4

2.1.2.1. Fondements théoriques de la fonction et rapport de causalité «externe»

Le terme *causa* figurant dans D. 2.14.7.2 s'insère dans le contexte de la consécration juridique d'une nouvelle forme de contrat que sont les contrats atypiques et leur protection. Plus précisément, le but d'ULPIANUS est d'accorder une protection par une action²⁵⁹ pour demander l'exécution de la prestation qui n'a pas été exécutée en vertu d'un contrat atypique contenant une *causa*.

Dans ce cadre, le terme *causa* revêt par sa fonction, c'est-à-dire par utilisation du mot lui-même, un aspect rationnel (étiologique) et justificateur. L'analyse qui va suivre révélera cette double nature de la *causa* en tant qu'elle joue un rôle générateur et justificatif de l'obligation, du contrat et de l'action civile.

Cette idée résulte principalement du passage *sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa* (al. 2) qui se situe après une explication sur les *contractus in nomen proprium* (al. 1). Les deux alinéas pris ensemble suggèrent que l'existence de toute convention obligatoire, qu'elle soit un contrat typique ou atypique, est subordonnée à une *causa*. La *causa* serait donc à la base de tout contrat et obligation; tous les éléments de la relation contractuelle se trouvent dans un rapport causal, qui ont pour source la *causa*. Elle donne en outre des effets contraignants au simple accord (*conventio*). Il en découle que le rapport juridique, devenu obligatoire²⁶⁰, constituerait désormais un *contractus* et permettrait de légitimer indirectement²⁶¹ une action en exécution.

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ Pour un commentaire détaillé de cette question, cf. *supra* pp. 30 ss.

²⁵⁹ DALLA MASSARA (2013) p. 363; CANNATA (2012) p. 303; ROMANO (2010) pp. 1 ss.

²⁶⁰ Voir en ce sens DALLA MASSARA (2013) p. 359; GALLO (1995) p. 96, en précisant que le contrat devient obligatoire grâce à la *causa* comme *datio*.

²⁶¹ Pour un développement de la question de la *causa* jouant un rôle indirect pour attribuer une action civile en exécution de la contre-prestation, cf. *supra* pp. 34 s.

Le terme *causa* est utilisé pour désigner d'une part, un fondement²⁶² et revêt de cette manière un aspect étiologique et, d'autre part, une justification²⁶³.

La locution *subsistit causa* exprime l'aspect générateur d'un acte, l'étiologie ou cause initiale à sa base: la *causa* est sous-jacente à l'acte, elle le fonde et le justifie²⁶⁴. Le terme *causa*, dans ce contexte, met en évidence l'aspect étiologique, autrement dit la raison initiale qui conduit à agir. La notion d'*étiologie*, en tant que recherche de la raison (*αἰτία*) menant à une conséquence²⁶⁵, s'inscrit dans une logique de causalité. Cette terminologie permet de désigner le phénomène de chaîne causale par la recherche de la cause originelle avec plus de précision tout en évitant de définir la *causa* par un terme aussi large qu'est celui de «cause». Le terme «cause» a l'inconvénient de désigner à lui seul toutes les étapes successives de la chaîne causale, sans se focaliser directement sur la cause originelle et génératrice de toutes les autres causes successives ou subalternes.

Néanmoins, le chaînon causal, comme processus représentant un fait sur lequel repose une conséquence, ne se définit pas nécessairement par l'antériorité chronologique de la cause sur la conséquence. Il peut certes marquer une antériorité temporelle d'un événement dont découle un autre, mais pas nécessairement, puisqu'une conséquence peut se produire de manière simultanée à sa cause. Or, si l'antériorité chronologique n'est pas une constante, il en va différemment du déroulement rationnel des actes. Par exemple, lorsque quelqu'un donne une chose et qu'un autre donne immédiatement en retour, les parties montrent leur intention respective de contracter au travers de l'échange lui-même. Dans cet exemple, la volonté ne précède pas chronologiquement l'acte, mais rationnellement. La volonté qui accompagne l'acte, parce qu'elle le fonde, constitue sa raison d'être et le justifie. La volonté objective de contracter se trouve

²⁶² *Contra*: KNÜTEL (1997) p. 144 qui estime qu'une traduction de la *causa* par «Grund» ou «Rechtsgrund» n'est pas assez précise et ne donne pas assez d'informations.

²⁶³ Selon DALLA MASSARA (2004) pp. 52 s et pp. 289 s, la *causa* aurait un aspect étiologique (à valeur temporelle présente: parce qu'on veut expliquer dans le présent un événement qui se trouve dans le futur), dont découlerait sa fonction finale (à valeur temporelle future). Il n'admet pas pour autant cet aspect comme une composante de la *causa* à part entière, mais plutôt comme une prémisse, dont découle le but.

²⁶⁴ Pour une idée de légitimation postérieure, voir SANTORO (1983) p. 254.

²⁶⁵ Nous entendons utiliser le terme «étiologie», dans la mesure où il est lié à l'étude des causes (cf. *TLF* vol. 8 (1980) p. 252, «étiologie»), pour exprimer la fonction de la *causa* constituant la raison originelle de la survenance d'actes ou événements successifs. Ainsi s'exprime JAN-KÉLÉVITCH (1957) p. 105, en comparant la cause originelle et les causes subalternes créées par l'occasion. Cet auteur énonce, à propos de la première, qu'elle est «la seule cause absolument prévenante, la cause profondissime, car elle détient seule, par opposition aux causes subalternes, la vraie préséance étiologique». Nous empruntons à dessein une terminologie à l'origine philosophique parce qu'elle nous paraît le mieux correspondre à cette fonction de la *causa*. Cette terminologie est d'ailleurs adoptée par d'autres romanistes, comme SANTORO (1983) p. 254, DALLA MASSARA (2004) pp. 52 s et pp. 289 s et, de manière très succincte, SCIANDRELLO (2001) p. 260 n. 138.

alors dans un rapport de causalité avec les autres éléments de la relation contractuelle (contrat, obligation, exécution).

Plusieurs indices permettent d'attester d'une telle relation causale (et non nécessairement chronologique) entre la *causa* et les autres institutions présentées dans ce texte. Comme nous le verrons ultérieurement, la *causa* revêt une fonction à tous les niveaux de la relation contractuelle dans le sens où elle est utilisée pour justifier chaque étape: la conclusion du contrat, l'obligation et son exécution, la demande d'exécution de la contre-prestation ainsi que l'action en justice.

Le déroulement causal peut être schématisé de la manière suivante à ce stade de l'analyse:

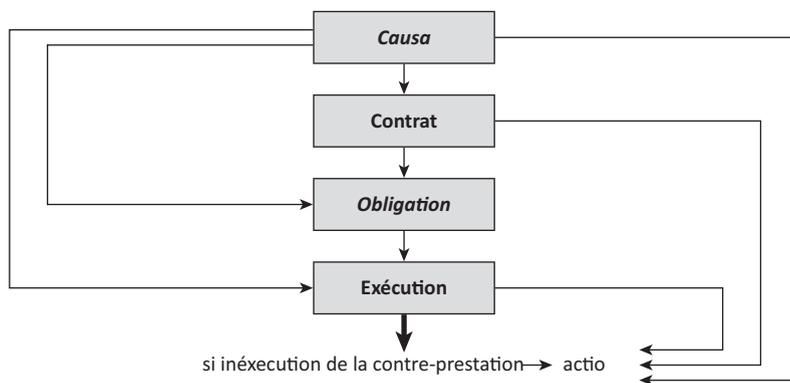


Schéma n° 2: Déroulement causal des éléments fondamentaux composant une relation contractuelle

2.1.2.2. Relation causale entre *causa*, obligation et exécution

Le texte dénote un rapport causal d'abord entre *causa*, obligation et exécution.

Cette idée résulte à nouveau de la locution *causa subsit* qui marque l'aspect sous-jacent de la *causa* par rapport à l'*obligatio*. ARISTO, par l'intermédiaire d'ULPIANUS, affirme ainsi qu'il existe une obligation pour autant qu'une *causa* y soit sous-tendue (*subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem*)²⁶⁶. L'enchaînement causal en découlant suppose également que la *causa* ait rétrospectivement un rôle de justificateur légitime de l'existence de l'*obligatio* et de l'attribution patrimoniale²⁶⁷.

²⁶⁶ Cette idée est aussi reprise par ULPIANUS dans D. 2.14.7.4: «*Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem; igitur pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*» (Mais lorsqu'il n'y a aucune cause sous-jacente, il est établi qu'une obligation ne peut être constituée en vertu d'une convention: un pacte nu ne donne pas lieu à une obligation, mais à une exception).

²⁶⁷ Dans un sens plus ou moins similaire: SANTORO (1983) p. 254; LANTELLA (1994) p. 117; PALMA (2016) p. 647.

La fonction justificative de l'existence de l'obligation résulte aussi de la relation entre *causa* et les formulations *do ut des/do ut facias*. Celles-ci sont employées à titre d'exemple pour montrer l'existence d'une *causa* et d'un *contractus*, générateur d'obligations civiles.

2.1.2.3. Relation causale entre *causa*, *contractus* et *synallagma*

Avant de développer plus en détail le déroulement causal et ce qu'il implique pour le *contractus* et le *synallagma*, il est nécessaire d'étudier le sens du terme *συνάλλαγμα* pour comprendre sa place dans ce processus. La notion de *συνάλλαγμα* mérite qu'on s'y attarde parce qu'elle revêt une certaine importance pour comprendre la *causa* et son interaction avec le *contractus*.

2.1.2.3.1. Le *synallagma*

La notion de *synallagma* apparaît être le pendant grec du *contractum*, exprimant une forme de réciprocité dans la relation juridique. Il est certes difficile d'établir de manière dogmatique une correspondance, voire une synonymie exacte entre le *contractus* et son pendant grec²⁶⁸. Toutefois, ARISTO, en traitant des contrats atypiques, semble

²⁶⁸ De manière générale, le terme *συνάλλαγμα* tel qu'il apparaît dans certains textes signifie au pluriel «transaction» (LIDDELL/SCOTT/JONES (1996) p. 1694).

Une attestation de ce sens apparaît notamment au livre cinq de l'Éthique à Nicomaque d'ARISTOTELES, qui, dans le contexte de la subdivision de la justice corrective, met la notion de transaction en relation avec les qualificatifs *ἐκούσια* et *ἀκούσια* (volontaire et involontaire). L'aspect qui nous intéresse ici est la nuance apportée par *ἐκούσια* à la transaction, illustrée par des exemples concrets – comme les contrats de vente (*πρᾶσις*) et de bail (*μίσθωσις*): elle nous permet de dire que ce dont parle le philosophe est bien le rapport d'obligation volontaire (ARISTOTELES, EN 5.1131a.2: «τούτου δὲ μέρη δύο: τῶν γὰρ συναλλαγμάτων τὰ μὲν ἐκούσια ἔστι τὰ δ' ἀκούσια, ἐκούσια μὲν τὰ τοιαῦτα οἷον πρᾶσις ὡνὴ δανεισμός ἐγγυή χρῆσις παρακαταθήκη μίσθωσις (ἐκούσια δὲ λέγεται, ὅτι ἡ ἀρχὴ τῶν συναλλαγμάτων τούτων ἐκούσιος) [...]» (Il y en a deux catégories: en effet, parmi les contrats, les uns sont volontaires et les autres sont involontaires; les volontaires sont ceux comme la vente, l'achat, le prêt, le gage, l'exploitation, le dépôt, le bail (on les appelle volontaires parce que l'initiation de ces contrats est faite sur une base volontaire))). ARISTOTELES insiste donc sur l'aspect volontaire qui lie les cocontractants. On en déduit que la volonté de se lier est présente à travers l'exécution de la prestation (cf. DESTOPOPOULOS (1968) p. 122 et p. 125, qui estime qu'ARISTOTELES n'accorde dans ce contexte que peu d'importance à la volonté, mais plus à la prestation effectuée; voir aussi en ce sens: PENNACCHIO (2016) p. 11; WOLFF (1957) pp. 26 ss et (1966) pp. 569 ss; VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS (1996) p. 191). Le caractère volontaire est à l'origine du contrat (*ἐκούσια δὲ λέγεται, ὅτι ἡ ἀρχὴ τῶν συναλλαγμάτων τούτων ἐκούσιος*). Sur la question du sens de ce terme dans la conception aristotélicienne, cf. GOLECKI (2013) pp. 249 ss; DESTOPOPOULOS (1968) pp. 115 ss.

Cependant, il est difficile d'affirmer une influence de la pensée aristotélicienne chez les juristes ARISTO ou LABEO (parmi ceux qui admettent une influence sur ARISTO: DALLA MASSARA (2013) pp. 376 ss; PENNACCHIO (2016) p. 11; GROSSO (1976) p. 346, cependant pas chez le juriste LABEO (p. 343); pour une influence sur la pensée juridique de LABEO, voir CANNATA (2014) pp. 67 ss). Nous estimons qu'analyser plus en profondeur le texte d'ARISTOTELES n'est pas pertinent pour cette étude et préférons nous limiter à ces éléments suc-

établir une synonymie entre les deux termes (*esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit*). LABEO procède à une analogie similaire entre *contractus* et *συνάλλαγμα*, mais vise quant à lui les contrats typiques²⁶⁹. Une comparaison de ces notions entre LABEO et ARISTO s'impose, car LABEO semble avoir *a priori* une autre définition du *synallagma*. Le *synallagma* d'ARISTO est identifié à des contrats atypiques, tandis que celui de LABEO renvoie à l'énumération de contrats typiques pour illustrer l'aspect bilatéral des obligations²⁷⁰.

Il a été pourtant soutenu à juste titre que les deux juristes ont une vision plus ou moins similaire, et qu'ils ne font qu'utiliser une terminologie générale (*contractum* ou *συνάλλαγμα*) pour désigner la notion de contrat. C'est ce qui découle de l'idée de BABUSIAUX (2014) pp. 56 s, qui considère le *synallagma* non comme une trace de la pensée juridique grecque (comme le soutient la doctrine de la «*Zweckverfügung*»²⁷¹), mais plutôt comme une translittération, parce qu'il aurait une structure morphologique identique à celle de *contractus*²⁷².

Quoi qu'il en soit, les deux façons d'utiliser le terme *synallagma*, sans savoir si elles étaient exactement identiques pour LABEO et ARISTO, renvoient à un registre contractuel de réciprocité reconnu par ULPIANUS citant LABEO (par la formulation *ultra citroque obligationem*) et ARISTO (par le *do ut des*)²⁷³. Dès lors, l'essence du

cincts. Nous renvoyons ainsi à d'autres ouvrages qui analysent le texte d'ARISTOTELES plus amplement, que sont ceux de BISCARDI (1983) pp. 127 ss et de BISCOTTI (2002) pp. 65 ss.

²⁶⁹ LABEO, cité par ULPIANUS, D. 50.16.19 *in medio*, s'exprime en ces termes: «*contractum autem ultra citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem*» ([M]ais le contrat [crée] une obligation de part et d'autre, ce que les Grecs appellent *συνάλλαγμα*, par exemple l'achat-vente, la location-conduction, la société).

²⁷⁰ En ce sens voir MANTELLO (1995) p. 259.

²⁷¹ Cf. WOLFF (1957) p. 63 et (1966) p. 575; suivi notamment par GRÖSCHLER (2009) pp. 62-65; DALLA MASSARA (2013) p. 367.

²⁷² Par ailleurs, selon BABUSIAUX (2014) pp. 56 s, ULPIANUS aurait utilisé le terme *synallagma* de manière non technique et qu'il aurait voulu marquer une différence entre les termes *actus* et *contractus*. Cette hypothèse déstructurerait le terme *contractus* en *contra-actus* et utiliserait le *synallagma* qui serait le pendant grec morphologique du *contractus* (BABUSIAUX (2014) pp. 56 s, et surtout p. 57; CANNATA (1995) p. 64; CANNATA (1997) p. 46). Cependant, sur ce dernier point, nous préférons suivre SCHMIDLIN (2008) p. 114, selon lequel la structure morphologique du *contractum* se subdiviserait plutôt en *con-tractus* – soit «traiter ensemble» – que *contra-actus*. En effet, mettre les deux parties en opposition ne paraît pas respecter l'aspect bilatéral et mutuel des contrats *consensu* (cf. remarque pertinente de SCHMIDLIN (2008) pp. 114 s n. 31).

²⁷³ De la même manière, voir PARINI VINCENTI (2017) p. 435. De même, parce que LABEO utilise ce terme dans le contexte des contrats typiques, MANTELLO (1995) p. 259 pense à juste titre que l'analogie entre le *synallagma* d'ARISTO ou LABEO doit être limitée à la bilatéralité des obligations. Pour une idée de réciprocité ressortant du rapport entre les parties chez LABEO: GROSSO (1976) p. 341; FIORI (2012) pp. 314 s; PENNACCHIO (2016) p. 14 et p. 25, qui refuse par ailleurs le lien entre le *contractus* de LABEO avec celui d'ARISTO quali-

terme et les contextes dans lesquels il est employé amènent à penser que le *synallagma* renferme un aspect générique d'échange d'intérêts manifestés par les prestations. Cela signifie que le *synallagma* se compose de deux prestations visant l'échange d'intérêts et qu'il désigne par extension la notion de contrat elle-même²⁷⁴. Le *synallagma*, utilisé pour qualifier autant les contrats typiques qu'atypiques, conforte l'idée qu'il revêt un caractère générique²⁷⁵.

Le *synallagma* désigne ainsi une notion générale de contrat caractérisant une relation d'échange réciproque.

Il est à préciser que cette notion d'échange contient toujours une idée d'intérêt²⁷⁶, parce que l'attente de contre-prestation constitue déjà un intérêt objectif à échanger. La notion d'intérêt est un élément universel et commun à tout contrat²⁷⁷.

Cette dernière constatation résulte de l'observation que la notion d'échange représentée par le *synallagma* vise tout autant les contrats bilatéraux qu'unilatéraux, pour reprendre notre terminologie moderne²⁷⁸. L'échange ne porte pas nécessairement sur des prestations équivalentes mais peut consister en un simple intérêt pour la partie qui

fié de contrat bilatéral: chez LABEO, la différence tiendrait aux effets obligatoires que dénote l'expression *ultra citroque obligatio*. Pour DALLA MASSARA (2013) p. 367 et p. 371, si le *synallagma* chez LABEO est un synonyme de contrat en tant que réciprocité obligatoire, pour ARISTO, il serait plutôt un équivalent du *do ut des/do ut facias* et en ceci n'atteindrait pas l'idée de contrat, mais mettrait un aspect de celui-ci en évidence. Pour une allusion d'ARISTO au *synallagma* de LABEO, voir CANNATA (2012) p. 313 et (2014) p. 72. GALLO (1995) pp. 101 s refuse l'assimilation du *synallagma* labéonien à celui d'ARISTO. Pour une assimilation des deux comme des actes conventionnels obligatoires, voir SANTORO (1983) p. 284.

²⁷⁴ Dans un sens plus ou moins similaire, cf. DALLA MASSARA (2013) p. 373 qui ne le considère que comme un instrument présenté sous forme de *do ut des/do ut facias* mettant en évidence les prestations elles-mêmes, soit un rapport d'échange (DALLA MASSARA (2004) p. 144). Selon cet auteur (2004) p. 145, le *synallagma* serait un rapport d'échange, qui, couplé avec la fonction de but commun, devient un *contractus*. Dans le sens du *synallagma* d'ARISTO comme contrat, cf. SANTORO (1983) pp. 216 s et pp. 279 s. GALLO (1995) pp. 101 ss et (1997) pp. 71 ss ne voit pas dans le *synallagma* d'ARISTO de réciprocité d'obligations au sens de celui de LABEO.

²⁷⁵ Voir dans un sens plus ou moins similaire CANNATA (2014) p. 111, qui considère que LABEO fait référence à une idée de contrat en termes généraux, et qu'ARISTO a vision similaire mais enrichit cette idée d'un point de vue dogmatique et le place sur le plan pratique avec l'exemple du contrat d'échange pour justifier l'actionnabilité des contrats atypiques.

²⁷⁶ DALLA MASSARA (2004) pp. 289 s.

²⁷⁷ En ce sens voir aussi DALLA MASSARA (2004) pp. 289 s. Cet auteur pp. 46 ss et p. 52 rapproche la notion de *causa* à celle d'intérêt, soit le gain tiré de quelque chose.

²⁷⁸ *Contra*: MAGDELAIN (1958) pp. 40 s et MEYLAN (1936) p. 304 n. 75, pour qui la tournure de «bilatéralité» qu'on accorde au *synallagma* viendrait plutôt d'une interprétation plus tardive du texte de LABEO, D. 50.16.19, qui ne serait d'ailleurs pas présente à l'époque des Byzantins: le terme *synallagma* serait encore employé pour qualifier des contrats unilatéraux, ce qui impliquerait qu'à la période classique, ce terme viserait uniquement des contrats «unilatéraux». Néanmoins, nous devons prendre cette observation avec précaution car il cite comme appui de son argument des textes tardifs et non classiques.

ne reçoit rien d'un point de vue matériel. Pour ainsi dire, si ces contrats unilatéraux ne prévoient pas d'obligation de contre-prestation, ils contiennent pourtant une *causa* parce qu'ils servent une attente²⁷⁹. Cette idée ressort du fait que la *causa* est une notion générale qui s'applique aussi aux contrats *in nomen proprium* (al. 1) parmi lesquels on compte des contrats ne créant d'obligation à la charge que d'un seul co-contractant (par ex. *depositum* et *commodatum*). En effet, la formulation employée dans l'al. 2 *sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa* suggère que la *causa* est un élément également présent dans les contrats énumérés à l'al. 1 (*ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus*). Par ailleurs, ARISTOTELES²⁸⁰ qualifie de *synallagma* le gage, l'usage et le prêt qui sont des contrats non nécessairement fondés sur l'échange dans son acception stricte de prestations réciproques et jugées équivalentes.

2.1.2.3.2. La *causa* dans son rapport avec les notions de *contractus* et de *synallagma*

Pour revenir à l'analyse du terme *causa* dans D. 2.14.7.2, il ressort ensuite de ce texte que la *causa* a aussi une existence sous-jacente au contrat et au *synallagma*, qui les fonde et les justifie. Le passage *sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa* suggère ainsi qu'il existe une *causa* sous-jacente à la notion de *contractus*, qu'il s'agisse d'un *nomen proprium contractus* ou non. Plus précisément, la *causa* ne peut être synonyme de contrat pour deux raisons.

La première tient à l'aspect sous-jacent de la *causa* au contrat, qu'il soit atypique ou typique. ULPIANUS met en relation les contrats cités à l'al. 1 avec les autres contrats (*in alium contractum*) grâce au lien qu'est la *causa*: elle est un dénominateur commun entre les contrats des al. 1 et 2. La structure et la syntaxe de l'al. 2 indiquent que ce point commun serait sous-jacent aux deux types de contrats (*sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa*). La suite de ce passage (*subsit tamen causa*) faisant partie de la subordonnée conditionnelle, la *causa* est également applicable aux contrats visés à l'al. 1 en raison de la présence du «pourtant» (*tamen*). La *causa* comme élément constitutif des contrats atypiques s'applique donc aussi aux contrats typiques.

La seconde raison résulte du fait que les *contractus/synallagma* qualifient la relation juridique en renvoyant précisément à l'état de fait considéré (ils en portent les caracté-

²⁷⁹ La qualité des contrats «unilatéraux» comme *negotia* – i.e. acte qui crée des obligations pour les deux parties et aussi à l'égard d'un seul cocontractant – est également admise par SANTORO (1983) pp. 238 s., pour qui il serait suffisant que l'acte ne se réalise pas seulement dans l'intérêt de l'autre partie contractante, mais aussi dans celui qui contracte en propre. Ainsi, pour SANTORO (1983) p. 237, la *causa* comme composante du *negotium* a aussi une importance dans la création d'un contrat unilatéral.

²⁸⁰ ARISTOTELES, EN 5.1131a.2 (pour le texte et sa traduction, cf. *supra* p. 57 n. 268).

ristiques précises et typiques)²⁸¹, ce qui n'est pas le cas pour la *causa*, qui renvoie à la typologie de manière abstraite et sous-jacente. Comme déjà précisé, le *synallagma* suppose un rapport concret d'échange (*do ut des/do ut facias*)²⁸², alors que la *causa* marque simplement l'aspect intentionnel sous-jacent.

2.1.2.3.3. Relation causale indirecte entre *causa* et action en exécution

Quant au rapport de la *causa* avec l'action, comme déjà évoqué²⁸³, la *causa* n'est qu'une condition indirecte permettant un droit d'action en exécution. La *causa contractus* n'est pas l'équivalent de la *causa petendi*.

Dans ce cadre, la *causa* joue un rôle indirect de justification du rapport contractuel obligatoire. En réalité, les conditions requises pour actionner (*causa petendi*) qu'on pourrait qualifier de directes mais implicites consistent en l'existence d'un contrat avec force obligatoire et l'exécution de la première prestation²⁸⁴. Nous avons déjà vu que le texte n'érige pas la *causa contractus* comme équivalent de l'exécution de la prestation, ni même du contrat²⁸⁵. En particulier, la prestation déjà effectuée (*datio* ou *factum*) ne serait qu'une condition contributive requise pour actionner (nécessaire mais pas suffisante), et non pas un prérequis pour la conclusion du contrat atypique²⁸⁶.

En somme, la *causa* et l'action civile se trouvent dans un rapport causal indirect. La *causa contractus* n'est pas synonyme de *causa petendi* et n'a qu'une influence indirecte sur cette dernière. Nous avons vu que le texte D. 2.14.7.2 témoigne de l'existence d'une relation causale «externe» entre la *causa* et le contrat, la *causa* et l'obligation, ainsi que la *causa* et la prestation. Tous ces éléments représentent des causes intermédiaires séparant la *causa* initiale de la conséquence ultime qu'est l'*actio*. Ainsi, considérer que la *causa contractus* n'a qu'une influence indirecte sur la *causa petendi* paraît soutenable.

2.1.2.4. Contrat et prestation comme vecteurs de la *causa* comme motif

S'il a été établi que la *causa* revêtait une fonction justificative, la question connexe de savoir si une fonction similaire doit être attribuée au *contractus/synallagma* et à la prestation déjà exécutée se pose lorsqu'il faut examiner le bien-fondé d'une action

²⁸¹ PALMA (2016) p. 648.

²⁸² En ce sens, voir aussi PALMA (2016) p. 648. Pour KNÜTEL (1997) pp. 135 s, le *do ut des* est un contrat d'échange et le *do ut facias* un contrat mixte.

²⁸³ Cf. *supra* pp. 34 s.

²⁸⁴ MACCORMACK (1985) pp. 151 s; DALLA MASSARA (2004) p. 144. A noter qu'on n'est pas sûr si ARISTO discutait comme ULPIANUS la question des accords menant à une action ou une exception (MACCORMACK (1985) p. 138).

²⁸⁵ Par rapport à l'exécution de la prestation, cf. *supra* pp. 32 ss et p. 56; par rapport à au contrat, cf. *supra* pp. 60 s.

²⁸⁶ DALLA MASSARA (2004) p. 144. Pour un développement à ce propos, voir *supra* pp. 25 ss concernant les conditions requises pour créer un contrat, et *supra* pp. 34 ss pour les conditions requises pour actionner.

contractuelle. Le cas échéant, cela signifierait-il qu'il faille les assimiler à la *causa* comme motif?

A propos d'une telle fonction justificative du *contractus*, des textes indiquent que celui-ci a été utilisé comme une *causa* – voire qualifié comme tel²⁸⁷ – dans le sens d'un titre juridique légitimatoire pour fonder l'attribution d'une action contractuelle ou réelle²⁸⁸. En ce sens, le terme *causa* peut renvoyer à la notion de contrat comme fondement justificatif pour actionner, terme utilisé dans ce contexte pour désigner les motifs sous-jacents et générateurs du contrat. On pourrait qualifier ce phénomène d'extension du sens de l'un à l'autre. Le contrat contenant de manière inhérente la notion de *causa* comme motifs objectifs, agit comme un vecteur de celle-ci.

Plus précisément, le sens de titre juridique attribué au terme *causa* désigne en pratique le contrat et agirait comme une extension de la *causa* comme motif objectif. Le vocable *causa* aurait été utilisé par extension pour qualifier un titre juridique comme le contrat et exprimer le fait que le contrat revêt une dimension contraignante en raison de la présence d'un élément générateur (les motifs objectifs communs)²⁸⁹. *A contrario*, cette dernière assertion signifie que, lorsqu'il y a contrat, il faudrait supposer l'existence d'une *causa*.

Le renvoi au contrat par le terme de *causa* suggère la présence d'un raisonnement par extension (ou télescopage de raisonnement). Ce raisonnement télescoperait la chaîne de causalité: la cause originaire et productive de tous les événements en cascade serait employée pour désigner le contrat²⁹⁰, lui-même facteur contributif à la possibilité d'intenter une action en justice. La conséquence directe de la *causa*, soit la création d'un accord contraignant (*contractus*), deviendrait elle-même la cause des éléments qui en découlent successivement. Une telle utilisation de la *causa* produit ainsi un phénomène d'extension de son sens originel pour désigner toutes les autres causes successives²⁹¹.

²⁸⁷ D. 2.14.7.2 *in fine*; D. 19.5.15 *in fine*; D. 19.5.8 *in fine*; D. 19.5.17.1; D. 17.1.8 pr.; D. 6.2.1 pr.; D. 6.2.3.1; GAIUS, Inst. 4.16.

²⁸⁸ Des auteurs rapprochent l'usage du mot *causa* à la *iusta causa traditionis*, dont le sens dans le contexte procédural signifierait «titre juridique» (cf. BUCKLAND (1968) p. 246; SANTORO (1983) pp. 241 ss; GEORGESCU (1940) p. 315).

²⁸⁹ C'est le cas, par exemple, du texte D. 44.7.55 qui renvoie à la notion de contrat par l'expression *alia causa contrahendi fuit* (en ce sens, voir aussi GEORGESCU (1940) p. 325).

²⁹⁰ D'une manière légèrement différente, BETTI (1947) p. 107 arrive à la conclusion que la «*causa s'identifica in definitiva col negozio stesso ravvisto nella sintesi de' suoi elementi essenziali*».

²⁹¹ Cette idée d'extension du sens de la *causa* a déjà vu le jour dans les ouvrages de CHAUDET (1973) p. 116; GALLO (1995) p. 107 et p. 110 parle à ce propos de «*metonimia*». A propos de D. 19.5.15 *in fine* et D. 17.1.8 pr., SANTORO (1983) pp. 241 s, pp. 248 s définit la *causa* comme un *negotium* et sous-entend par là que la *causa* est égale à la conséquence, sans parler explicitement de phénomène d'extension. L'auteur précise en effet p. 241 que la «*causa, como elemento strutturale del rapporto, può essere riferita, senza dubbio, anche all'atto che lo ha costituito*». GEORGESCU (1940) p. 315 semble aussi arriver à cette conclusion.

En particulier en matière purement contractuelle, les textes D. 2.14.7.2, D. 19.5.17.1 et D. 19.5.15 *in fine* suggèrent que le contrat (dont la notion inclut des termes comme *contractus/synallagma*, ou même *negotium*) constitue un fondement ou une condition requise pour pouvoir intenter une action contractuelle et non un synonyme de *causa* au sens de motif. L'acte juridique contractuel agit plutôt comme le vecteur de cette *causa*.

Plus spécifiquement dans le contexte de protection des contrats atypiques de D. 2.14.7.2²⁹², le contrat est directement utilisable (cumulé à l'exécution de la première prestation) comme un titre justificatif pour prétendre à l'exécution de la contre-prestation. Par contre, cette utilisation du contrat est différente de celle du terme *causa* usité dans ce fragment: bien que la *causa* ait également une fonction justificative, cette dernière désigne les motifs objectifs de contracter. En effet, l'inexécution du contrat mène à un droit d'action parce que ce dernier est contraignant. Le rapport contraignant est formé en raison de l'existence d'une *causa* sous-jacente au sens de motif objectif et commun, sans quoi la seule exécution n'est pas génératrice d'obligation. Le contrat, pour mener à un droit d'action, est donc nécessairement accompagné d'une *causa* sous-jacente, mais ne peut être confondu avec elle. Un phénomène particulier se produit: la dimension justificative de la notion de *causa* au sens de motif s'étend à celle de *causa* comme titre juridique pour intenter une action civile.

Le texte d'ULPIANUS, D. 19.5.17.1 est ambigu car il insinue que la *causa* se réfère à la fois au rapport contractuel contraignant et à l'exécution de la première prestation pour justifier d'attribuer un droit d'action en exécution de la contre-prestation: «*si margarita tibi aestimata dederō, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? [...] Actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis*» (Si je t'ai donné des perles dont la valeur a été estimée pour que soit tu m'amènes les mêmes, soit leur prix, et qu'ensuite celles-ci ont été perdues avant la vente, à qui incombe le risque? [...] Mais l'action sera de toute façon l'*actio praescriptis verbis* en vertu de cette cause). ULPIANUS précise que l'action naît d'une *causa*, mais ne définit pas explicitement le sens à donner à celle-ci. Par exemple, il ne qualifie pas de *causa* la première prestation exécutée en tant que telle. L'auteur suggère plutôt que la *causa* se rapporte au rapport contraignant créé entre les parties et à la situation d'inexécution partielle. La présence d'une convention est indiquée par le type de structure analogue à un contrat atypique du genre *do ut des/do ut facias*, ainsi que par la valeur contraignante de l'attente de contre-prestation accompagnant la dation des perles. En l'occurrence, les perles sont données à un tiers afin qu'il les vende et qu'il retourne l'argent en cas de vente ou l'objet lui-même en cas d'in-

²⁹² ULPIANUS, D. 2.14.7.2 *in fine*: «*esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio*» (qu'en effet c'est un contrat, ce qu'ARISTO appelle συνάλλαγμα, d'où naît cette action).

vendu. L'attente est déçue car le vendeur a perdu l'objet: il devra alors répondre de son inexécution parce qu'il a été obligé par la convention passée et que l'acheteur a accompli sa propre prestation. Ainsi, le rapport contractuel et l'exécution de la première prestation désignés par le terme *causa* sont de nature à engendrer une action en exécution. En ce sens, le terme *causa* est usité pour justifier le recours à une telle action.

Quant au texte D. 19.5.15 *in fine*²⁹³, ULPIANUS utilise un terme synonyme à celui de contrat pour désigner une convention ou affaire assortie d'une *causa* (telle qu'elle est décrite par ARISTO en D. 2.14.7.2) et pour justifier le recours à une action en exécution: le vocable *negotium* dans la formulation *sed habet in se negotium aliquod*²⁹⁴. Le terme *negotium* revêt ici un sens technique d'acte à effet obligatoire²⁹⁵, parce qu'il constitue une convention actionnable et supposerait ainsi la présence d'une *causa*²⁹⁶. La lecture de ce texte en parallèle de D. 2.14.7.4 mène à admettre l'existence d'une *causa* puisqu'ULPIANUS y dit lui-même que la convention qui n'est pas nue (*nuda*) conduit à générer une action civile.

Quant à l'hypothèse d'une fonction justificative de la prestation elle-même, elle se vérifie dans certains textes et produit le même effet d'extension du sens justificatif de la *causa* à la prestation en tant que telle. Un tel phénomène d'extension s'observe lorsque le terme *causa* est employé pour désigner l'exécution de la première prestation (la *datio*)²⁹⁷ parce que cette exécution constitue une condition nécessaire pour justifier

²⁹³ Cette idée est confirmée par un autre texte d'ULPIANUS, D. 19.5.15 *in fine*: «*et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod: ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis*» (Et assurément, cette convention n'est pas nue, de sorte qu'on dise qu'une action ne peut naître d'un pacte, mais elle a en elle quelque affaire: donc une action civile peut naître, c'est-à-dire une action reposant sur des paroles).

²⁹⁴ En ce sens, voir aussi MACCORMACK (1985) pp. 148 s et SANTORO (1983) p. 242, p. 245, et pp. 248 s où ce dernier va plus loin en affirmant que, dans D. 19.5.15 *in fine*, le *negotium* est la *causa* de la *datio*; CANNATA (2012) p. 317; DALLA MASSARA (2004) p. 229. Quant à EHRHARDT (1930) p. 107, l'échange et la transaction («*Geschäft*»; soit un *negotium*) que représente le *dedi ut facias* constitueraient une *causa*. Selon lui (p. 108), des textes montrent que, à l'époque classique, l'échange était considéré comme un *negotium*, donc comme une *causa*.

²⁹⁵ Ce sens technique est différent de celui plus général de *negotium* comme *Rechtsgeschäft* (transaction juridique) selon HEUMANN/SECKEL (1907) pp. 365 s, «*negotium*»; MISERA, in: BEHREND/SKÜTEL/KUPISCH/SEILER (1999) p. 603 *ad* D. 19.5.15 *in fine*.

²⁹⁶ Pour SANTORO (1983) pp. 241 ss, la *causa* peut aussi renvoyer au rapport qui la crée dans le texte d'ULPIANUS, D. 19.5.15 *in fine*. Dans un sens légèrement différent, GEORGESCU (1940) p. 315 traite la *causa* de deux manières: comme un *negotium*, qu'il qualifie d'«*affaire*» et de «*titre juridique*». Selon BONFANTE, *Evoluzione* (1926) pp. 113 s, le terme *negotium* peut viser la notion de *contractus*.

²⁹⁷ C'est ce qu'a observé GALLO (1995) p. 110, en particulier à propos de l'emploi de *ex causa daretur* de D. 19.4.2; il qualifie ce phénomène spécifique de métonymie. Nous verrons *infra* pp. 67 ss que l'assimilation de la *causa* à la première *datio* n'est pourtant pas certaine pour ce texte.

la protection du contrat par une action²⁹⁸. Par une telle extension occasionnelle du sens originel de la *causa*, on comprend pourquoi une partie de la doctrine l'aurait qualifiée de prestation de but déterminé («*zweckbestimmte Leistung*»).

En somme, cette constatation d'extension de l'aspect justificatif de la *causa* n'implique pas, selon les termes de D. 2.14.7.2/4 (*subsistit tamen causa*), une confusion de celle-ci avec la *datio* ou le contrat. L'explication possible de l'usage du terme *causa* pour désigner la *datio* ou le contrat tient au fait qu'ils en constituent des vecteurs. Le sens de la *causa*, initialement à comprendre comme motif dans son aspect justificatif, se serait donc étendu aux notions de prestation et de contrat lorsqu'il est question de légitimer sa propre prestation et de fonder une action contractuelle en exécution de la contre-prestation. Le contrat et la prestation contiennent la *causa* au sens de motif de manière inhérente et de ce fait en sont les vecteurs.

2.1.2.5. Synthèse et interaction globale des différentes notions présentées

Toutes ces considérations mènent à penser qu'il existe une interaction fonctionnelle étiologico-justificative entre les termes *causa*, *obligatio*, *συνάλλαγμα/contractus* et *actio*²⁹⁹. Une relation causale s'établit sur la base d'une chaîne logique qui résulte des propos de différents auteurs (ARISTO, ULPIANUS, MAURICIANUS).

On peut synthétiser ces dires de la manière suivante³⁰⁰: la *causa* génère une obligation (ARISTO, ULPIANUS); s'il y a *synallagma* – équivalence avec le contrat selon ARISTO, il y a obligation civile (ARISTO); s'il y a contrat/*synallagma*³⁰¹, il y a disponibilité d'action (MAURICIANUS); s'il y a *causa*, il y a contrat (ULPIANUS/ARISTO: *sed et in alium contractum res nec transeat, subsistit tamen causa*; la *causa* est aussi sous-jacente au contrat (*subsistit causa* porte aussi sur la proposition précédente)). A *contrario*: sans cause, pas d'obligation civile (ARISTO; il n'y aurait

²⁹⁸ D. 2.14.7.2; D. 17.1.8 pr.; D. 19.5.8 *in fine*; D. 19.5.17.1.

²⁹⁹ Pour considérer la *causa* comme une «*ragione giustificatrice*», voir aussi PELLOSO (2011) p. 141, qu'il fait découler par ailleurs de la formulation *datio ut*; SCIANDRELLO (2011) p. 259; GALLO (1995) p. 107 et p. 110. Un peu différemment de notre conception, SANTORO (1983) pp. 253 s., pour qui le but sert de cause justificative de l'attribution patrimoniale: il y aurait un glissement naturel de la *causa* téléologique vers la *causa* au sens étiologique.

³⁰⁰ DALLA MASSARA (2004) p. 124 a également jugé nécessaire de procéder systématiquement dans l'analyse de ces deux fragments.

³⁰¹ ULPIANUS, D. 2.14.7.2 *in fine*: «*[E]nim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio*». La question de savoir si l'*actio* naît du contrat ou du *synallagma* reste en suspens. A ce propos, deux doutes sont à relever quant à la compréhension du texte: 1) l'incurSION de *quod Aristo συνάλλαγμα dicit* est-elle ulpienne ou mauricienne?; 2) la question de savoir si la suite du texte *unde haec nascitur actio* se rapporte au *synallagma* ou au *contractus* reste un peu obscure. DALLA MASSARA (2004) pp. 125 s penche pour un rattachement de cette proposition-ci à l'infinitive *esse enim contractum*: l'action naîtrait du contrat et non du *synallagma*. Inversement, FALCONE (1999) p. 34 voit un lien direct entre *synallagma* et action. A notre sens, la question pourrait être résolue si l'on considère que le *contractus* est un synonyme de *synallagma* (*contra* cette définition: DALLA MASSARA (2004) p. 134).

qu'une convention *sine causa* ou un pacte nu selon ULPIANUS, D. 2.14.7.4); sans contrat/*synallagma*, pas d'obligation civile; sans contrat/*synallagma*, pas d'action civile.

Cette synthèse schématique montre d'une part, l'existence d'une relation causale entre les différents éléments et, d'autre part, que l'effet contraignant du contrat et, par conséquent, l'obligation civile dépendent de l'existence d'une *causa*.

En définitive, un double lien causal successif se dessine: 1) la *causa*, comme fondement direct du contrat et de l'*obligatio*, mais fondement indirect de l'action (parce qu'elle mène à l'obligation, dont l'exécution fonde l'action); 2) le contrat (*in alium contractum*) et son exécution partielle (*dedi ut dares/dedi ut facias*), comme fondements directs de l'action (*esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio*). On déduit de ces considérations que la *causa* est rationnellement antérieure au contrat, à l'obligation, à l'exécution et à l'action. Cette chaîne logique montre que la *causa* est équivalente aux motifs objectifs communs de contracter.

Ainsi, la *causa* exprimée telle quelle dans le fragment garde la signification de motifs objectifs, communs et déterminés de contracter, parce qu'elle fonde le *contractus/synallagma*, l'obligation, l'exécution, pour pouvoir ensuite donner naissance indirectement à l'action. Pour ainsi dire, comme l'a justement soulevé PALMA, la *causa* et le *synallagma* ne se superposent pas; ils se complètent³⁰².

Après toutes ces considérations, nous sommes en mesure de compléter le schéma déjà présenté conformément au déroulement logique des événements selon le fragment D. 2.14.7.2:

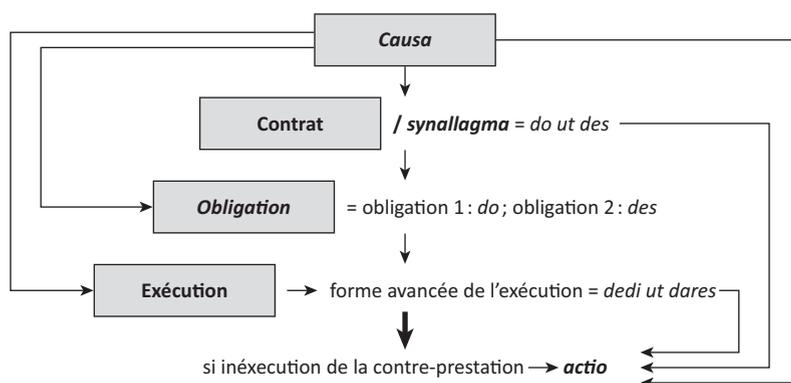


Schéma n° 3: Déroulement causal des éléments fondamentaux composant une relation contractuelle

³⁰² PALMA (2016) p. 648.

Pour conclure l'analyse des textes D. 2.14.7.2/4, la *causa* est à considérer comme la partie étiologico-justificative du motif objectif³⁰³. Elle se présente dans un rapport causal «externe», dans la mesure où la *causa*, comme point de départ d'un enchaînement causal, est la raison qui mène au contrat et le justifie.

Il est à rappeler que la *causa* n'est pas synonyme de contrat, même si parfois elle est manifestée par lui ou par l'acte d'exécution (*datio* ou *factum*). En ce sens, le contrat et l'acte d'exécution agissent comme des vecteurs du motif. Plus précisément, la *causa* doit être différenciée du contrat qui devient une *causa* au sens de titre juridique. Ce qui se produit dans des cas où, justement, le contrat est employé comme une extension de la *causa* au sens de motif.

L'établissement d'un rapport causal entre les différents éléments d'une relation contractuelle découle de la dimension étiologico-justificatrice de la *causa*³⁰⁴. La *causa subsit* (*causa* sous-jacente) traduit l'existence d'un fondement à la base des rapports contractuels: elle fonde le contrat, les obligations et, indirectement, la protection par une action civile en exécution.

2.2. PAULUS, D. 19.4.2

Le fragment de PAULUS, D. 19.4.2, rapportant des propos d'ARISTO, fait aussi allusion à l'aspect sous-jacent de la *causa* dans le contexte d'une comparaison entre un contrat typique (*emptio*, l'achat) et atypique (la *permutatio*, le contrat d'échange). Il faut cependant noter qu'ARISTO ne précise pas spécifiquement en quoi les deux genres de contrat sont *vicini*³⁰⁵.

PAULUS, D. 19.4.2

«Aristo ait, quoniam permutatio vicina esset emptioni, sanum quoque furtis noxisque solutum et non esse fugitivum servum praestandum, qui ex causa daretur».

ARISTO dit que, puisque la *permutatio* est voisine de l'achat, il est logique aussi que l'esclave qui est donné en vertu d'une cause soit absout de ses larcins et de ses torts et qu'il faut garantir qu'il n'est pas fugitif.

³⁰³ Pour la doctrine qui utilise la terminologie de motif, cf. *supra* p. 47 n. 215.

³⁰⁴ A propos du caractère étiologique et justificateur, voir SANTORO (1983) p. 254; LANTELLA (1994) p. 117; PELLOSO (2011) p. 141; SCIANDRELLO (2001) p. 259 et p. 260 n. 138; voir aussi GALLO (1995) p. 107, mais dans la perspective de la *causa* comme *datio*, dont l'exécution légitimerait une protection par une action. Pour voir la *causa* comme un fondement, cf. MAYER-MALY (1991) p. 87 («*einsichtigem Grund zur Verpflichtung*»); LABORENZ (2014) p. 57 n. 187 («*Rechtfertigungsgrund*», dans le cadre de la *datio ob rem*).

³⁰⁵ Pour une étude de cette problématique, voir PELLOSO (2011) pp. 120 ss. Sur la question de la détermination du lien entre la *permutatio* et l'*emptio-venditio* à la lumière du fragment D. 12.4.16, voir l'étude de CRISTALDI (2007) pp. 67 ss.

Tout d'abord, le texte permet d'établir que, dans les deux cas, il est donné en vertu d'une *causa*. Cette dernière sous-tend l'exécution qu'est l'acte de donner (*ex causa daretur*, on donne en vertu d'une *causa*). Un aspect d'origine se présente dans la préposition *ex*³⁰⁶ qui place la *causa* rationnellement avant l'acte – la *causa* se trouvant dans un rapport causal «externe» avec les autres éléments de la relation contractuelle – mais pas nécessairement chronologique selon un raisonnement tenu précédemment³⁰⁷.

Néanmoins, le texte est moins clair sur la structure de la *causa* par rapport au contrat: la *causa* renvoie-t-elle au contrat lui-même ou à un élément le précédant? Il est difficile d'apporter une réponse claire à cette question.

Ce qui importe pour notre étude est d'observer un rapport causal entre la *datio* et la *causa*: la première est faite en vertu de la seconde. Cette dernière considération suggère aussi un effet légitimatoire de la *causa*, antérieur, simultané ou postérieur à l'acte d'exécution³⁰⁸.

La mise en exergue de ces éléments permet de comprendre que la *causa* est le fondement de l'acte de donner et non pas la *datio* elle-même³⁰⁹. D'ailleurs, à ce propos, une opinion doctrinale considère la *causa* comme un emploi métonymique pour signifier *datio* (*ex datione daretur* au lieu de *ex causa daretur*)³¹⁰, interprétation qui nous paraît douteuse pour ce texte. La raison en est que le texte sépare l'acte de donner de sa cause et ne précise pas l'existence d'une contre-prestation ni si celle-ci consiste en une dation.

En somme, ce texte confirme l'aspect étiologique de la *causa* et son inscription dans un rapport causal avec l'acte d'exécution, conclusion déjà émise pour D. 2.14.7.2/4.

2.3. PAPINIANUS, D. 19.5.8 *in fine*

Quant au texte de PAPINIANUS, D. 19.5.8 *in fine*, auteur du 3^e s. ap. J.-C., s'il ne mentionne pas le terme *causa* explicitement, il suggère toutefois sa présence par l'expression *certa lege*.

³⁰⁶ Cf. *infra* p. 154 n. 693 et pp. 148 s n. 666. Pour WINDSCHEID (1850) p. 52, *ex causa* est un emploi inhabituel dans ce texte, puisqu'en général on trouve *ob causam* dans ce genre de contexte, ce qui suggère que la *causa* aurait un lien avec la locution *datio ob causam*. Pour un adhérent à cette dernière idée, voir CANNATA (2012) p. 321.

³⁰⁷ Cf. *supra* pp. 54 ss, en particulier pp. 55 s et pp. 65 ss.

³⁰⁸ Pour voir la *causa* comme une raison justificatrice postérieure, cf. SANTORO (1983) p. 226. *Contra*: DALLA MASSARA (2004) p. 289 qui pense que la justification peut aussi viser le présent.

³⁰⁹ Pour PELLOSO (2011) pp. 121 s, la *causa* est dans ce texte la fonction d'échange («*funzione di scambio*»), et non pas la dation faite dans un but. Il dénie cependant aussi p. 122 la qualité de raison justificatrice de la *causa* dans ce fragment, telle qu'elle a été identifiée par ARISTO.

³¹⁰ GALLO (1995) p. 110.

PAPINIANUS, D. 19.5.8 *in fine*

«*Dixi, tametsi quod inter eos ageretur verbis quoque stipulationis conclusum non fuisset, si tamen lex contractus non lateret*³¹¹, *praescriptis verbis incerti et hic agi posse, nec videri nudum pactum intervenisse, quotiens certa lege dari probaretur*».

J'ai dit que, bien que ce qui se passait entre eux ne fût pas non plus conclu dans les termes de la stipulation, si pourtant la clause contractuelle n'était pas cachée, là aussi il était possible de faire une *actio praescriptis verbis incerti*; et qu'il ne semblait pas qu'un simple pacte fut intervenu toutes les fois qu'il était prouvé qu'on donnait en vertu d'un accord déterminé.

Ce texte établit d'une part que la chose a été donnée en vertu d'une *lex contractus*³¹² ou d'une *certa lege* et d'autre part que la dation faite *certa lege* ne constitue pas un simple pacte. Mais, la locution *certa lege* est floue: il est ardu de savoir à quoi il est exactement fait référence. Les traductions des *Digesta* ne sont pas non plus univoques, puisque *certa lege* a été traduite par «*a fixed clause*»³¹³ ou encore par «*einer bestimmten Vereinbarung*»³¹⁴.

A notre sens, la locution désigne un accord déterminé et de ce fait suggère l'existence d'une *causa* fondant les actes des parties³¹⁵. Nous savons en effet qu'il ne s'agit pas d'un pacte nu³¹⁶ (*i.e.* une convention sans cause³¹⁷), mais d'une convention *certa lege* qui contient une intention commune des parties de contracter, élément qui implique l'existence d'une *causa*.

³¹¹ WATSON vol. 2 (1998) p. 118 traduit cette proposition par «*nonetheless if the contract clause is obvious*».

³¹² WATSON vol. 2 (1998) p. 118 traduit «*lex contractus*» par «*contract clause*». Pour une analyse détaillée de la locution, cf. GEORGESCU (1940) pp. 245 ss. La locution *lex contractus* apparaît également dans d'autres textes, pour désigner l'effet liant d'une clause contractuelle: D. 16.3.24 *in fine*; D. 19.1.13.26 *in fine*; *Vat. Fr.* 11 *in fine*.

³¹³ WATSON vol. 2 (1998) p. 118 traduit la fin du fragment comme ceci: «*a mere pact is not construed as having arisen between them whenever it is shown to be established with a fixed clause*».

³¹⁴ MISERA, in: BEHREND/KNÜTEL/KUPISCH/SEILER (1999) p. 600 *ad* D. 19.5.8 *in fine*.

³¹⁵ Dans le même sens, cf. SCHMIDLIN (2008) p. 122 qui voit l'expression *certa lege* comme un accord, formé par l'intention commune des parties. KNÜTEL (1997) p. 142 considère de manière hâtive la locution *certa lege* comme un pacte (à propos du raisonnement tenu par cet auteur, voir nos développements *supra* pp. 30 ss).

³¹⁶ Selon KNÜTEL (1997) p. 142, une dation faite *certa lege* ne correspond pas à la situation du pacte nu, mais à un pacte actionnable par l'*actio civilis incerti*. Si le pacte peut avoir une cause, il ne serait dans ce cas pas «nu» et pourrait ainsi mener à une action (p. 142). Il semble que, pour cet auteur, la notion de pacte non nu serait ainsi un équivalent du terme *conventio*.

³¹⁷ A propos de la notion *pactum* et *pactum nudum* et leur éventuelle délimitation avec la *conventio*, nous renvoyons *supra* à la p. 45 n. 208.

La présence implicite de la *causa* est suggérée par une analogie entre PAPIANUS, D. 19.5.8 et ULPIANUS, D. 2.14.7.2. La comparaison semble admissible si l'on considère deux points. Le premier concerne l'application d'une conséquence juridique similaire: la chose donnée en vertu d'une *certa lege* ou d'une *conventio* pourvue d'une *causa* ouvre la voie de l'action civile pour demander l'exécution de la contre-prestation. Dans les deux cas, il est question d'accorder une *actio praescriptis verbis* légitimée par une *conventio* contenant d'un côté, une *causa* et de l'autre, une *certa lege*. Le second point concerne le type de relation juridique visé, qui se trouve être similaire. Autant D. 19.5.8 *in fine* que D. 2.14.7.2 traitent d'un droit d'action pour les contrats atypiques prenant d'un côté, la forme générique de *dedi ut dares* et de l'autre le contrat estimatoire. L'analogie, en ce sens, est par ailleurs corroborée par l'emploi d'un terme indiquant la raison ou l'origine d'une obligation et d'une exécution: *subsit* pour le texte d'ULPIANUS; l'emploi de l'ablatif de *certa lege dari* chez PAPIANUS (littéralement, «il est donné en vertu d'une certaine loi/clause»). Pour ces raisons, il nous paraît justifié d'assimiler ces deux notions (convention assortie d'une *causa* – *certa lege*) à la même idée³¹⁸.

En outre, un autre texte aborde également le cas du contrat atypique qu'est la *permutatio* (contrat d'échange) et attribuée au *dans* une *actio praescriptis verbis* en raison d'une *certa lege*³¹⁹. Cette même idée de convention actionnable par l'*actio praescriptis verbis*, parce qu'elle contient un motif objectif et commun reconnu par le droit comme un accord légitime, ressort également de ce passage ulpien.

En somme, ces deux textes contiennent la locution périphrastique *certa lege* pour désigner la convention (cf. traduction allemande) assortie d'une *causa* comme un élément rationnel, fondement conduisant à l'exécution, puis à l'*actio praescriptis verbis* pour faire exécuter le contrat.

3. La dimension téléologique de la *causa*

Il convient à présent de se pencher sur la seconde partie de notre hypothèse qu'est la dimension téléologique (finale) de la *causa*. La *causa* comme motif³²⁰ objectif et commun revêt selon nous une fonction finale ou téléologique. En ce sens, la *causa* consisterait d'abord en la volonté générale de contracter, puis plus précisément en une at-

³¹⁸ GEORGESCU (1940) p. 255 estime quant à lui que l'expression *certa lege* fait référence à une disposition particulière et qu'elle ne reprend pas l'idée de *lex contractus*.

³¹⁹ ULPIANUS, D. 10.2.20.3 *in fine*: «Plane, inquit, si creditores eos pro portionibus hereditariis conveniant et unus placita detrectet, posse cum eo praescriptis verbis agi, quasi certa lege permutationem fecerint, scilicet si omnes res divisae sint» (Parfaitement, dit-il, si les créiteurs les poursuivent pour des portions d'héritage et qu'un seul rejette les prescriptions, il est possible de mener une *actio praescriptis verbis* avec lui, comme s'ils ont fait une *permutatio* en vertu d'un accord déterminé, si, bien entendu, toutes les choses ont été divisées).

³²⁰ Pour une explication de la terminologie de «motif», cf. *supra* pp. 44 ss.

tente objective de contre-prestation englobant la volonté de donner et de recevoir. Cette fonction de la *causa* sera étudiée à travers des textes arborant un contexte contractuel.

3.1. *Causa comme but poursuivi par les parties à travers le contrat*

Dans de nombreux textes³²¹, une idée de finalité ressort des formulations génériques *dedi ut dares/dedi ut facias* en raison de la conjonction finale *ut* (afin que, pour que)³²². D'ailleurs, l'emploi du subjonctif latin comme mode typique d'expression du souhait, surtout s'il est précédé d'un *ut*, met en exergue l'aspect final de la volonté³²³. En d'autres termes, *ut* traduit l'existence d'un but.

Le texte d'ULPIANUS, D. 2.14.7.2 reste le plus explicite quant à son lien avec la *causa*. En effet, ce passage ulpien attribue à la *causa* une fonction finale ou téléologique³²⁴ parce qu'elle est reliée aux formulations *dedi ut dares/dedi ut facias* par les conjonctions illustratives *ut puta* (par exemple) qui suivent. Ces formulations sont uti-

³²¹ D. 2.14.7.2; D. 19.5.15; D. 19.5.17.1. Voir également ULPIANUS, D. 39.5.18.1 *ab initio*, où il est question d'un cas de *dedi ut facias*: «*Denique refert aristonem putare, si servum tibi tradidero ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas*» (Enfin, il rapporte qu'ARISTO pense que, si je t'ai transmis un esclave pour que tu l'affranchisses après un délai de cinq ans); PAULUS, D. 19.5.5 pr. *in fine*: «*aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias: in quibus quaeritur, quae obligatio nascatur*» (en effet, ou bien je donne pour que tu donnes, ou bien je donne pour que tu fasses, ou bien je fais pour que tu donnes, ou bien je fais pour que tu fasses: dans ces cas, on demande quelle obligation naît); PAULUS, D. 19.5.5.1: «*Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est: sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse [...]. Sed si Scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit ac tu dumtaxat culpam praestare debes. Explicitus est articulus ille do ut des*» (Et assurément, si je donne de l'argent pour recevoir une chose, c'est un achat-vente: mais si je donne une chose pour recevoir une autre, parce qu'il ne semble pas qu'une *permutatio* de choses soit un achat [...]. Mais si je t'ai donné Scyphos pour que tu me donnes Stichus, j'aurai Stichus à mes risques et périls et toi, tu dois seulement en prendre la responsabilité. L'article *do ut des* a été expliqué); PAULUS, D. 19.5.5.2: «*At cum do ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit, sicut superiore casu emptio: si rem do, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest vel ad repetendum conditio*» (En revanche, lorsque je donne pour que tu fasses, si ce qui est fait est une chose qui d'ordinaire a trait à la location, par exemple pour que tu peignes un tableau, l'argent donné sera une *locatio*, de même qu'une vente dans le cas ci dessus: [en revanche] si je donne autre chose, ce ne sera pas une *locatio*, mais il naîtra soit une action civile dans mon intérêt, soit une *conditio* pour répéter). Pour une liste détaillée qui recense une série de textes attribuant une fonction finale à la *datio ob rem* dans le contexte des *conditiones*, cf. *infra* pp. 145 ss.

³²² Argumentaire également élaboré par SANTORO (1983) p. 253, pour qui un accent particulier est mis sur le but contractuel du fait du *ut*.

³²³ KÜHNER/STEGMANN (1912) p. 180, pp. 182 s.

³²⁴ Voir en ce sens également DALLA MASSARA (2004) p. 148, (2013) p. 364; PALMA (2016) p. 248; SANTORO définit la *causa* comme un «*scopo negoziale*», poursuivi par un acte qu'est le *negotium* – ce dernier terme serait à prendre dans un sens strict et technique d'acte à effet obligatoire, ce qui l'oppose à la donation, caractérisée par la gratuité et l'absence de «*causa negoziale*» (SANTORO (1983) p. 227, pp. 236 ss, et en particulier 238 n. 190, p. 242). Selon

lisées comme des exemples pour prouver l'existence d'un contrat (*contractus/synallagma*) et d'obligations générées par la *causa*.

L'aspect final de *ut* apparaît comme indicateur typologique sous-jacent et abstrait de la relation juridique; c'est le but visé qui va abstraitement déterminer le type de relation contractuelle³²⁵. Le but porte sur une prestation déterminée, attendue et objectivement reconnaissable pour le cocontractant dans la poursuite du but commun qu'est l'exécution des prestations à travers le contrat. La détermination du but commun, soit l'attente objective et réciproque de contre-prestation, constitue une *causa*, car elle donne son effet contraignant à la convention.

Les expressions *dedi ut dares/dedi ut facias* dénotent ainsi une attente de contre-prestation établie dans l'esprit des parties lorsqu'elles contractent et s'exécutent. De cette manière, les volontés individuelles se rejoignent en un but commun: constituer des obligations³²⁶ qui traduisent une attente de donner et recevoir un avantage. La *causa* aurait ainsi une dimension prévisionnelle³²⁷.

En ce sens, l'attente manifestée, en passant d'un but individuel à un but commun, transformera la simple convention en accord contraignant et légitime aux yeux du droit. L'effet contraignant permet la qualification de ce rapport comme *contractus* ou *synallagma*. Autrement dit, la convention assortie d'une *causa* devient par conséquent un contrat si les parties manifestent et acceptent communément le but assigné à la relation.

En outre, cette fonction téléologique (soit la poursuite du but commun) est assurée par une protection civile qu'est l'action en exécution du contrat. De cette manière, le but poursuivi peut servir lui-même de justification par l'intermédiaire du contrat. Ainsi, le but peut servir de *causa* au sens de fondement justificateur pour obtenir une protection

cet auteur (1983) pp. 226 s, p. 240, pour qu'une convention crée une obligation, devienne un *negotium* et produise une action civile, il faut qu'elle soit assortie d'un but obligatoire.

Cependant, la théorie de SANTORO se heurte à la question des donations mixtes, qui sont faites dans un but précis ou sous une condition, qui dépassent le cadre de la pure libéralité, comme le texte d'ULPIANUS, D. 39.5.18.2, négligé par l'auteur (cf. MANTELLO (1990) p. 85).

Pour une critique de cette théorie structurellement polarisée entre *negotium* et *donatio*, comme schématisation excessive, cf. DALLA MASSARA (2004) pp. 146 ss, qui considère que la faiblesse de cette théorie consisterait à comprendre la notion de *synallagma* comme «contrat», et non pas dans le sens plus restreint de «rapport [«vincolo»] d'échange entre les prestations qualifié par l'accomplissement de la première prestation».

³²⁵ A ce propos, BETTI (1947) p. 104 et p. 107 pense que la *causa* est un élément de but permettant la typologie.

³²⁶ Nous rejoignons partiellement l'opinion consistant à dire qu'un acte obligatoire contractuel est créé par le *scopo negoziale*, soit la volonté de constituer une obligation (cf. SANTORO (1997) p. 94, (1983) p. 247, p. 255), parce que, pour nous, l'aspect étimologique est tout aussi important.

³²⁷ Pour considérer la *causa* comme «prévision», voir CHAUDET (1973) p. 115.

contractuelle par une action en exécution³²⁸. En ce sens, la fonction téléologique se recoupe avec la fonction justificatrice de la *causa*. Cette idée sera développée dans les pages consacrées à l'interaction des deux aspects.

3.2. *Causa comme attente objective de contre-prestation: dénominateur commun entre ULPIANUS, D. 2.14.7.2, PAULUS, D. 44.7.3.1 et IULIANUS, D. 41.1.36 in fine*

L'aspect final de la *causa* comme attente objective, commune et déterminée de contre-prestation observé dans le texte d'ULPIANUS, D. 2.14.7.2 trouve une application équivalente chez PAULUS, D. 44.7.3 pr.^{329/1}³³⁰ et IULIANUS, D. 41.1.36 *in fine*³³¹. Un parallèle entre ces textes montre que la même idée de *causa* est exprimée de différentes manières dans des contextes similaires. Ces textes suggèrent que le terme a une composante obligationnelle au sens d'attente objective de contre-prestation, notion qui découle de celle d'intérêt évoquée auparavant³³².

ULPIANUS et PAULUS abordent la question de la naissance de l'obligation, mais tout en employant des expressions différentes. Le premier fait naître l'obligation de la *causa* (*subsistit tamen causa, ... respondit esse obligationem*, cf. D. 2.14.7.2). Le second l'attribue à l'*animus obligandi* par la locution *hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur*, dont la finalité est précisée plus loin comme *ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum* (cf. D. 44.7.3 pr./1).

³²⁸ A ce propos, voir également DALLA MASSARA (2013) p. 364 et (2009) p. 265.

³²⁹ PAULUS, D. 44.7.3 pr.: «*Obligationem 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*» (L'essence de l'obligation ne consiste pas dans le fait de rendre un corps ou une servitude nôtre, mais d'engager un autre à nous donner, faire ou fournir quelque chose).

³³⁰ PAULUS, D. 44.7.3.1: «*Non satis autem est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur*» (Pour qu'une obligation naisse, il ne suffit pas que l'argent chiffré appartienne à celui qui donne et devienne la propriété de celui qui reçoit, mais il faut encore qu'il soit donné et reçu avec l'intention de constituer une obligation).

³³¹ IULIANUS, D. 41.1.36: «*Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus*» (Quand nous sommes d'accord sur l'objet qui est délivré, mais que nous sommes même divisés sur les causes, je ne vois pas pourquoi la tradition n'aurait pas d'effet, par exemple si moi je croyais que j'étais obligé par un testament à te remettre un fonds, et que toi tu pensais qu'il t'était dû par stipulation. Car, si je te remettais une somme d'argent comptant pour te la donner, et que toi tu la recevais comme un prêt, il est établi que la propriété passe à toi et que le fait que nous divergions à propos de la cause de donner et de recevoir n'est pas un obstacle).

³³² Cf. *supra* pp. 59 s.

Dans ces textes, *animus* et *causa* ont le même sens d'attente de contre-prestation exprimée par les formulations du type *dedi ut dares/dedi ut facias* qui définissent l'*animus obligandi*.

Dans D. 2.14.7.2, il a déjà été évoqué que la *causa* revêt une fonction téléologique parce qu'elle vise un but commun³³³. En particulier, le texte décrit implicitement l'aspect volontaire de s'engager, se traduisant par l'attente objective de contre-prestation. On retrouve cette même idée chez PAULUS, D. 44.7.3.1 avec l'*animo ut obligatio constituatur* qui exprime la volonté de s'obliger, donc de contracter. A la teneur de D. 44.7.3 pr., la composante obligationnelle et finale de la *causa* réside aussi dans l'intention commune portant sur le type d'obligation à exécuter (*dare, facere, praestare*)³³⁴. Ce but, comme élément prévisionnel et volitif, constitue une facette de la *causa* en tant que motifs objectifs et communs.

Quant à IULIANUS, dans D. 41.1.36, il aborde indirectement le cas de la formation viciée de la source de l'obligation en raison d'une divergence sur la cause de donner et de recevoir (*causa dandi atque accipiendi*). Le texte suggère que la *causa* se situe sur un plan volitif qui domine et dicte les actes: elle renvoie au but poursuivi par chaque partie. A cet égard, IULIANUS précise que la divergence des intentions de donner et recevoir n'est pas un obstacle au transfert de propriété.

La *causa* renvoie à la volonté portant sur un intérêt, à une attente de contre-prestation. Celle-ci constitue la composante finale des motifs objectifs communs traduisant une volonté de donner dans un intérêt. Les textes permettent d'identifier l'idée selon laquelle, pour former le contrat, il faut disposer de la volonté de s'obliger dans un but

³³³ Cf. *supra* pp. 71 ss. En ce sens, voir DALLA MASSARA (2004) pp. 132 s., p. 138, pour qui *causa* signifierait « *scopo giuridicamente rilevante che il contratto è volto a realizzare* », et aurait donc une valeur téléologique (p. 133 n. 200). Quant au but, il serait pour lui la fonction contractuelle (DALLA MASSARA (2004) p. 148: « *la funzione è lo scopo giuridicamente rilevante che i soggetti intendono attuare attraverso il contratto* » (la fonction est le but juridiquement contraignant que les parties entendent atteindre par le biais du contrat). Cet auteur estime que ce *scopo* peut être remplacé par le terme « *funzione* », et que ces deux mots seraient donc alternatifs pour désigner une notion finale et pas forcément antithétiques dans l'esprit des juristes romains; la signification moderne de ceux-ci ne serait peut-être pas applicable à la linguistique romaine (DALLA MASSARA (2004) p. 132 n. 200; SANTORO (1997) p. 94 n. 36). Pour le même sens de « *funzione* » ainsi que de « *scopo* » donné à la *causa*, cf. SANTORO (1983) p. 227. Dans le sens du caractère inadapté au droit classique romain du terme « *funzione economico-sociale* » élaboré par la doctrine moderne, voir aussi SANTORO (1997) p. 94 n. 36.

³³⁴ PAULUS, D. 44.7.3 pr. *in fine*: « *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutum nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum* » (L'essence de l'obligation ne consiste pas dans le fait de rendre un corps ou une servitude nôtre, mais d'engager un autre à nous donner, faire ou fournir quelque chose).

précis, visant à ce que quelqu'un d'autre fasse ou donne quelque chose pour la partie qui s'engage à donner.

B. Caractère objectif et commun du motif

Le caractère objectif a déjà été évoqué³³⁵ lors de l'analyse de D. 2.14.1.3 *ab initio* par opposition au caractère subjectif du motif.

A en croire les textes, les rapports et actes contractuels des parties sont motivés autant par des motifs subjectifs qu'objectifs. Les motifs objectifs constituent la *causa* lorsqu'ils deviennent communs³³⁶ et déterminés. Ils rendent ainsi la convention contraignante. Une fois devenu contraignant, le rapport n'est plus une simple convention, mais devient un *contractus* selon ULPIANUS³³⁷.

Le texte de IULIANUS, D. 41.1.36 est particulièrement éclairant sur la nécessité de l'aspect commun du motif³³⁸. Si IULIANUS valide clairement le transfert de propriété³³⁹, il suggère toutefois le caractère inopérant du contrat si les parties divergent sur la *causa dandi atque accipiendi*. La *causa* de donner et de recevoir n'a pas d'impact sur le transfert des droits réels, mais bien sur la conclusion du contrat. IULIANUS reconnaît implicitement que, dans un tel cas, les obligations contractuelles ne sont pas créées. Ce corollaire découle du fait que la volonté de donner et de recevoir est altérée parce qu'elle n'est plus commune. Chaque cocontractant est relégué à sa volonté indi-

³³⁵ Cf. *supra* pp. 44 ss.

³³⁶ Sur la question de la *causa* comme «motif commun qui détermine l'acte», cf. LANTELLA (1994) p. 117; voir aussi MELILLO (1970) p. 75 n. 86 dans un sens qui nous paraît similaire à notre idée de motif commun («*'causa' si identifichi con le ragioni sostanziali del rapporto*»). L'idée d'objectivité est aussi admise par SCHIAVONE (1971) p. 180 («*alla conventio si accompagna una determinata struttura oggettiva (causa, cioè una altro citroque obligatio)*») et DALLA MASSARA (2013) p. 364.

³³⁷ ULPIANUS, D. 2.14.7.2 *in fine*: «*esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio*».

³³⁸ Pour le fragment et sa traduction, cf. *supra* p. 73 n. 331.

³³⁹ La question de l'importante controverse entre IULIANUS, D. 41.1.36 et ULPIANUS, D. 12.1.18 pr. relative aux conséquences de droits réels d'une dissension des parties sur la *causa* ne sera pas abordée dans le cadre de cette étude. Cette problématique a donné lieu à de grandes discussions sur le caractère abstrait ou causal de la *traditio* initiée par SAVIGNY (1853) pp. 256 s. Nous renvoyons à la littérature vaste à ce sujet, citée par LABORENZ (2014) pp. 18-22, qui résume de manière succincte et efficace l'état de la recherche à ce propos. Pour des commentaires des deux textes, voir: LANGE (1930) pp. 64 ss; CUIGNET (1959) p. 303; SERAFINI (1868) pp. 51 ss; MER (1961) pp. 149 ss; PFLÜGER (1937) pp. 18-22; HUPKA (1932) 1 ss; BETTI (1930) p. 331; EVANS-JONES/MACCORMACK (1989) pp. 106 s; GORDON (1989) p. 127; MONIER (1930) pp. 223 ss; EHRHARDT (1930) pp. 136 ss; VAN OVEN (1939) pp. 441 ss; CANNATA (1992) pp. 67 ss; VAN VLIET (2003) p. 367; SACCOCCIO (2002) pp. 333-359; VACCA (2005) p. 32; LABORENZ (2014) pp. 35 ss; FERCIA (2017) pp. 121 ss.

viduelle, sans trouver chez l'autre d'élément contractuel commun. En d'autres termes, la *causa dandi atque accipiendi* doit être commune pour mener à un accord contraignant. Le cas échéant, cette expression fait référence aux motifs objectifs et communs de contracter, soit à la *causa contractus*.

C'est cet élément objectif de la *causa* qui va permettre la conclusion de l'accord et sa protection par une action en cas de non-exécution de la contre-prestation³⁴⁰. Dans cette mesure, comme on l'a déjà relevé précédemment, la *causa contractus* se trouve à l'origine d'une série de causes et effets subalternes, soit dans un rapport étiologique et justificatif en cascade avec ces dernières³⁴¹.

Par ailleurs, l'intention de s'obliger (*animus obligandi*) exprime une attente de contre-prestation «objective», parce qu'on désire s'obliger dans l'une des formes autorisées par l'ordre juridique et dont l'inexécution est sanctionnée par une action³⁴². Le droit ne tient pas compte des intérêts particuliers à contracter dans leur dimension proprement subjective.

En sus d'avoir été émise par ULPIANUS³⁴³, cette idée est exprimée également par PAULUS³⁴⁴. Ces auteurs désignent le versant objectif de la volonté: ils extraient un élément général et commun à tout comportement³⁴⁵ obéissant à une volonté et une psychologie propre. PAULUS porte donc son intérêt vers les éléments communs à toute *ratio humanis* lors d'un épisode contractuel généré par les motifs objectifs et communs. L'attente de contre-prestation doit être comprise comme un élément objectivement abstrait et prévisionnel qui se rattache à des circonstances concrètes que sont les prestations visées par les parties. Les motifs objectifs et communs sont pris en considération par le droit pour créer un rapport obligatoire, et non pas les motifs personnels ou subjectifs. Le but abstrait et prévisionnel d'attente de contre-prestation constitue ainsi la motivation objective de chaque cocontractant. Le droit objective un élément commun aux parties pour lui attribuer des effets juridiques, à savoir un contrat, puis, indirectement, une action civile.

³⁴⁰ En ce sens, voir DALLA MASSARA (2013) p. 364.

³⁴¹ Cf. *supra* pp. 65 ss et schéma n° 3 p. 66.

³⁴² Voir également BONFANTE (1926) p. 132, qui estime que l'objectivité de la *causa* consiste en les volontés de donner une valeur juridique à leur affaire. CERAMI (1976) p. 143 juge également que la *causa* serait «*la posizione giuridica sottesa all'accordo di volontà posto in essere da coloro che in unum consentiunt*» (la position juridique sous-tendue à l'accord des volontés prend forme chez ceux qui consentent); elle est «une structure juridique déterminée» ou «un début d'exécution du contrat».

³⁴³ D. 2.14.1.3 et 2.14.7.2.

³⁴⁴ D. 44.7.3 pr./1.

³⁴⁵ Pour une définition plus ou moins similaire du caractère objectif des intérêts des parties en raison de l'acte d'exécution tourné vers une finalité future, cf. DALLA MASSARA (2013) p. 364.

Ces motifs communs ou *causa* sont objectivés par l'ordre juridique dans le but de rendre contraignante une convention et d'en sanctionner l'inexécution³⁴⁶, quel que soit le type de contrat; c'est en cela que réside la finalité des propos rapportés par ULPIANUS.

Ces développements peuvent être illustrés par le schéma suivant:

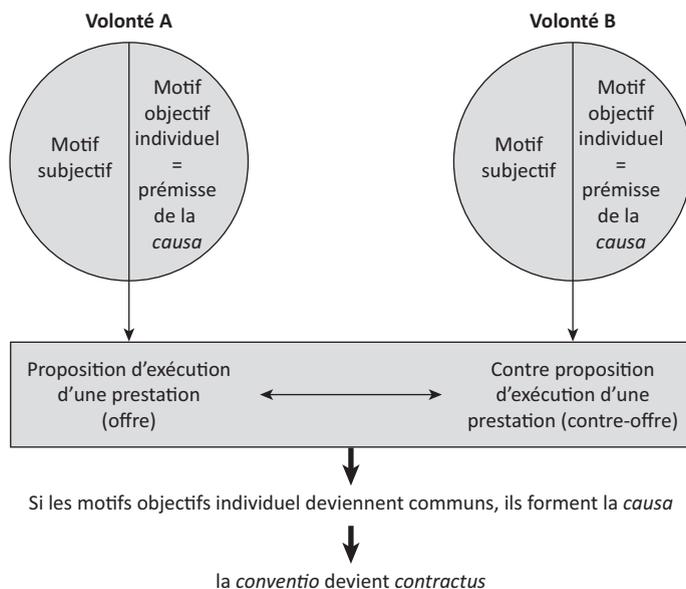


Schéma n° 4: Prémisses et formation de la *causa*

C. Interaction des aspects étologique et téléologique

Les composantes de la *causa* étant d'ores et déjà définies, le moment est désormais venu de s'interroger sur leur interaction et délimitation.

L'analyse des textes nous amène à penser que l'aspect téléologique se mêle d'une caractéristique étologique. En d'autres termes, la *causa* guidant les parties dans leur but commun qu'est l'exécution des prestations, à la fois constitue la source de l'obligation et légitime l'attribution patrimoniale et le recours à une action civile³⁴⁷. S'il est vrai que le motif commun précède l'acte d'un point de vue rationnel, il justifie l'existence

³⁴⁶ Pour aussi voir le motif comme l'essence objective de la relation entre les parties, mais sans développement approfondi, cf. BONFANTE (1926) p. 131: « *il motivo, se si vuole, per cui la legge riconosce la sanzione giuridica, cioè l'essenza obbiettiva della relazione tra le parti, il negozio* ».

³⁴⁷ Cf. aussi SANTORO (1983) p. 253; LANTELLA (1994) p. 117.

du contrat et la légitimité de son exécution grâce au but poursuivi par la transaction sur le moment présent³⁴⁸, mais aussi *a posteriori*.

Le but peut servir de justification pour demander l'exécution indépendamment de la configuration temporelle des actes. Ainsi, le but sert de raison et la raison justifie le but³⁴⁹.

A notre sens, l'aspect étiologique est une fonction de la *causa* tout aussi importante que l'aspect téléologique: la désignation concrète du but, soit la contre-prestation représentée à la fois les deux fonctions³⁵⁰. En ce sens, on pourrait dire que le but et la raison se confondent matériellement en chaque prestation concrète. Lorsque le co-contractant doit s'exécuter, la contre-prestation attendue doit être considérée comme la raison de sa propre exécution. Autrement dit, d'un point de vue concret, la raison de donner est la contre-prestation effective, et cette dernière représentant également le but visé, le but et la raison d'agir finissent par désigner le même objet matériel.

Un raisonnement similaire peut être appliqué au contrat: le contrat contient les motifs communs, respectivement le but et le fondement pour exiger l'exécution des prestations. Mais, nous verrons au cours de notre second chapitre que, selon le contexte donné, le terme *causa* peut désigner soit le but soit la raison du contrat³⁵¹. La *causa* aurait plusieurs facettes, parmi lesquelles on doit compter le but et la raison justificative.

Nous défendrons l'idée que, si la *causa* étiologique et téléologique peuvent tantôt se confondre tantôt se distinguer, elles sont toujours coexistantes³⁵². La *causa*, en tant

³⁴⁸ Pour cette idée de la *causa* justificatrice se rapportant à un événement dans le présent, cf. DALLA MASSARA (2004) pp. 289 s.

³⁴⁹ Nous avons ainsi une conception similaire à celle de DALLA MASSARA (2004) p. 289.

³⁵⁰ A ce propos, un peu différentes sont les visions de SANTORO et DALLA MASSARA, qui centrent leur argument sur la notion de but que revêt la *causa* et mettent en arrière plan la dimension étiologique de la *causa*, en traitant leur interaction de manière très brève. SANTORO (1983) pp. 253 s précise que «le but [...] agit comme une cause justificative de l'attribution patrimoniale, selon une facile inversion de perspective par laquelle ce qui viendra après (le but), comme préordonné à l'acte, qui est réalisé en vue de celui-ci, finit par représenter sa justification». Selon cet auteur, ce renversement de perspective signifie qu'il existe une transformation de la cause téléologique se situant dans le futur en cause étiologique se référant au passé. A ceci DALLA MASSARA (2004) pp. 289 s répond qu'il n'y a pas «d'inversion de perspective, mais il faudrait plutôt penser à une évolution, qui, de l'idée de justifier la raison («dans le présent») conduit à celle de la fonction (donc avec une projection «dans le futur»)».

³⁵¹ Cf. *infra* pp. 140 ss.

³⁵² Pour SANTORO (1983) pp. 253 s, l'aspect téléologique deviendrait ainsi étiologique: le but («*scopo*») est d'abord antérieur et final dans l'esprit des parties avant la commission de l'acte, et joue un rôle de justification postérieurement à l'acte. Dans cet ordre d'idées, la *causa* aurait un sens de but contractuel justificateur (p. 254). Pour DALLA MASSARA (2004) pp. 289 s c'est le contraire: le but succède à la raison, puisque la question de la raison est posée dans le présent et celle du but dans le futur.

que source du contrat et de l'obligation ainsi que but poursuivi par ceux-ci, peut servir de légitimation pour demander l'exécution. En ce sens, le but et la raison coexistent. Par ailleurs, d'un point de vue temporel, la justification pour demander l'exécution ou intenter une action judiciaire peut être utilisée sur le moment présent, de manière rétrospective ou prospective. De la sorte, la *causa* dans sa dimension rationnelle se situe à la fois dans le présent (justification immédiate) et le passé (en étant utilisée de manière rétrospective), mais peut viser aussi des circonstances futures, ce qui lui donnerait une valeur également prospective. En effet, si la *causa* peut être rétrospective parce qu'elle indique une postériorité de l'acte considéré comme justification, elle peut aussi être prospective dans les cas où elle justifiera une exécution qui n'a pas encore eu lieu.

Ainsi, la question de «perspective» chronologique arguée par SANTORO (1983) pp. 253 s qui permettrait de distinguer la raison du but ne semble pas correspondre à ces différentes implications temporelles. La chronologie ne joue pas de rôle pour considérer la *causa* comme source de l'obligation. Cette dernière n'a pas de dimension temporelle qui lui serait caractéristique. De manière générale, le critère de la temporalité ne semble pas être déterminant, même s'il peut parfois être valable. Car, si, par exemple «je donne pour que tu fasses», la justification même de l'acte de donner est la perspective de contre-prestation. La contre-prestation matérielle représente donc à la fois le but et le fondement justificateur de l'acte de donner. Selon son utilisation fonctionnelle, la *causa contractus* peut viser soit le but, soit la raison justificatrice, voire les deux conjointement. Et l'orientation du curseur sur l'un ou sur l'autre ne signifie pas que ces fonctions s'excluent. Elles sont toutes deux incluses dans la notion de *causa* et peuvent ainsi être coexistantes.

L'interaction de ces deux fonctions sera étudiée en détail dans le second chapitre de cette étude. Nous verrons que la prestation matérielle attendue peut aussi être considérée comme une raison (*causa* au sens strict). En effet, il existe une distinction fonctionnelle de l'emploi des termes *res* et *causa* lorsqu'ils se présentent sous la forme *ob rem* et *ob causam* dans le contexte des *condictiones*. Cette analyse va permettre d'éclairer la nature de la distinction de la plupart des emplois de ces deux termes, leur interaction et la répercussion sur la notion de *causa contractus*.

Titre IV: Synthèse du chapitre premier

Pour conclure ce premier chapitre, la thèse qui a été défendue avait pour objet la définition fonctionnelle de la *causa contractus* comme les « motifs objectifs, communs et déterminés de contracter » desquels l'ordre juridique fait découler des conséquences (*i.e.* la création du contrat et des obligations, l'actionnabilité des prestations). Les deux utilisations fonctionnelles de la *causa* prennent un tournant étiologico-justificatif et téléologique. Ces deux fonctions constituent les deux versants de la *causa* comme motif objectif, qu'on pourrait qualifier de *causa* « au sens large ».

De manière générale dans le texte d'ULPIANUS, D. 2.14.7.2, la *causa* prend place dans le contexte de l'attribution d'une protection des contrats atypiques. Avant le témoignage d'ARISTO (ULPIANUS, D. 2.14.7.2), les parties à ce genre de contrats ne bénéficiaient pas de protection pour exiger l'exécution des prestations, à la différence des contrats typiques auxquels correspondait déjà une action propre. Il fallait donc trouver un moyen pour permettre l'actionnabilité des contrats atypiques. Le texte D. 2.14.7.2 indique que la *causa* est un facteur déterminant pour reconnaître ces conventions comme dignes de protection, parce qu'elle permet de générer un accord contraignant et produire des obligations. Dans ce cadre, définir la *causa* et ses composantes permet de comprendre l'origine du contrat.

Malgré les difficultés d'interprétation du fragment D. 2.14.7.2, l'idée de *causa contractus* se dessine pour marquer une certaine réciprocité de l'échange de prestations et une certaine objectivation du motif individuel, qui deviendra commun par l'effet du consensus.

Nous avons vu que certaines définitions de la doctrine se heurtent à des obstacles. Ces observations nous ont mené à considérer que l'exécution de la première prestation dans un but (« *zweckbestimmte Leistung* ») n'est pas en soi déterminante pour définir la *causa*.

Certains textes ont montré que la *causa* dispose d'une assise antérieure à l'obligation et la dation elle-même³⁵³. Ce qui la remonte à un plan volitif et abstrait, c'est-à-dire au-dessus de la dimension physique du domaine des actes.

La volonté des négociants précédant et accompagnant l'action est précisée par ULPIANUS, D. 2.14.1.3. Elle se compose de deux éléments. Le premier doit être qualifié de «motif subjectif», par lequel on se demande quelle est la motivation purement personnelle du négociant. Le second doit être caractérisé de «motif objectif» qui correspond à la question de savoir si chacun des négociants a une attente de contre-prestation objective et individuelle, qui correspondra à la *causa* si le motif devient commun.

Par une analyse fonctionnelle, notre position se différencie de l'*opinio communis* de la *causa* comme prestation de but déterminé dans la mesure où nous adoptons une perspective double quant à ce fragment. D'un côté, la *causa* est à l'origine et une justification de l'obligation, du contrat et indirectement de l'action contractuelle (fonction étiologico-justificative) et, de l'autre, elle revêt une valeur de but commun (fonction téléologique).

De la sorte, une approche fonctionnelle, au sens de l'étude de l'utilisation du terme dans un contexte donné, a mis en évidence ces deux fonctions spécifiques. La *causa* est employée pour désigner une finalité ainsi qu'un fondement justificateur du contrat et de l'exécution de chaque prestation.

Plus précisément, ces fonctions de la *causa*, l'une téléologique, l'autre étiologico-justificatrice, se caractérisent de la manière suivante. La fonction téléologique, tenant à la poursuite du but commun d'exécution des prestations, traduit une attente de contre-prestation. Lorsque la *causa* joue un rôle étiologico-justificateur, elle désigne le fondement du contrat/*synallagma* et des prestations, et sert à les justifier. Cette fonction attribue à la *causa* un sens de fondement indirect pour se voir attribuer une action – la condition matérielle directe (*causa petendi*) étant le contrat et l'exécution de la première prestation.

Si nous rejoignons la théorie minoritaire de la *causa* comme but qui devient justificateur³⁵⁴, notre position s'en distingue en revanche par rapport à l'interaction des deux fonctions, dont la distinction n'est pas de nature chronologique. En effet, si le but a nécessairement une connotation prévisionnelle, la *causa* dans sa fonction de raison justificative peut être utilisée pour justifier un acte passé, présent ou futur. En d'autres termes, celle-ci peut avoir une dimension justificative rétrospective, présente ou pros-

³⁵³ Cf. D. 2.14.7.2/4; D. 19.4.2; D. 19.5.8 *in fine*.

³⁵⁴ Théorie développée surtout par SANTORO (1983) pp. 253 s, et suivie partiellement et nuancée par DALLA MASSARA (2004), dont la spécificité est expliquée *supra* p. 74 n. 333.

pective. Le but peut, par ailleurs, également servir d'étiologie dans le sens où il est la source de l'obligation et qu'il sert de justification pour chaque exécution.

En outre, la *causa* sous-jacente se répercute sur chaque événement du rapport contractuel, comme une sorte de cascade de causes, d'où l'idée qu'elle se trouve dans un rapport causal «externe» avec les autres éléments du contrat. Cet enchaînement causal, dont l'origine est la *causa* comme motif, permet d'expliquer le lien entre la *causa*, le contrat et l'exécution des prestations.

Le contrat et la prestation matérielle, en étant parfois utilisés comme justification pour demander l'exécution, agissent comme des vecteurs de la *causa*. En ce sens, chacune des prestations trouve son fondement et sa justification matériels et concrets dans le contrat et la contre-prestation, d'où la dimension de réciprocité exprimée par le *synallagma*. Cet usage justificatif s'explique par la chaîne de causalité érigeant le contrat et les prestations matérielles en conséquence de la *causa* comme motif. De cette manière, contrat et prestation portent en eux la *causa* comme motif: ils la véhiculent. Cette idée pourrait expliquer pourquoi la *causa* a souvent été comprise comme la prestation elle-même, mais aussi dénouer cette confusion par une hypothèse nuancée.

Le caractère «objectif» du motif a également été explicité. Le choix de cette terminologie s'explique par le fait que le droit s'intéresse à un élément volitif «objectif», le but des parties, lequel les conduit à négocier et contracter. L'ordre juridique donne une importance légitime à cet *animus contrahendi/obligandi*, l'objective et le matérialise en un élément juridiquement utilisable. Les textes ont montré que, pour toute obligation contractuelle, il faut une *causa*. La *causa* a ainsi une dimension générique parce qu'on la retrouve dans tout processus contractuel.

La *causa* étant un animal se situant à mi-chemin entre l'objectivité et la subjectivité, la qualification de «motif objectif», parce que le droit lui accorde une certaine importance, paraît être un bon compromis³⁵⁵.

La *causa*, soit les motifs objectifs, constitue le fondement causal de la convention; elle est le premier chaînon dans l'axe causal des relations précontractuelles et contractuelles.

Pour toutes ces raisons, la traduction du terme «*causa*» dans ULPIANUS, D. 2.14.7.2 doit rester littérale. Ainsi, il serait préférable de traduire le terme *causa* par «cause» pour ne pas porter atteinte à la richesse sémantique du mot latin. Mais il doit conceptuellement sous-entendre les «motifs objectifs, communs et déterminés de contracter».

³⁵⁵ MAURY (1951) p. 493: «La volonté juridique n'est qu'une volonté psychologique réduite et, par là, adaptée à son rôle, à son domaine: il faut, à un certain endroit, couper la chaîne. Le meilleur moyen de choisir cet endroit est sans doute de combiner les deux points de vue objectif et subjectif, de limiter, par la considération d'éléments objectifs, la recherche d'intention».

Nous pouvons exprimer ces conclusions pour les contrats *consensu, re, re et verbis, litteris*, à l'aide du schéma suivant:

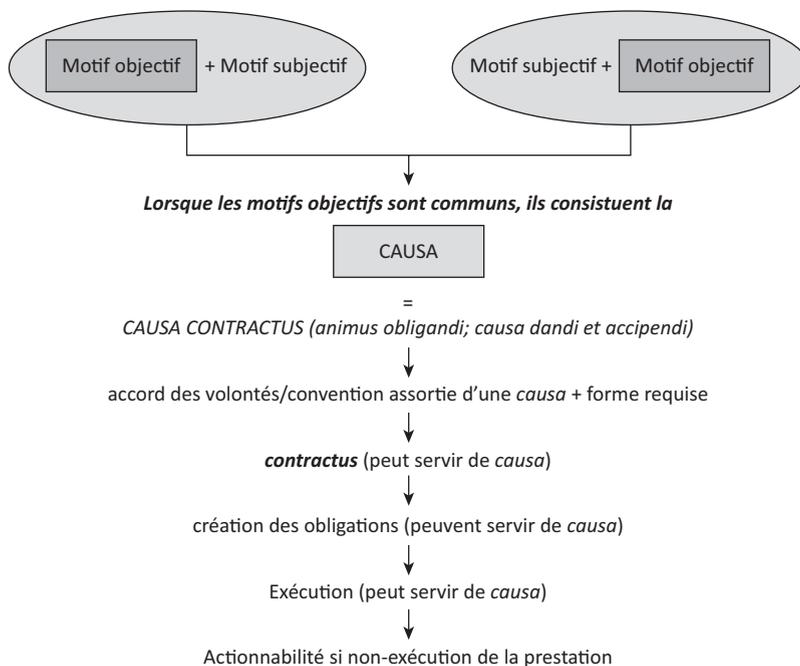


Schéma n° 5: La *causa* dans les formes contractuelles typiques et atypiques

Chapitre second: Les résurgences de la *causa contractus* dans le contexte des *condictiones*

Titre I: Introduction

La *causa contractus* étudiée dans le chapitre précédent à l'aune du contexte spécifique des contrats atypiques a été définie par ses usages fonctionnels téléologique et étio-logico-justificateur. La nature de l'interaction de ces fonctions restait cependant difficile à cerner et mérite d'être approfondie par une étude plus vaste des textes.

Ce second chapitre défendra l'idée que ces fonctions resurgissent dans le contexte des actions en répétition (*condictiones*), sous les formes *ob rem* (pour un but) et *ob causam* (en vertu d'une *causa*).

La définition des termes *res* et *causa* est quasi-inexistante ou confuse en raison de leur polysémie: leur sens en droit romain classique demeure énigmatique³⁵⁶. Toutefois, nous verrons que *res* et *causa* se précisent dans un sens qui leur est spécifique à chacun, lorsqu'ils revêtent la forme *ob causam datur* et *ob rem datur* dans le contexte des *condictiones*.

Le sens des expressions *ob rem datur* et *ob causam datur* est problématique en particulier parce que plusieurs fragments semblent entrer en contradiction. Ainsi, la question de leur assimilation ou de leur distinction se pose.

Deux fragments de PAULUS et POMPONIUS³⁵⁷ semblent distinguer *res* et *causa* en les posant en alternative l'une de l'autre; tandis que d'autres textes³⁵⁸ semblent les

³⁵⁶ Comme l'avait d'ailleurs soulevé LENEL (1889) p. 235 n. 17: «*Auch die römischen Bezeichnungen res und causa lassen an Bestimmtheit viel zu wünschen übrig*».

³⁵⁷ PAULUS, D. 12.5.1 pr. et POMPONIUS, D. 12.6.52. Pour les textes et leur traduction, cf. respectivement *infra* p. 163 et p. 165.

³⁵⁸ Cf. fragments analysés *infra* pp. 201 ss.

confondre. Parfois, le manque structurel de clarté entre *ob rem* et *ob causam* dans certains textes génère une confusion d'utilisation parmi les juristes. À défaut de mentionner une définition générale et abstraite, les textes antiques traitent en somme ces deux types de dations tantôt comme distinctes, tantôt comme confondues, ce qui les rend inintelligibles.

Plusieurs auteurs modernes ont proposé diverses solutions pour dénouer cette confusion, en adoptant trois approches : soit par critères distinctifs, soit en les considérant comme synonymes, et enfin en présentant un mélange de ces deux possibilités. Les critères et leur démonstration varient selon les romanistes, par exemple le critère de la temporalité, celui de la nature gratuite ou rémunératoire de l'acte juridique, celui de la conséquence juridique (répétible/non répétée), etc.

Pour comprendre les raisons de ces interprétations, nous examinerons d'abord les différentes traductions publiées par les romanistes modernes³⁵⁹ et ensuite la littérature relative à la distinction entre dation *ob rem* et dation *ob causam*. Il faut discerner entre la doctrine majoritaire et des doctrines isolées, à l'instar de celles de SCHWARZ, PELLECCI, CHAUDET et HARKE, que nous présenterons et commenterons. Après cet examen, nous proposerons notre thèse en la matière en tentant de respecter l'authenticité des fragments.

Notre interprétation du problème s'inscrira dans la confirmation de la thèse initiée dans notre premier chapitre. La thèse proposée dans ce second chapitre démontrera que la *causa contractus* ressurgit dans le contexte des *condictiones* à travers les formes *ob rem* et *ob causam*³⁶⁰. À chaque expression (*ob rem* ou *ob causam*) correspond une fonction de la *causa contractus*. Nous soutenons en substance d'une part, qu'*ob rem* représente l'aspect final de la *causa* mentionnée dans l'extrait d'ULPIANUS, D. 2.14.7.2. D'autre part, *ob causam* renverrait à sa dimension étymologique.

Nous proposons une définition fonctionnelle des locutions *ob rem* et *ob causam*, dont l'objet consiste à déterminer la fonction que ces dernières revêtent dans leurs différents contextes d'applications. Il sera également question d'étudier plus en profondeur l'interaction entre les fonctions de but et de fondement justificateur. Une approche fonctionnelle semble à nouveau convenir, cette fois en raison de l'absence de critères transversaux distinctifs ou du fait de la sévère irrégularité de ceux-ci. Cela a pour conséquence l'absence d'un usage uniforme de la *causa* pour et entre chaque auteur romain³⁶¹. Une telle méthode fonctionnelle, comme lors du premier chapitre, consti-

³⁵⁹ BEHREND/KNÜTEL/KUPISCH/SEILER (1999); WATSON (1998).

³⁶⁰ Une introduction précise quant à la démarche poursuivie pour démontrer cette hypothèse sera abordée *infra* pp. 139 ss.

³⁶¹ Par exemple, le critère de distinction chronologique présent chez POMONIUS, D. 12.6.52 semble être rejeté par ce même auteur, qui emploie le terme *causa* pour désigner une prestation non encore exécutée en D. 12.4.15.

tuera le *modus operandi* de cette partie. Nous définirons *res* et *causa* dans le contexte des *condictiones*, puis étudierons leur interaction.

En guise de plan succinct, nous présenterons et commenterons les différentes traductions bénéficiant d'une légitimité scientifique établie (II). Par la suite, nous analyserons l'opinion majoritaire et la commenterons (III), avant d'analyser les propositions des doctrines minoritaires (IV). Nous développerons ensuite notre conception du problème avec une proposition de résolution (V), après laquelle nous conclurons (VI).

Titre II: Les différentes traductions des expressions *ob rem* et *ob causam*

HAUSMANINGER propose de traduire *ob rem datur* par «wird [...] wegen eines Erfolgs [i.e. résultat] gegeben» et *ob causam* par «wegen eines Grundes [i.e. fondement]»³⁶². En revanche, WATSON traduit avec raison *ob rem datur* par «is given because a purpose is envisaged» et *ob causam datur* par «is given because a basis is assumed»³⁶³.

A notre sens, le choix de qualifier *res* par «Erfolg» n'est pas approprié. Si l'on s'en tient à la terminologie allemande moderne, «Erfolg» désigne la survenance matérielle du résultat escompté («ein Eintreten einer beabsichtigten, erstrebten Wirkung»³⁶⁴). D'un point de vue structurel, cette traduction est problématique, car elle concentrerait l'attention principalement sur la survenance du résultat³⁶⁵ de l'acte et moins sur l'intention qui accompagne et souvent précède ce dernier. Le terme choisi revêt une connotation principalement concrète de l'action et ne désigne pas le but visé. En ce

³⁶² HAUSMANINGER, in: BEHREND/KNÜTEL/KUPISCH/SEILER (1999) p.103 ad D. 12.5.1 pr. et p. 127 ad D. 12.6.52. HAUSMANINGER applique cette terminologie de manière généralisée pour *ob rem*, à l'exception de l'expression *quasi ob rem datur* de D. 19.5.5.1, qu'il traduit par «um einer Gegenleistung willen hingegeben» (p. 597). La traduction ne semble pas consistante à l'égard de cet emploi: HAUSMANINGER confond le but abstrait avec l'objet matériel et concret du contrat. Pour les raisons que nous expliquerons ultérieurement, nous préférons la traduction de «but» pour *ob rem* et «contre-prestation» pour *res* ou *causa* lorsqu'ils sont accompagnés de (*non secuta*) (cf. *infra* p. 251). A notre connaissance, deux autres exceptions se trouvent dans les textes D. 12.6.23.3 et D. 12.6.65.3, pour lesquels HAUSMANINGER traduit respectivement *ob causam dedit* par «hat er wegen eines Erfolges gegeben» (p. 114) et «quia causa, propter quam dedi» par «Erflog, dessentwegen ich geleistet habe» (p. 132), soit par la terminologie qu'il avait adoptée pour qualifier *res*. A noter que cette suggestion de traduction généralisée du mot *res* dans le contexte des *conditiones* trouve un précurseur en la personne de SCHWARZ (1952) p. 117.

³⁶³ WATSON vol. 1 (1998) p. 377 ad D. 12.5.1 pr. et p. 386 ad D. 12.6.52.

³⁶⁴ Duden (2019) p. 546.

³⁶⁵ Langenscheidt (1979) p. 249, «Erfolg» signifie «résultat».

sens, il ne paraît pas refléter l'esprit des textes et en particulier celui de POMPONIUS, D. 12.6.52³⁶⁶.

Par ailleurs, si l'on s'attache à une perspective purement terminologique, qu'en est-il de la différence entre but et résultat ? Sont-ils synonymes dans ce contexte ?

Il existe une différence entre les notions de but et de résultat. Le résultat contient un aspect de matérialisation concrète³⁶⁷, contrairement au but³⁶⁸. Celui-ci est une notion abstraite et idéale, composante de l'intention à l'origine d'un acte concret. Autrement dit, si le résultat contient la notion de but par la réalisation concrète de celui-ci, le but est lui-même un objectif abstrait dans l'esprit des parties qui peut être atteint ou non. En effet, il est possible que le but visé ne se réalise pas, car il peut arriver que le résultat produit diffère de celui-ci. Selon nous, la terminologie employée par HAUSMANNINGEER porte à confusion, car elle manque de précision en mélangeant deux notions à différencier : d'un côté, l'attente de résultat ou ce que nous appelons «but» et de l'autre, le résultat atteint. Il faudrait spécifier le terme «résultat» : il s'agit soit du résultat *attendu* (but), soit du résultat *atteint*. Le caractère attendu et visé du résultat sera mis en évidence ailleurs, dans le texte D. 22.1.38.1, pour lequel BEHRENDIS propose de traduire *ob rem* par «wegen eines bezweckten Erfolges»³⁶⁹.

La dimension abstraite et prévisionnelle du résultat du terme *res* est particulièrement flagrante chez POMPONIUS, D. 12.6.52. Le caractère «attendu» du résultat est abordé dans la proposition subordonnée finale, introduite par *ut* (*ob rem datur, ut aliquid sequatur*³⁷⁰). L'emploi de *ut* et du subjonctif induit une perspective de résultat, sans encore nous indiquer sa réalisation. L'exécution, exprimée par le verbe *dare*, s'effectue en vue d'un but, dont le contenu n'est précisé qu'après. Dans ce cas pompônien, le résultat attendu est traité dans un second temps : il s'agit du but voulu, mais non encore atteint. Ce type de formulation dénote une idée d'attente, de prévision, sans réalisation concrète. Par conséquent, il serait plus approprié de traduire *res* par «but» et non par «résultat».

L'atteinte ou survenance d'un résultat, qu'il soit voulu ou non, se présente également dans d'autres types de formulations contenant le verbe *sequi*³⁷¹, par exemple *res se-*

³⁶⁶ Pour le texte et sa traduction, cf. *infra* p. 165.

³⁶⁷ Selon le *TLF* vol. 14 (1990) p. 1005, le «résultat» se définit comme «ce qui arrive, ce qui se produit à la suite et comme effet de quelque chose», sans nécessairement spécifier s'il y a une intention particulière qui accompagne la notion générale de résultat.

³⁶⁸ Selon le *TLF* vol. 4 (1990) p. 1080, le «but» désigne la «fin que l'on se propose, intention animant un acte ou motivant une démarche».

³⁶⁹ BEHRENDIS, in: BEHRENDIS/KNÜTEL/KUPISCH/SEILER (2005) p. 102.

³⁷⁰ POMPONIUS, D. 12.6.52.

³⁷¹ Comme l'a aussi relevé SCHWARZ (1952) p. 118.

*cuta non fuerit*³⁷², *fuit res secuta*³⁷³ et *re nondum secuta posse abiri ab emptione*³⁷⁴. Ce type de locution indique une dimension concrète de la relation juridique: l'emploi du verbe au participe passé parfait passif (*secuta*) révèle que la survenance d'un résultat s'est produite. Ce résultat peut se manifester de deux manières: *secuta* indique que l'action s'est déjà produite, que le résultat atteint soit visé ou non; *non secuta* montre que l'action attendue n'a pas été exécutée (inexécution) et qu'il s'agit d'un résultat non voulu, du moins puisque la partie qui a déjà effectué sa propre prestation visait l'exécution de la contre-prestation.

En outre, si la notion de résultat était attribuée à *ob rem* comme à *ob causam*, comment faudrait-il comprendre la différence entre les deux? La raison qui, selon nous, justifierait une différence, serait de n'accorder à la *causa* qu'un caractère subjectif auquel l'ordre juridique n'octroierait pas d'effets³⁷⁵. Cette considération aurait donc pour corollaire d'écarter la *causa* en tant qu'élément fondateur objectif de l'acte juridique.

Par ailleurs, la terminologie d'«*Erfolg*» pourrait créer un autre type de confusion relatif à la nature de l'obligation: l'obligation serait-elle restreinte au résultat, sans aucun égard à des obligations de moyen? En effet, l'interprétation de *res* comme résultat aurait pour conséquence qu'un résultat (au sens technique de la nature de l'obligation) devrait être visé, alors que certaines obligations n'impliquent pas nécessairement un résultat. Une limitation à des contrats contenant uniquement des obligations de résultat, négligeant ainsi les obligations de moyen, ne paraît pas satisfaisante et ne correspond pas au but poursuivi par les textes, à savoir d'accorder un droit d'action en répétition. En ce sens, les contrats atypiques du genre *do ut aliquid facias*³⁷⁶ – n'ayant pas pour but un résultat déterminé, mais plutôt une activité – ne seraient pas pris en compte par cette définition. Le terme *Erfolg* porte ainsi à confusion dans la mesure où il instaure une ambiguïté avec la notion de résultat comme nature de l'obligation. De ce point de vue, il serait alors nécessaire de choisir un terme plus large, englobant plus de configurations contractuelles.

En somme, il ne semble pas idéal de traduire *ob rem* par «*wegen eines Erfolgs*» («pour un résultat») parce qu'il est source de confusion. En effet, la notion de but recouvre un aspect potentiel et abstrait, dont on ignore encore s'il va se réaliser. A l'inverse, la notion de résultat revêt un impact concret plus fort dans la réalité parce qu'elle renferme une idée de matérialisation.

³⁷² IULIANUS, D. 18.5.5.1.

³⁷³ PAULUS, D. 18.5.3 pr.

³⁷⁴ ULPIANUS, D. 2.14.7.6.

³⁷⁵ Comme l'ont soutenu entre autres SCHWARZ (1952) p. 123; CHAUDET (1973) p. 117, de manière exceptionnelle; CAPITANT (1927) p. 113 n. 1.

³⁷⁶ Cf. PAULUS, D. 12.6.65.4: «*Quod ob rem datur, ex bono et aequo habet repetitionem: veluti si dem tibi, ut aliquid facias, nec feceris*»; PAULUS, D. 19.5.5 pr.

Titre III: L'opinion dominante

D'après l'opinion dominante, la *datio ob causam* et la *datio ob rem* ont été distinguées selon le critère de leur implication chronologique dans le déroulement d'une relation juridique contractuelle.

Sur la base du texte de POMPONIUS, D. 12.6.52³⁷⁷, une grande partie de la doctrine admet en général une opposition chronologique dans l'emploi des deux expressions³⁷⁸. La *datio ob causam* serait la contre-prestation d'une prestation déjà exécutée putativement (*falsa*), où la *causa* serait donc la prestation déjà exécutée; tandis que la *datio ob rem* signifierait la contre-prestation encore à exécuter³⁷⁹. Autrement dit, *ob causam* se référerait au passé et *ob rem* au futur³⁸⁰.

Cependant, une partie de la doctrine considère que la question demeure parfois floue et admet la synonymie des termes dans les cas les plus ambigus³⁸¹. Dans cet ordre

³⁷⁷ Pour le texte et sa traduction cf. *infra* p. 165.

³⁷⁸ Sur l'admission de la distinction basée sur un argument chronologique, cf. POTHIER (1818) p. 497 n. 2; PERNICE (1892) p. 237 et p. 242 n. 4; PFLÜGER (1937) p. 112 et p. 114; GLÜCK (1905) p. 541 n. 24; ACCARIAS (1866) p. 103; MONIER (1954) p. 213 n. 1; STURM (1971) p. 667 n. 12; STURM (1983) p. 648; KUPISCH (1987) p. 433 n. 30; HONSELL (1974) pp. 81 s; WUNNER (1970) p. 471; CAPITANT (1927) p. 113 n. 1. Sans pour autant se prévaloir comme partisans de la doctrine dominante et utilisant d'autres critères, voir DALLA MASSARA (2009) p. 262 et (2004) pp. 252 s, qui admet p. 226 que *res* se réfère à un événement futur; PELLECCHI (1998) pp. 138 s, pp. 156 s; HARKE (2003) pp. 54 s. THOMAS (1976) p. 238 s'oppose à cette dichotomie qu'il juge stérile et propose une distinction fondée sur le tout et la partie (la *causa* comme visant l'opération juridique dans son ensemble face à la *res* comme prestation).

³⁷⁹ Cf. *supra* p. 93 n. 378.

³⁸⁰ Cf. *ibid.*

³⁸¹ POTHIER (1818) p. 497 n. 2; pour ACCARIAS (1866) pp. 102 s, les deux sont distincts, à savoir que la *res* se réfère à l'avenir et la *causa* au passé, mais sont synonymes dans le titre 4.6 du *Codex Iustinianus*; GLÜCK (1905) pp. 540 s; BETTI (1962) p. 114; ZIMMERMANN (1990) p. 834 n. 60; CAPITANT (1927) p. 113; CHAUDET (1973) p. 117; HONSELL (1974) p. 81 soulève l'aspect fréquent de l'interchangeabilité des termes et ascendance chronologique de *causa* sur *res*; PFLÜGER (1937) p. 111 préconise une synonymie à la période post-classique; GUARINO (1988) p. 840, mélangeant les dénominations des différentes *conditiones*, donne

d'idées, des auteurs précisent que les termes *ob rem* et *ob causam* sont interchangeables et admettent de ce fait leur synonymie, occasionnelle ou de principe³⁸² (à cause notamment de l'éventuelle superposition des expressions *ob causam*, *ob rem*, *causa (non) secuta*, *res (non) secuta*).

Néanmoins, autant cette distinction chronologique de principe que le recours précipité à la synonymie ne paraissent pas satisfaisants³⁸³.

La principale observation tient au fait que cette définition dichotomique n'englobe pas tous les cas prévus par les sources³⁸⁴.

Plus précisément, la solution retenue par la doctrine dominante sur la base de POMPONIUS, D. 12.6.52 ne s'applique pas à tous les cas de figure³⁸⁵. Elle attribue à ce texte une valeur générale autant qu'elle néglige des textes ne décrivant aucune chronologie ou une autre réalité temporelle. Ainsi, d'une part, il peut être reproché à la doctrine majoritaire de ne pas être en concordance avec les textes de PAULUS, D. 12.5.1 pr. et

l'impression d'assimiler les deux notions *res* et *causa*. Selon WUNNER (1970) p. 471 la synonymie serait tardive et justinienne : la *causa* prendrait le sens d'un but futur (« *in der Zukunft liegenden Umstand (Zweck)* ») dans la tournure de phrase *causa non secuta* ; elle serait par ailleurs assimilable à *ob rem* sous Justinien notamment dans la dénomination de l'action *causa data causa non secuta*. Selon une œuvre tardive de WINDSCHEID (vol. 2 (1906) p. 883 n. 11), la *causa* serait synonyme de *res* lorsqu'elle renvoie à une notion future. En revanche, dans une œuvre antérieure, la *causa* signifierait « *Beweggrund* » lorsqu'elle a une dimension future ou est distinguée de *res* ; elle en est le synonyme lorsqu'elle prend le sens de « contre-prestation », sens qu'il avait identifié préalablement comme celui de *res* (WINDSCHEID (1850) pp. 48 ss et p. 51).

³⁸² ACCARIAS (1866) p. 102 ; GEORGESCU (1940) p. 177 ; KASER (1971) p. 597 n. 42 ; ZIMMERMANN (1990) p. 834 n. 60 ; BETTI (1962) pp. 114 s voit dans le mot *causa* de PAULUS, D. 12.6.65.3 un aspect prospectif et tourné vers le futur, mais non rétrospectif ; ceci revient à dire qu'il aurait le sens de *res* ; ALBANESE (1982) p. 261. Selon GLÜCK (1905) pp. 540 s, la *causa* peut viser à la fois le but et l'objet du contrat. Cependant, il admet qu'il existe une distinction entre *res* et *causa* dans D. 12.6.52, D. 12.5.1 et D. 12.6.65.2 (cf. p. 540 n. 24). HONSELL (1974) p. 81 nuance également sa position en rappelant la distinction présente dans D. 12.6.52 : il penche pour une synonymie non absolue, mais qualifiée de fréquente. Selon CAPITANT (1927) pp. 112 s, « [les juristes romains] n'ont considéré que la prestation, et n'ont pas fait de distinction entre la chose ou le fait, objet de chaque obligation et le but juridique qui détermine le contractant ». Dans ce sens, *res* et *causa* seraient synonymes (*i.e.* la prestation promise), sauf lorsque *causa* signifie « motif » (p. 113 et n. 1).

³⁸³ Cette conception est critiquée par GEORGESCU (1940) pp. 177 s ; EHRHARDT (1930) p. 41 ; DALLA MASSARA (2004) p. 253. Selon SACCOCCIO (2002) p. 224, la distinction chronologique existe, mais n'est pas l'unique critère. Dans le même ordre d'idées, SCHWARZ (1952) p. 122 estime que ce critère de distinction est relatif, que la *causa* peut viser aussi bien des circonstances passées que futures. PELLECCHI (1998) p. 143, n'érigeant pas le critère temporel comme le pivot de sa théorie, ne le prend en compte qu'exceptionnellement.

³⁸⁴ Pour une telle remarque, voir aussi HARKE (2003) p. 54 n. 17.

³⁸⁵ Cf. *infra* pp. 168 ss. Pour des cas où la chronologie ne paraît pas être le critère pertinent, cf. D. 12.7.2 ; D. 12.5.1 ; D. 12.6.23.3 ; D. 12.7.1.1 ; D. 12.7.4 ; D. 39.5.19.5.

D. 12.6.65 pr.³⁸⁶, où aucune chronologie de principe n'est décrite concernant la *datio ob causam*. D'autre part, des fragments attestent d'une autre séquence temporelle désignée par *ob causam*, soit un aspect futur ou simultané³⁸⁷. Ceci a pour conséquence que le critère chronologique (passée pour *causa* et future pour *res*) ne paraît pas soutenable.

Pour remédier à ce problème, la solution de l'interpolation a notamment été suggérée pour le fragment de POMPONIUS³⁸⁸. Selon nous, cette solution n'est pas suffisante et manque de fondements scientifiques. Quant à l'argument de la synonymie, il ne paraît pas totalement convaincant, car il souffre du manque d'un examen approfondi. Recourir à l'argument de la synonymie en cas d'ambiguïté et sans plus ample analyse, paraît précipité.

³⁸⁶ Pour une analyse détaillée de ces trois textes et la mise en évidence de leurs différences et incompatibilités (pour les textes de PAULUS, cf. *infra* pp. 162 s; pour le texte de POMPONIUS, cf. *infra* p. 163).

³⁸⁷ Futur: D. 12.6.65.3 *ab initio*; D. 12.4.3.7; D. 12.4.15 *ab initio*. Simultané: D. 19.5.15; D. 39.5.19.6 (pour *res*).

³⁸⁸ BESELER (1925) p. 438 et (1926) p. 272, suivi par DONATUTI (1951) p. 62 et implicitement par WOLF (1970) p. 78, ce dernier jugeant la *causa* comme contre-prestation attendue pour les Byzantins. EHRHARDT (1930) p. 41 n. 21 et DE FRANCISCI (1916) pp. 384 s sont cependant de l'avis de ne pas supprimer le terme *praeteritam* du texte. L'argument de BESELER sera présenté et discuté *infra* p. 167.

Titre IV: Les théories particulières

Certains auteurs se distinguent de l'opinion courante présentée ci-dessus, pour proposer d'intéressantes théories à propos des définitions des datations *ob rem* et datations *ob causam*. Nous passerons en revue les divers critères que la doctrine a développés d'une part, pour distinguer ces deux types de dation et, d'autre part, pour révéler le sens de la *causa* et son interaction avec *res*. Après en avoir exposé les principes, nous présenterons une analyse critique pour chacune de ces théories, dans le but de saisir leurs tenants et aboutissants ainsi que leur pertinence.

A. La théorie de la *datio ob causam* comme donation

1. Exposition de la théorie

La théorie de la *datio ob causam* comme donation est développée par SCHWARZ³⁸⁹, qui sous-entend un critère fondé sur l'incapacité de la *causa* à produire des effets juridiques.

Cet auteur définit la *datio ob causam* comme une donation, *i.e.* une dation volontaire et sans attente de paiement («*unentgeltlich*»)³⁹⁰ (qui peut être d'ailleurs une donation

³⁸⁹ Cette idée trouve un précurseur en la personne de PERNICE (1892) p. 198 et n. 2 qui qualifie de donations les *datationes ob causam*. Après SCHWARZ, cette théorie est suivie en grande partie par GUZMÁN BRITO (2001) pp. 244 ss; WOLF (1970) pp. 30-32; BEHRENDTS (2001) p. 48; ERNST (2005) p. 35; que très partiellement suivie par HARKE (2003) p. 61. PELLECCHI (1998) p. 139 explore également la thèse de la *datio ob causam* qui serait à définir comme un acte unilatéral, mais ne la considère pas comme l'axe principal de sa théorie. Une autre variante de la conception schwarzienne est abordée par SIMONIUS (1958) p. 228, qui veut que la *datio ob rem* soit l'accomplissement d'une prestation en vue d'un but futur, tandis que la *datio ob causam* soit une prestation faite sur la base d'un motif juridiquement non pertinent.

³⁹⁰ SCHWARZ (1952) p. 123: «*unentgeltliche Zuwendung, meint eine Schenkung*». BETTI (1947) p. 185 choisit plutôt la terminologie de «*datio gratuita*»; pour *ob causam dare* comme désignant une «donation pure et simple», par opposition aux *donationes mortis causa*, voir LÉGIER (1958) p. 175 n. 2.

rémunératoire³⁹¹), faite pour récompenser un comportement attendu ou déjà survenu³⁹². La *causa* serait le motif («*Motiv*»/«*Beweggrund*»)³⁹³ dépourvu de valeur juridique³⁹⁴, démontré par l'application du principe *falsa causa non nocet*³⁹⁵.

Le vocable *res* se distingue clairement de *causa* dans la pensée de SCHWARZ. Aussi vague et polysémique qu'il soit, le terme *res* désignerait «*Erfolg*» (le résultat) ou «*Zweck*» (le but) dans son application *ob rem datur*³⁹⁶. Cette dernière expression viserait une «*prestation par laquelle le tradens poursuit un but déterminé*»³⁹⁷ et un succès attendu de l'exécution du but commun («*vereinbarter Zweck*»)³⁹⁸. En effet, SCHWARZ base sa thèse sur le passage *ob rem vero datur, ut aliquid sequatur* de POMPONIUS, D. 12.6.52, ainsi que sur d'autres fragments décrivant la notion finale de la prestation³⁹⁹.

La différence entre les deux notions consisterait en l'existence d'un accord pour une *datio ob rem* et son absence pour la *datio ob causam*.

Quant à l'interaction des deux mots, SCHWARZ précise d'ailleurs que les notions *ob rem* et *ob causam* ne sont pas synonymes et sont distinguées de manière stricte par les juristes de droit classique⁴⁰⁰.

³⁹¹ SCHWARZ (1952) p. 123: «*und zwar hier speziell die sog. Remuneratorische Schenkung*» à propos de D. 12.6.65.2; ERNST (2005) pp. 35 s.

³⁹² SCHWARZ (1952) p. 121: «*meinen die Klassiker aber mit „dare ob causam“ eine Zuwendung bestimmter Art, nämlich eine Schenkung, deren Motiv eine erwartete oder schon bewirkte Leistung des Empfängers ist*».

³⁹³ SCHWARZ (1952) p. 121: «*Daneben nun bedeutet „causa“ bei den klassischen Juristen auch das Motiv, den Beweggrund einer Leistung*». En ce sens, voir également GUZMÁN BRITO (2001) p. 245, où la *causa* est à prendre comme un «*motif*», plus spécifiquement comme «*representaciones mentales de una parte sobre hechos contingentes y variables*» (p. 247); voir aussi avec quelques nuances, BETTI (1947) p. 185; SIMONIUS (1958) p. 228. Pour ERNST (2005) p. 38, la *causa* ne peut pas être un simple motif ou attente. Pour WINDSCHEID (1850) p. 48, la *causa* aurait un sens de motif lorsqu'elle s'oppose à *res*, cette dernière aurait quant à elle le sens de contre-prestation. Pour PERNICE (1892) p. 199, la *causa* en tant que motif doit être opposée à la notion de condition («*Bedingung*»).

³⁹⁴ SCHWARZ (1952) p. 123: «*Wiederum zeigt sich, daß „ob causam“ auf die Veranlassung, auf das Motiv des Gebenden hindeuten, das aber für die juristische Wertung des Tatbestandes belanglos ist*».

³⁹⁵ SCHWARZ (1952) p. 121.

³⁹⁶ SCHWARZ (1952) p. 117 *cum* pp. 118 s. En ce sens, voir également GUZMÁN BRITO (2001) p. 245, pour qui la *res* est à considérer comme une «*finalidad*».

³⁹⁷ SCHWARZ (1952) p. 118. WOLF (1970) p. 31 et n. 26 suit cette définition, tandis que LIEBS (1978) p. 698 n. 25 la réfute.

³⁹⁸ SCHWARZ (1952) p. 118.

³⁹⁹ SCHWARZ (1952) pp. 118 s.

⁴⁰⁰ SCHWARZ (1952) p. 121. Il a d'ailleurs été critiqué par plusieurs auteurs sur cette question de l'imperméabilité des deux termes et sur sa tendance à la dogmatisation: PELLECCHI (1998) p. 90; TALAMANCA (1953) p. 185; GAUDEMET (1953) p. 318; CHAUDET (1973) p. 133; LIEBS (1978) p. 698.

Pour étayer cette thèse et pour répondre à l'interprétation de la doctrine majoritaire⁴⁰¹, SCHWARZ estime que la *causa* n'a pas nécessairement de valeur passée, mais peut également revêtir une valeur future⁴⁰².

Il estime qu'une utilisation non différenciée d'*ob rem* et *ob causam* dans le sens de «but» surviendrait plus tardivement et serait parfois le résultat d'interpolations⁴⁰³. Cette synonymie serait l'œuvre des compilateurs qui auraient fait un emploi généralisé de *ob causam* pour désigner *ob rem*; *ob causam* serait donc à remplacer par *ob rem*, à chaque fois qu'elle prend le sens de but⁴⁰⁴.

2. Commentaire

Cette théorie doit sa solidité autant à la systématique de l'analyse qu'à la précision des références aux sources romaines.

Cependant, un certain nombre de commentaires critiques peuvent être formulés à l'encontre de cette théorie: la méthode de tendance interpolationniste employée pour parvenir à sa démonstration (2.1); l'hypothèse de la distinction nette et absolue entre *res* et *causa* en droit classique (2.2); l'affirmation selon laquelle *ob causam* n'a pas d'impact juridique en raison de la dimension subjective et individuelle qu'elle arbore (2.3); l'hypothèse phare qu'est la définition de la *datio ob causam* comme donation (2.4).

2.1. Problème de méthode

Un problème méthodologique peut être soulevé à l'égard de l'usage ponctuel de l'interpolation.

Le raisonnement participant à l'élaboration de cette théorie prend parfois une tournure interpolationniste. Cette recherche des interventions postérieures dans les textes doit être conduite avec précaution et retenue parce qu'il est difficile de prouver leur véracité et que cette quête peut vite révéler son excès.

Pour ces raisons, cette méthode est de nos jours source de polémiques et divise les romanistes.

La lecture de cette étude confirme notre réaction prudente et notre crainte: il nous semble que SCHWARZ tente de justifier à son avantage l'emploi de certains termes

⁴⁰¹ Elle prévoit une distinction fondée sur la chronologie (*causa* = passé; *res* = futur), cf. *supra* p. 93 n. 378.

⁴⁰² SCHWARZ (1952) p. 122.

⁴⁰³ SCHWARZ (1952) pp. 123 ss, p. 132, p. 164.

⁴⁰⁴ SCHWARZ (1952) p. 128: «*Wo sich in den Quellen „accipere ob causam“ im Sinne von „ob rem“ = „zu einem Zweck“ findet, werden wir daher immer an Bearbeitung oder Interpolation zu denken haben*»; voir aussi pp. 132 ss. A ce propos, il a été suivi par WUNNER (1970) p. 471.

par une intervention postérieure du texte à sa création (post-classique ou justinienne). Parfois, l'auteur se base sur une idée préconçue qu'il essaie d'appliquer quoi qu'il arrive : il procède à un raisonnement déductif qui donne l'impression qu'il s'éloigne des textes. Plus concrètement, SCHWARZ tend à qualifier d'interpolation l'emploi de *causa* parce qu'il s'attend à trouver *res* et inversement⁴⁰⁵. Il adopte ainsi cette approche en arguant un usage indifférent de *causa* ou *res* dans certains textes⁴⁰⁶. Mais au vu du nombre de textes soupçonnés d'interpolation, la thèse de SCHWARZ manque de crédibilité sur ce point⁴⁰⁷.

Dans le même ordre d'idées, l'argument consistant à dire que, lorsque la *causa* aurait un sens final, elle serait un substitut de *res*, n'est pas convaincant au regard de trois textes⁴⁰⁸. En effet, ces fragments font usage de la *causa* dans un sens strict de « fondement » sur lequel repose la réception du bien et ne paraissent pas refléter un sens final⁴⁰⁹. L'emploi de *causa* comme fondement peut s'expliquer selon sa fonction dans la phrase, même si ces textes semblent *a priori* ambigus quant au sens à lui attribuer. En résumé, arguer une interpolation visant à remplacer *res* par *causa* n'aurait pas de sens si l'on considère la fonction du terme *causa* dans ces trois fragments.

2.2. Distinction absolue entre *res* et *causa* ?

L'hypothèse de la stricte distinction (« *unverwechselbar* ») pour l'époque du droit classique et de leur rapprochement (« *unterschiedsloser Gebrauch* ») en droit post-classique et byzantin⁴¹⁰ mérite d'être réévaluée. La distinction doit-elle être considérée comme absolue en droit classique ?

A notre avis, *res* et *causa* ne semblent pas faire l'objet d'une réelle confusion ou d'une totale dissociation, mais plutôt d'une coexistence⁴¹¹ qui n'empêche pas leur différenciation conceptuelle. La distinction serait ainsi à notre sens relative et non absolue⁴¹².

⁴⁰⁵ Critique déjà élaborée par un certain nombre d'auteurs : PELLECCHI (1998) p. 90 n. 73 ; TALAMANCA (1953) p. 185 ; CHAUDET (1973) p. 117 ; LIEBS (1978) p. 698 ; KASER (1971) p. 597 n. 42, en critiquant SCHWARZ : « *Aber Grund und Zweck stehen sich zu nahe, als dass ihre scharfe terminologische Sonderung den Klassikern [mit gewagten Itp.-annahmen] aufgezungen werden dürfte* ».

⁴⁰⁶ SCHWARZ (1952) p. 123 ; p. 132. Il cite une série de textes qu'il juge interpolés pour justifier sa théorie : D. 12.5.9 pr. ; D. 19.5.9 ; D. 12.6.65.2/3 ; D. 12.4.5 pr. ; D. 19.5.15 ; ainsi que pp. 125 ss : D. 50.8.6 ; D. 24.1.7.1 ; D. 16.1.17 pr. ; D. 24.1.49 ; D. 12.1.11 pr. ; D. 42.4.7.5/6 ; D. 43.3.1.2 ; D. 14.1.1.9 ; D. 33.1.7 *in fine* ; D. 33.7.12.19, etc.

⁴⁰⁷ Comme CHAUDET (1973) p. 114 l'a très justement soulevé.

⁴⁰⁸ D. 12.4.5 pr. ; D. 19.5.15 ; D. 19.5.9. Pour ces textes et leur traduction, cf. respectivement *infra* p. 202, p. 206 et p. 208.

⁴⁰⁹ Cf. analyse détaillée *infra* pp. 201 ss.

⁴¹⁰ SCHWARZ (1952) p. 123.

⁴¹¹ Sur ce point PELLECCHI (1998) p. 91 parle de superposition.

⁴¹² Ces idées seront détaillées *infra* pp. 200 ss.

Notre étude s'attardera à démontrer que l'opposition entre les deux termes est relative, car elle est tempérée par leur coexistence conceptuelle résultant de leur utilisation parfois confuse. Cette considération tient au fait que, d'une certaine manière, ils sont indissociables et présents ensemble dans une démarche contractuelle dans laquelle les parties s'engagent. Autrement dit, bien qu'*ob rem* et *ob causam* constituent deux bases différentes et alternatives pour tenter une *condictio*, on ne peut cependant balayer de manière catégorique leur proximité conceptuelle. D'un point de vue abstrait, ces deux expressions doivent être considérées comme indissociables, même si, en général, elles visent des situations différentes dans la pratique en fonction de leur rôle⁴¹³. Le fait que le juriste romain se concentre sur l'une des deux notions comme condition (contributive⁴¹⁴) pour attribuer un droit de répétition n'empêche point d'ailleurs cette coexistence.

Cette idée de coexistence résulte de quatre éléments: la présence d'*ob causam* avec une notion finale dans certains textes⁴¹⁵; l'absence d'une mention explicite d'*ut* en lien avec *ob rem*⁴¹⁶; l'usage de la formulation conditionnelle autant avec *ob rem* qu'avec *ob causam*⁴¹⁷; l'emploi d'une formulation commune aux deux notions (*propter quam dedi*)^{418/419}. Les deux premières observations laissent supposer une coexistence conceptuelle de l'aspect final et d'une *datio ob causam*, sans pour autant l'attribuer à cette dernière. Par ailleurs, une dimension purement causale et non finale ressort d'autres emplois de l'expression *ob causam*⁴²⁰, par exemple du fait des *quia* ou *quod* comme subordonnant causal, parfois assortis à *ob causam*⁴²¹. Il faudrait ainsi nuancer le degré de distinction: ce dernier est relatif, dû à la proximité conceptuelle des termes.

2.3. Le défaut d'impact juridique d'une *datio ob (falsam) causam* comme critère de distinction ?

Le troisième point qui interpelle est l'absence supposée d'impact juridique de la *causa* comme «*Motiv*» dans la formule *ob causam datur*, par opposition à *ob rem*. A la différence de notre conception, il semble que SCHWARZ voit dans ce motif une notion purement subjective et dépourvue d'objectivité parce qu'elle ne produit pas d'effet juridique⁴²². Cette idée sous-entend donc que le critère de distinction entre *res* et *causa* serait la capacité à produire des effets juridiques.

⁴¹³ A propos de la distinction basée sur la fonction cf. *infra* pp. 188-196.

⁴¹⁴ Pour une explication de cette idée de condition ou facteur contributif à l'attribution d'un droit d'action, cf. *infra* p. 104, pp. 181 ss et les tableaux n° 4/5/6.

⁴¹⁵ D. 12.4.5 pr.; D. 19.5.15 *ab initio*; D. 19.5.9 *ab initio*.

⁴¹⁶ D. 12.5.2; D. 12.5.3; D. 12.5.4; D. 12.5.5; D. 12.5.9 pr.

⁴¹⁷ D. 12.6.65.3; D. 39.5.19.6; D. 39.5.2.7.

⁴¹⁸ D. 12.7.4; D. 12.6.65.3; D. 12.5.1.1; D. 12.5.9 pr.

⁴¹⁹ Pour une analyse détaillée de cette formulation en lien avec *res* et *causa*, cf. *infra* pp. 246 ss.

⁴²⁰ Pour ces fragments et leur analyse détaillée, cf. *infra* pp. 148 ss.

⁴²¹ D. 12.6.52; D. 12.6.65.2.

⁴²² SCHWARZ (1952) p. 123.

Cette définition se fonde sur une argumentation, à notre sens, difficile à suivre. D'abord, nous estimons que la démarche employée pour la démontrer demeure confuse. Ensuite, une négligence des fragments attestant la capacité de la *datio ob causam* à produire des effets juridiques est observable. Enfin, l'auteur procède à une application hâtive de «*falsa causa non nocet*» qu'il érige en un principe de portée générale.

Notre intention est de démontrer qu'*ob causam* peut avoir un impact juridique, bien qu'il soit difficile d'établir avec certitude et de manière uniforme son degré. Notre hypothèse consiste à dire qu'*ob causam* et *ob rem* sont des facteurs contributifs à l'attribution d'un droit de répétition, mais pas déterminants pris seuls pour eux-mêmes.

Premièrement, la démonstration de la définition de la *causa* dans ce contexte comme «*Motiv*» ne produisant pas d'effets juridiques n'est pas probante.

SCHWARZ semble justifier et généraliser sa définition en se basant sur l'opposition *res-causa* et en citant des textes ne contenant pas d'éléments suffisants pour arriver à une telle conclusion⁴²³. En effet, si ces textes montrent une alternative entre *res* et *causa*, cela ne signifie pas pour autant que l'alternative soit de nature à établir une opposition stricte et exclusive.

Par ailleurs, son approche est d'autant plus confuse qu'il semble se contredire en définissant la *causa* comme motif signifiant une attente de contre-prestation générale pour ensuite assimiler la *datio ob causam* à la donation. A notre sens, SCHWARZ semble confondre le motif purement subjectif de la donation qui ne suppose pas d'attente de contre-prestation avec le motif objectif comme attente de contre-prestation.

Or, la *datio ob causam* ne peut à la fois être définie par la donation et se fonder sur une attente de contre-prestation : les mélanger irait à l'encontre des caractéristiques de chacune de ces institutions (donation *versus* contrat à double rapport d'échange). Le motif d'une donation n'a bien sûr pas d'impact juridique en tant que simple volonté de donner par pure générosité⁴²⁴. Il en va néanmoins différemment si l'individu projette un acte en se basant sur une contre-prestation ou un contre-avantage, déjà exécuté ou non : l'acte ne constituera plus une donation, mais un contrat à double rapport d'échange ou d'intérêts⁴²⁵.

Qui plus est, attribuer à *res* (*i.e.* le but) un impact juridique plus important qu'à la *causa* (comme fondement de l'acte) n'a pas réellement de sens, puisque ces deux éléments trouvent leur source dans la volonté de l'individu. Ces deux notions sont indissociables et coexistantes puisque l'individu agit dans un but, lui-même se fondant sur

⁴²³ Il cite en particulier D. 12.5.1 pr., D. 12.6.52 et D. 12.6.65 pr.

⁴²⁴ D. 39.5.1 pr.

⁴²⁵ CHAUDET (1973) p. 115 fait la même observation.

une raison précise. Ces éléments confirment donc l'idée que la *causa* ne possède pas de dimension proprement subjective, mais revêt un caractère objectif, dans le sens où elle contient des éléments objectivés par le droit et auxquels ce dernier accorde des effets juridiques⁴²⁶. En effet, le droit objective des éléments de la sphère volitive de l'individu pour régler des problèmes posés par la pratique, telle la conclusion d'un contrat.

Deuxièmement, quant au refus d'accorder une portée juridique à la *causa*⁴²⁷, des éléments indiquent qu'une dation *ob causam* est souvent assortie d'effets juridiques (conclusion du contrat; transfert de droits réels; répétibilité; irrépétibilité), ce qui empêche de conclure directement à une notion purement subjective.

Plus précisément, *ob causam* prend place dans différentes configurations juridiques. Même si on la trouve parfois sans énonciation d'un quelconque effet juridique⁴²⁸, elle peut apparaître assortie d'une conséquence juridique similaire à *ob rem* (répétition possible de la prestation), ou encore d'une conclusion juridique différente de cette dernière (irrépétibilité, par opposition à la répétibilité d'une *datio ob rem, ut aliquid sequatur*).

Plusieurs fragments attestent de conséquences juridiques liées à une dation ou à une promesse faite *ob causam*⁴²⁹. C'est le cas de la promesse faite *ob turpem causam* qui permet au défendeur d'opposer une exception⁴³⁰. Ou encore le fait d'avoir reçu une chose en vertu d'une *causam iniustam* ouvre un droit d'action en répétition⁴³¹ (il est question non d'*ob causam* mais d'*ex causa*, ce qui, dans ce contexte nous paraît avoir

⁴²⁶ Sur cette question, voir nos développements *supra* pp. 75 ss.

⁴²⁷ Selon les termes de SCHWARZ (1952) p. 123, «*die juristische Wertung des Tatbestandes [ist] belanglos*».

⁴²⁸ D. 12.5.1 pr.

⁴²⁹ Pour une vision schématique, cf. *infra* p. 182 tableau n° 4.

⁴³⁰ PAULUS, D. 12.5.8: «*Si ob turpem causam promiseris Titio, quamvis si petat, exceptione doli mali vel in factum summovere eum possis, tamen si solveris, non posse te repetere, quoniam sublata proxima causa stipulationis, quae propter exceptionem inanis esset, pristina causa, id est turpitude, superesset: porro autem si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorum esse et ideo repetitionem cessare, tametsi ex stipulatione solutum est*» (Si tu as promis [de l'argent] à Titius en vertu d'une cause malhonnête, bien que, s'il réclame, tu puisses l'écarter grâce à l'exception pour mauvais dol ou dans les faits, si tu t'es exécuté, tu ne peux pourtant pas répéter puisque, comme la cause proche de la stipulation, qui serait vaine à cause de l'exception, a été ôtée, il ne resterait que la cause précédente et immédiate, c'est-à-dire la malhonnêteté: d'ailleurs, si la cause est malhonnête du fait aussi bien de celui qui donne que de celui qui reçoit, le possesseur l'emporte et ainsi la répétition ne s'applique pas, même si l'a été exécuté en vertu de la stipulation).

⁴³¹ ULPIANUS, D. 12.5.6: «*Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est*» (SABINUS a de façon répétée prouvé l'ancienne opinion de ceux qui estimaient que ce qui est issu d'une cause injuste chez quelqu'un peut faire l'objet d'une *condictio*: même CELSUS est de cet avis).

un sens similaire⁴³²). Aussi, de manière générale et abstraite, une dation faite *ob causam* peut être sujette à répétition⁴³³. Dans d'autres cas encore, ce qui a été donné *ob (falsam) causam* lorsque *causa est secuta* ne peut pas être répété⁴³⁴. Des textes montrent aussi que si l'on a donné *ob causam* et que la *causa est non secuta*, la répétition reste possible⁴³⁵. Enfin, on remarque que, lorsque la *causa* vise une prestation formulée de manière conditionnelle des effets juridiques sont également attribués⁴³⁶.

Néanmoins, même si nos paragraphes précédents constatent la présence d'*ob causam* en lien avec des effets juridiques en matière procédurale, il faut se rendre à l'évidence que leur corrélation reste difficile à cerner⁴³⁷. En effet, la seule mention des expressions *ob rem* ou *ob causam* ne semble pas déterminer le type de conséquence juridique (attribuer un droit d'action ou non). Ils paraissent plutôt constituer chacun un facteur contributif parmi d'autres. Cela tient au fait que la disparité des solutions suggère que les spécificités du cas d'espèce sont des facteurs déterminants. Ainsi, il résultera d'analyses ultérieures⁴³⁸ que plusieurs facteurs sont pris en compte et que la situation est interprétée par les juristes dans sa globalité. Ceci laisse supposer que *causa* ou *res* ne déterminent pas à eux seuls l'attribution d'un droit de répétition.

Ces éléments nous amènent à penser que le critère de la présence ou de l'absence d'effets juridiques comme le droit d'action en répétition n'est pas pertinent pour expliquer une distinction entre *res* et *causa*.

Troisièmement, l'application du principe *falsa causa non nocet*, argué par SCHWARZ pour justifier que *causa* n'ait pas d'effets juridiques, est variable et incertaine dans les cas contractuels.

A notre connaissance, ce principe a surtout été appliqué expressément par des auteurs post-classiques ou tardifs dans des cas visant des dispositions testamentaires⁴³⁹; il

⁴³² Pour des emplois synonymes entre *ex causa* et *ob causam*, voir aussi D. 19.4.2. A ce propos, voir WINDSCHEID (1850) p. 52, cf. *supra* p. 68 n. 306 et pp. 148 s n. 666.

⁴³³ PAULUS, D. 12.6.65 pr. *ab initio*: «*In summa, ut generaliter de repetitione tractemus, sciendum est dari [...] ob causam*».

⁴³⁴ ULPIANUS, D. 12.6.23.3 *in fine*: «*sane quidem ob causam dedit neque repeti solet quod ob causam datum est causa secuta*» ; D. 12.6.52 ; D. 12.6.65.2.

⁴³⁵ ULPIANUS, D. 12.6.23.3 *in fine*: «*sed hic non videtur causa secuta, cum transactioni non stetur*» ; PAULUS, D. 12.6.65.3 *ab initio*: «*possum, ut repetam quod dedi, quoniam non contrahendi animo dederim, quia causa, propter quam dedi, non est secuta*» ; D. 12.6.23 pr. *ab initio* ; D. 12.7.1.1 ; D. 12.7.4 ; D. 12.7.1.2 ; D. 19.1.11.6 ; D. 12.5.1.2.

⁴³⁶ Explicitement dans D. 12.6.65.3 ; implicitement dans D. 39.5.35.6 et IULIANUS, D. 39.5.2.7 *in medio* («*nam si decem Titio in hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus, mortuo Stichio conditione repetam*»).

⁴³⁷ Cf. *infra* pp. 182 s et tableau n° 4.

⁴³⁸ Cf. *infra* pp. 181 ss.

⁴³⁹ PAPINIANUS, D. 35.1.72.6: «*Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret: sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus*

n'est pas certain que celui-ci était de vigueur en droit classique ou même a été appliqué à d'autres cas que les cas testamentaires. Par exemple, un texte d'ULPIANUS, D. 12.6.23 pr.⁴⁴⁰ montre que ce principe n'a pas été adopté et qu'il s'agit d'un contexte contractuel⁴⁴¹. Le caractère *falsa* de la *causa* a bien une pertinence juridique dans ce cas d'espèce. Ceci résulte du fait que le paiement déjà effectué par le *dans* en vertu d'une *falsa causa* est qualifié de répétable. Ce cas rapporté par ULPIANUS diverge de celui décrit par POMPONIUS, D. 12.6.52⁴⁴². Une disparité des solutions chez les divers auteurs peut indiquer une différence d'appréhension des notions et de leur impact. Ou alors, les détails précis des faits litigieux n'étant pas mentionnés, les auteurs traitaient peut-être de cas différents. D'ailleurs, même appliqué dans le contexte testamentaire, ce principe semble exprimer non pas que la *causa* soit dépourvue d'effets juridiques, mais que les effets juridiques de la *causa* soient maintenus, en dépit de son caractère *falsa*.

non fuisse» (Il est bien vrai que la fausse cause n'empêche pas le legs, parce que la raison de léguer n'est pas liée au legs; mais il y aura généralement lieu à l'exception pour dol, s'il est prouvé qu'il n'aurait pas légué autrement); IUSTINIANUS, Inst. 2.20.31: «*Longe magis legato falsa causa non nocet. Veluti cum ita quis dixerit: 'Titio, quia absente me negotia mea curavit, Stichum do lego', vel ita: 'Titio, quia patrocínio eius capitali crimine liberatus sum, Stichum do lego': licet enim neque negotia testatoris umquam gessit Titius neque patrocínio eius liberatus est, legatum tamen valet. Sed si condicionaliter enuntiata fuerit causa, aliud iuris est. Veluti hoc modo: 'Titio, si negotia mea curaverit, fundum do lego'*» (Une cause fautive ne nuit de loin pas davantage à un legs. Comme si quelqu'un dit «Je lègue Stichus à Titius parce qu'en mon absence il s'est occupé de mes affaires» ou «je lègue Stichus à Titius parce que j'ai été acquitté d'une accusation capitale grâce à sa défense»: en effet, bien que Titius ne se soit jamais occupé d'affaires de testateur et que je n'ai pas été acquitté grâce à sa défense, le legs est pourtant valable. Mais si la cause a été énoncée au conditionnel, c'est un autre cas juridique. Comme dans cette situation: «Je lègue un fonds à Titius, s'il s'est occupé de mes affaires»).

⁴⁴⁰ ULPIANUS, D. 12.6.23 pr.: «*Eleganter Pomponius quaerit, si quis suspicetur transactionem factam vel ab eo cui heres est vel ab eo cui procurator est et quasi ex transactione dederit, quae facta non est, an locus sit repetitioni. Et ait repeti posse: ex falsa enim causa datum est. Idem puto dicendum et si transactio secuta non fuerit, propter quam datum est: sed et si resoluta sit transactio, idem erit dicendum*» (POMPONIUS pose élégamment la question de savoir s'il y a lieu de répéter, si quelqu'un pense que la transaction a été faite par celui dont il est l'héritier ou par celui dont il est le procurateur et qu'il a donné comme sur la base d'une transaction, qui n'a pas été faite. Et il dit qu'il est possible de répéter: car il a été donné en vertu d'une fautive cause. Je pense qu'il faut dire la même chose, même si la transaction en vertu de laquelle il a été donné n'a pas été exécutée: mais même si la transaction a été résolue, il faudra dire de même).

⁴⁴¹ A ce propos voir également LOTMAR (2019) p. 396.

⁴⁴² POMPONIUS, D. 12.6.52 *ab initio*: «*Damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit:*» (Nous donnons ou en vertu d'une cause ou en vue d'une chose: en vertu d'une cause passée, par exemple, lorsque je donne parce que j'ai reçu quelque chose de toi ou parce que tu as fait quelque chose, de sorte que, même si la cause est fautive, la répétition de cet argent n'a pas lieu.).

Pour ces raisons, il est d'une part difficile d'affirmer une application générale de ce principe en droit classique. D'autre part, il semble ne s'appliquer qu'à des actes testamentaires, alors que la *causa* revêt selon nous une dimension contractuelle lorsqu'elle est exprimée sous la forme *ob causam*.

Enfin, il convient de soulever une incohérence dans le raisonnement de SCHWARZ. Tirer une conclusion quant aux actes testamentaires sur la base d'un principe y relatif peut se comprendre lorsqu'on considère la *causa* comme un motif interne sans portée juridique. Cependant, le raisonnement s'étiole lorsque SCHWARZ la caractérise comme une attente de contre-prestation générale inhérente à toute relation juridique, ce qui suppose qu'elle ait des effets juridiques tels que *res*. Dès lors, l'argument de la *causa* comme n'ayant aucun effet juridique ne paraît pas soutenable puisque sa propre définition dépasse le cadre purement testamentaire.

En somme, l'emploi de la locution *ob causam* revêt bien des conséquences juridiquement non négligeables, au contraire de ce qui est soutenu par SCHWARZ. Même s'il n'y pas de corrélation directe entre le type d'effets juridiques (répétible/irrépétible) et l'expression *ob causam*, il n'en est pas moins admissible que la *datio ob causam* focalise l'attention sur une exécution du moins partielle du contrat, à savoir qu'une prestation est exécutée en vertu d'une cause. *Ob rem* et *ob causam* sont des facteurs contributifs, mais non déterminants à eux seuls pour établir un droit d'action. La situation de fait doit être prise dans sa globalité pour déterminer si un droit de répétition doit être accordé dans ce cas d'espèce.

2.4. *Datio ob causam* à définir nécessairement comme donation ?

A notre sens, la *datio ob causam* n'est pas par définition une donation⁴⁴³ – même si la possibilité qu'une donation puisse être mélangée avec une convention existe⁴⁴⁴ – selon une définition positive et négative de celle-ci. En d'autres termes, plusieurs textes amènent à penser que la *datio ob causam* désigne des cas de relations juridiques contractuelles (définition positive (2.4.1)) et qu'elle ne vise pas des actes de pure donation, parce que la qualité de donation lui est explicitement ou implicitement déniée (définition négative (2.4.2)).

⁴⁴³ CHAUDET (1973) p. 115 arrive à la même constatation, mais l'utilise comme argument pour arriver à une conclusion différente de la nôtre : *res* et *causa* sont synonymes, notamment parce que la *datio ob causam* n'est pas une donation. Quant à KASER (1971) p. 601 n. 2, il voit aussi une opposition entre *ob rem/ob causam datur* et la donation.

⁴⁴⁴ Sur la notion particulière de *negotium mixtum*, comme relation juridique qui mélangerait une donation et une convention, cf. nos développements *infra* pp. 218 ss.

2.4.1. La définition positive

2.4.1.1. La nature contractuelle des actes juridiques dans les textes les plus controversés

La définition positive de la *datio ob causam* comme contrat à double rapport d'échange, soit un rapport synallagmatique⁴⁴⁵, résulte de trois textes que sont POMPONIUS, D. 12.6.52, PAULUS, D. 12.6.65.2 et ULPIANUS, D. 12.6.23 pr. analysés ci-après.

Ces trois textes paraissent attester la présence d'un accord en vue de l'échange de prestations ou d'intérêts: l'acte exécuté semble répondre à un accord consensuel.

Nous verrons par exemple que la formulation type *do quod facias* dans ces textes correspond à une forme inversée de formulations énumérées par PAULUS, D. 19.5.5 pr.⁴⁴⁶ qui expriment un accord atypique. Sur cette base, on déduit que *do quod facias* est en réalité une inversion de perspective de *facio ut des*. Un tel phénomène nous permet d'affirmer que les situations *do quod facias* visées par ces textes sont de nature contractuelle parce qu'elles sont assorties d'une attente de contre-prestation ou d'échange d'intérêts⁴⁴⁷. En effet, dès qu'on donne parce qu'une contre-prestation a été exécutée, il n'existe plus de libéralité pure à proprement parler⁴⁴⁸. Pour cette raison, il n'est donc pas question de donation.

Pour ainsi dire, ces textes décrivent une prestation qui est (fictivement ou réellement) *consecuta* à l'autre et nullement un pur acte de libéralité, ni une donation rémunératoire⁴⁴⁹ (qui n'est qu'un terme artificiel pour désigner un contrat à double

⁴⁴⁵ SACCOCCIO (2002) p. 224 et MITTEIS (1908) p. 201 voient également en la *datio ob causam* un rapport synallagmatique. Pour CHAUDET (1973) p. 115, elle vise aussi un rapport de double échange.

⁴⁴⁶ PAULUS, D. 19.5.5 pr.: «*Naturalis meus filius servit tibi et tuus filius mihi: convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres et ego tuum: ego manumisi, tu non manumisisti: qua actione mihi teneris, quaesitum est. In hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspicere potest. Qui in his competitis speciebus: aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias: in quibus quaeritur, quae obligatio nascatur*» (Mon fils naturel était ton esclave et ton fils était le mien: il fut convenu entre nous que toi, tu affranchirais le mien et moi le tien: moi je l'ai affranchi, toi, tu ne l'as pas affranchi: la question est «par quelle action es-tu tenu envers moi?»). Pour cette question, la prestation convenue donnée dans un but peut être examinée toute entière. Cette configuration se rencontre dans ces cas: en effet, ou bien je donne pour que tu donnes, ou bien je donne pour que tu fasses, ou bien je fais pour que tu donnes, ou bien je fais pour que tu fasses: dans ces cas, on demande quelle obligation naît).

⁴⁴⁷ *Pro*: CHAUDET (1973) p. 115; SACCOCCIO (2002) p. 224. *Contra*: PELLECCHI (1998) p. 139; CERAMI (1978) p. 176 n. 84; GUZMÁN BRITO (2001) p. 248; HARKE (2003) p. 56, pour qui D. 12.6.65.2 fait état d'une donation à titre gratuit («*unentgeltliche Zuwendung*»); HONSELL (1974) p. 82; SCHWARZ (1952) p. 123; ERNST (2005) p. 35.

⁴⁴⁸ Sur cette question, voir aussi: CHAUDET (1973) pp. 114 s.

⁴⁴⁹ La donation rémunératoire est définie par BIONDI (1955) p. 719 comme une donation faite avec l'intention de récompenser le donataire. Cet auteur admet qu'il s'agit d'un rapport juridique oscillant entre *donatio* et *negotium*, et qu'il faut la définir au cas par cas (BIONDI (1955) p. 719).

prestation d'échange ou d'échange d'intérêts⁴⁵⁰). La présence d'une contrepartie à l'acte déjà exécuté fournit un indice sur la nature contractuelle et bilatérale du rapport juridique. Pour comprendre cette idée, il faut se rappeler que les juristes romains de la période classique n'attribuaient pas de nature contractuelle à la pure donation⁴⁵¹ car celle-ci se fonde sur l'unique volonté de donner, sans accord préalable, concomitant ou postérieur. Il faut cependant préciser que, si la donation n'est pas une dation *ob causam* comme les actes synallagmatiques, elle contient d'une part une *causa* nue comme moteur subjectif qu'est la générosité, une sorte de *causa* psychologique, et, d'autre part, elle peut servir de *causa* au sens d'un titre justifiant le transfert de la chose.

Par conséquent, nous verrons que refuser la qualité de donation aux actes juridiques décrits par ces trois textes se justifie en raison de leur aspect contractuel. Dans cette perspective, ces trois textes de POMPONIUS, PAULUS et ULPIANUS⁴⁵² vont être analysés en détail dans les paragraphes suivants.

2.4.1.1.1. POMPONIUS, D. 12.6.52 *ab initio*

La *datio ob causam* du texte pomponien D. 12.6.52⁴⁵³ revêt un aspect contractuel pour deux raisons. Premièrement, grâce à l'existence d'un accord sous la forme *do quod facias* qui atteste la présence de deux prestations consécutives et réciproques. Deuxièmement, deux objections utilisées pour en dénier la nature contractuelle n'empêchent pas d'arriver à cette conclusion. Nous verrons que le caractère *falsa* de la *causa* et le choix de POMPONIUS de ne pas accorder un droit de répétition n'empêchent pas d'arguer d'une nature contractuelle de la relation juridique et de son exécution complète.

⁴⁵⁰ A ce propos, nous renvoyons *infra* p. 112 n. 469.

⁴⁵¹ Dans le sens de la donation qui doit être opposée au *do ut des*, voir aussi CHAUDET (1973) pp. 115 s.

⁴⁵² Il convient de préciser que cette idée de double prestation est présente dans ces deux textes d'ULPIANUS et PAULUS pour l'hypothèse où le protagoniste qui s'exécute pense que la contre-prestation existe (respectivement « *suscepitur transactionem ... [transactio] non facta est ... : ex falsa enim causa* » et « *ob causam datur, ... putavi* »). Nous pensons qu'il faudrait comprendre l'aspect *falsa* de manière indépendante, car elle est une constatation ultérieure : il faut l'analyser dans un second temps (sur ce point, nous renvoyons à notre analyse *infra* pp. 111 ss).

⁴⁵³ POMPONIUS, D. 12.6.52: « *Damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit: ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit* » (Nous donnons ou en vertu d'une cause ou en vue d'une chose: en vertu d'une cause passée, par exemple, lorsque je donne parce que j'ai reçu quelque chose de toi ou parce que tu as fait quelque chose, de sorte que, même si la cause est fautive, la répétition de cet argent n'a pas lieu: en vue d'une chose, pour que quelque chose se réalise, qui, si elle n'est pas exécutée, peut donner lieu à une répétition).

A propos du premier point, l'existence d'un rapport synallagmatique⁴⁵⁴ résulte du passage *do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est*. Cette formulation montre que les parties se sont échangé des prestations et semblent avoir eu la volonté de le faire au moment de l'exécution. Un acte a été exécuté en échange d'un autre, ce qui confirme l'idée que ce rapport constitue une relation d'échange.

En outre, cette formulation, réductible en *do quod facias*, correspond à la forme contractuelle atypique inversée du genre *facio ut des*, caractérisant une relation juridique pourvue d'obligations réciproques (cf. PAULUS, D. 19.5.5 pr.⁴⁵⁵). La formulation *facio ut des* se trouve être le point de vue miroir de la forme *do quod facias*. Ce phénomène résulte d'un renversement de perspective passant du point de vue de l'individu sujet et auteur d'une des prestations à celui de l'autre protagoniste. En d'autres termes, celui qui donne (exprimé par *des*) dans la formule *facio ut des* devient le protagoniste principal dans celle *do quod facias*. Ceci témoigne d'un échange réciproque et déterminé de deux prestations ou intérêts et par là même d'une nature conventionnelle de la relation juridique. Pour cette raison, une *datio ob causam* ne paraît pas devoir être considérée comme un acte unilatéral et désintéressé dans ce texte.

Quant à notre second point, il semble d'abord que le caractère *falsa* de la *causa* n'est pas un obstacle à la qualification de relation contractuelle. Pour SCHWARZ, le caractère *falsa* est de nature à exclure le caractère synallagmatique de la relation juridique parce qu'il s'appliquerait uniquement dans le contexte donatoire; la contre-prestation serait inexistante sous prétexte qu'elle ne serait que « fictive ». Mais il n'est pas certain que cet argument soit valide. La seule présence de *falsa* ne suggère pas nécessairement un contexte donatoire, car l'application du principe *falsa causa non nocet* y relatif n'est pas certaine dans ce fragment D. 12.6.52⁴⁵⁶. Cette notion renvoie cependant à la notion d'*error*⁴⁵⁷, ce qui pourrait suggérer un contexte contractuel au-delà des arguments évoqués précédemment.

⁴⁵⁴ Dans ce texte de POMPONIUS, la dation *ob causam* revêt un aspect donatoire (PERNICE (1892) p. 198 et n. 2; GUZMÁN BRITO (2001) p. 248). Pour considérer la *datio ob causam* comme une dation rémunératoire, cf. HONSELL (1974) p. 82. Sans parler de donation, mais en considérant qu'elle est un acte gratuit et unilatéral, cf. PELLECCHI (1998) p. 139, ou encore de « *Liberalität* », cf. LOTMAR (2019) p. 395.

⁴⁵⁵ Pour le texte et sa traduction, cf. *supra* p. 107 n. 446.

⁴⁵⁶ LOTMAR (2019) p. 396 a également observé une autre utilisation de l'expression *falsa causa* dans le contexte contractuel, mais n'a pas estimé que c'était le cas de son emploi dans D. 12.6.52.

⁴⁵⁷ Pour plus de précision sur la notion d'*error*, nous renvoyons aux ouvrages et articles spécialisés, comme FERCIA (2017) pp. 121 ss, HARKE (2005), WOLF (1961), SOLAZZI (1963) pp. 405 ss et (1972) pp. 1 ss, VOCI (1937) et la récente publication de FARGNOLI en tant qu'éditrice, regroupant et introduisant les écrits de LOTMAR sur l'*error* datant de la fin du 19^e jusqu'au début du 20^e siècle (LOTMAR (2019)). Pour un aperçu général et complet de la littérature à ce sujet, cf. FARGNOLI (2019) p. xxvi n. 88.

Ces constatations mises à part, il est difficile de savoir à quoi se rapporte exactement le caractère «faux». POMPONIUS ne précise pas ce qu'il entend par *falsa causa* ni ce qu'elle vise. Si l'on comprend que *falsa causa* se rapporte à la contre-prestation (soit le *facias*), on ne sait pas dans quelle mesure elle l'influence. Pour ainsi dire, on se demande si *falsa* se rapporterait à l'opinion objective de contracter ou à un élément matériel extérieur lié à la nature de la contre-prestation⁴⁵⁸. Le texte laisse supposer que le caractère faux de la *causa* ne porte pas nécessairement sur l'existence de la contre-prestation en tant que telle, puisque le fragment vise un cas d'exécution totale des prestations. Cette dernière idée résulte du fait que la *causa* est dite *praeterita* (passée) et la contre-prestation est qualifiée de *consecutalfacta*. POMPONIUS indique par ces exemples que l'autre partie a déjà donné ou fait quelque chose. Sans vouloir trop s'avancer sur la définition du terme *falsa causa* dans ce contexte, le fragment laisse entendre que la *falsa causa* n'est pas nécessairement la conviction erronée de la partie qui s'exécute, pensant ainsi répondre à une prestation précédente qui s'avère en réalité fautive. La question d'une définition exacte reste donc ouverte⁴⁵⁹.

Enfin, il faut ajouter que le choix de POMPONIUS de ne pas accorder un droit de répétition (peut-être fondé sur l'équité ?) n'empêche pas non plus d'admettre le caractère conventionnel de la relation juridique. En effet, les textes montrent qu'il est difficile de trouver un critère distinctif propre à un type de cas qui déterminerait le refus d'accorder un droit de répétition. Une dation n'est par exemple pas répétable lorsqu'elle résulte d'une donation comme dans D. 12.6.65.2, ou encore lors de l'existence d'un rapport contractuel synallagmatique et pleinement exécuté et ce, bien que la *causa* soit *falsa*. Les cas traités par ces deux fragments étant différents, on ne peut les assimiler simplement en vertu de leur conséquence juridique similaire ou du simple caractère *falsa* de la *causa*. Par ailleurs, l'absence de répétition prévue dans le cas de D. 12.6.52 ne peut être érigé en principe dans la mesure où elle ne s'applique pas à d'autres situations où existe une *causa falsa*⁴⁶⁰. Cette conséquence juridique d'absence de répétition est ainsi propre à chaque contexte particulier et ne peut être dressée en principe général selon un critère spécifique lié à la nature de l'état de fait (*falsa causa*, donation ou relation contractuelle).

⁴⁵⁸ La question de l'impact du caractère *falsa* de la *causa* a été étudié par SACCOCCIO (2002) pp. 224 s, qui en propose la lecture suivant e : une *causa est falsa* lorsqu'une modification ultérieure du lien causal se produit au cours de la transaction, faisant ainsi perdre au fait initial sa nature de *causa*. Cette interprétation a été brièvement critiquée par HARKE (2003) p. 54 n. 17, qui la trouve artificielle : cet auteur privilégie l'interprétation courante de la *causa falsa* comme conviction erronée d'une des parties (cf. p. 54). En particulier pour voir la *falsa causa* dans ce texte comme une «*falsche Beweggrundabgabe*», cf. LOTMAR (2019) p. 395.

⁴⁵⁹ Pour les différentes définitions et analyses de ce vaste sujet, nous renvoyons à la littérature citée *supra* p. 110 n. 458.

⁴⁶⁰ D. 12.6.65 2 ; D. 12.6.23 pr.

2.4.1.1.2. PAULUS, D. 12.6.65.2 *ab initio*

Ce texte de PAULUS, D. 12.6.65.2⁴⁶¹ vise un cas particulier où l'individu pensait conclure un contrat, alors qu'il procédait en réalité à une donation⁴⁶². A notre sens, il faut lire ce texte en distinguant deux temps et, par conséquent, différencier les termes qui s'y rapportent, comme le suggère le schéma suivant.

<p>Temps 1 : moment où l'acte est exécuté → relation juridique = contrat (fictif)</p> <p>Temps 2 : moment de la découverte de l'absence du fondement de l'acte exécuté et de la demande d'action en répétition → relation juridique = donation</p>
--

Schéma n° 6: Hypothèse de deux séquences temporelles
dans le cas décrit *ad* D. 12.6.65.2

L'exécutant pense répondre à une prestation, certes fictive, par une contre-prestation. Autrement dit, au moment où il s'exécute, il pense être soumis à un contrat. Le texte précise qu'il donne en vertu d'une *causa*, qu'il définit comme un avantage procuré par un tiers, consistant à aider dans la gestion d'affaires de l'exécutant. A ce stade (temps 1), pour l'exécutant, il ne s'agit pas de remettre en question le bien-fondé de l'exécution de la partie adverse; il est persuadé qu'elle a eu lieu. La cause de son acte est bel est bien constituée par une contre-prestation ou contre-avantage fictif. Le terme *causa* prend donc tout son sens dans cette configuration certes faussée parce qu'il désigne la prestation sur laquelle se base l'exécutant pour effectuer la sienne⁴⁶³.

L'acte de donner a la particularité dans le temps 1 de se référer à un fait individuel et concret et, même s'il est fictif, de lui donner une qualité de «prestation» en vertu de laquelle il faut s'exécuter. Autrement dit, la qualité de donation ne correspond pas à la réalité juridique du temps 1 en raison de la volonté de l'exécutant de baser son acte sur un fait concret. L'exécutant a agi en se fondant sur cet élément, ce qui légitime son acte,

⁴⁶¹ PAULUS, D. 12.6.65.2: «*Id quoque, quod ob causam datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donari volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse*» (Ceci aussi lorsqu'on donne en considération d'une cause, par exemple, lorsque j'ai cru que mes affaires ont été aidées par l'intermédiaire de quelqu'un, bien que ce ne fut pas le cas, il n'y a pas lieu à la répétition, parce que j'ai voulu faire un présent, quoique je fusse faussement persuadé).

⁴⁶² Pour les différents points de vue de la littérature sur le caractère donatoire et/ou rémunérateur de la *datio ob causam* dans ce fragment, cf. *infra* p. 112 n. 469.

⁴⁶³ Pour considérer dans ce texte la *datio ob causam* comme une dation rémunérateur, cf. PELLECCHI (1998) p. 139; CERAMI (1978) p. 174 n. 84; SOLAZZI (1963) p. 429. Pour une *datio ob causam* comme un acte donatoire ou libéral, cf. PERNICE (1892) p. 198 et n. 2; GUZMÁN BRITO (2001) p. 248; HARKE (2003) p. 56; HONSELL (1974) p. 82 (acte ou dation libéral avec une intention de récompenser quelqu'un). Pour une donation rémunérateur, cf. SCHWARZ (1952) p. 123; BIONDI (1955) p. 720. Pour un acte de libéralité, cf. LOTMAR (2019) p. 395 et n. 1137.

bien que la justification ne soit pas réelle à ce moment précis⁴⁶⁴. Dans l'esprit de l'exécutant, la relation prenait la forme d'un contrat atypique à double rapport d'échange. Cette relation contractuelle, même fictive, présente une analogie flagrante avec les structures synallagmatiques décrites par PAULUS, D. 19.5.5 pr.⁴⁶⁵. D'ailleurs, une telle structure ne doit pas être qualifiée de donation selon un fragment d'ULPIANUS⁴⁶⁶.

Or, au temps 2, le juriste s'intéresse à la réalité du déroulement des événements pour déterminer s'il doit accorder un droit de répétition ou non. Dans ce cas, PAULUS estime que la volonté de donner était suffisamment forte pour justifier l'acquisition et la conservation de l'objet par le tiers et de ne pas accorder un droit de répétition au donateur. Ce qu'on pensait être un contrat est en réalité à qualifier comme une donation (temps 2)⁴⁶⁷. PAULUS a ainsi jugé plus pertinent et conforme à la réalité des faits de baser l'acte exécuté sur la volonté pure de donner (qui est d'ailleurs elle-même fictive) afin de justifier l'absence de répétition. Mais ces éléments ne changent rien au fait que, dans la pensée de l'exécutant, au temps 1, il s'agissait d'un contrat. Il n'en demeure pas moins que le temps 1 est utile pour indiquer qu'*ob causam* renvoie à un fait *negotia mea adiuta ab eo* sur lequel la partie exécutante a fondé sa propre prestation.

De surcroît, un texte de LABEO, rapporté par ULPIANUS, explique que les choses données pour récompenser quelqu'un qui a aidé ou porté secours⁴⁶⁸ ne sont pas des donations. Ce fragment pose donc un doute sur la nature donatoire d'un tel type d'acte.

Par ailleurs, que la dation rémunératoire soit un contrat ou une donation rémunératoire n'a pas de réelle importance dans la mesure où *de facto* la seconde hypothèse remplit les caractéristiques d'une forme de convention⁴⁶⁹. Il en résulte que la différence entre

⁴⁶⁴ La *falsa causa* est pour LOTMAR (2019) p. 395 n. 1138 une «*unbewusst falsche Grundangabe*».

⁴⁶⁵ Pour le texte et sa traduction cf. *infra* p. 107 n. 446.

⁴⁶⁶ ULPIANUS, D. 39.5.19.1, pour le texte et sa traduction cf. *infra* p. 112 n. 469.

⁴⁶⁷ Si HARKE (2003) p. 56 arrive à un résultat similaire que nous en affirmant que PAULUS traite d'un cas de donation à titre gratuit («*unentgeltliche Zuwendung*»), soit sans élément de contrepartie («*die datio ob causam [ist] in diesem Fall eine entgeltliche Zuwendung und als solche ohne Rücksicht die Verwirklichung des Belohnungszwecks von Bestand ist*»), à la différence que nous estimons que cette conclusion n'est valable que pour le temps 2 et non pour le temps 1. Ainsi, nous ne nous rallions pas à son avis de considérer la *datio ob causam* comme une donation.

⁴⁶⁸ ULPIANUS, D. 39.5.19.1: «*Labeo scribit extra causam donationum esse talium officiorum mercedes ut puta: si tibi adfuero, si satis pro te dedero, si qualibet in re opera vel gratia mea usus fueris*» (LABEO écrit que sont exemptées de la cause de donation les récompenses des services tels que par exemple: si je t'ai assisté, si j'ai donné assez pour toi, si tu as utilisé mes services ou mes faveurs dans quelque affaire).

⁴⁶⁹ Comme nous, considérant la dation rémunératoire comme un rapport synallagmatique, cf. ACCARIAS (1866) p. 103; CHAUDET (1973) p. 115. En revanche, selon certains auteurs, la dation rémunératoire doit être considérée comme un acte unilatéral et gratuit selon PELLECCHI (1998) p. 139 (application de cette idée avec certitude pour le fragment de PAULUS,

les deux n'est que cosmétique. La structure d'une dation rémunératoire revêt une nature identique d'échange d'intérêts ou d'avantages, à savoir «on donne parce que quelqu'un nous a donné». En d'autres termes, un acte a été exécuté en vue de contrebalancer un avantage déjà fictivement perçu. Cette structure de base ressemble à celle d'une convention aristonienne et paulienne (rapport d'échange comme conventions atypiques). Ainsi, cette qualification de «donation rémunératoire» utilisée par les romanistes modernes⁴⁷⁰ demeure artificielle, dans le sens où cette relation juridique correspond à une convention atypique avec double rapport d'échange⁴⁷¹. Pour ainsi dire, il importe peu qu'on la nomme dation rémunératoire ou donation rémunératoire, car la structure fondamentale est un *do quod facias*, soit un *do ut des/do ut facias* renversé qui correspond à une convention atypique selon PAULUS, D. 19.5.5 pr. et ULPIANUS, D. 2.14.7.2.

En outre, à titre comparatif, si l'on appliquait l'avis d'ULPIANUS, D. 12.6.23 pr.⁴⁷², la prestation devrait être répétable, puisqu'au temps 2, il n'y a pas ou plus de contrat. Néanmoins, PAULUS a opté pour la solution visant à considérer la dation comme une donation, ce qui permet d'empêcher la répétition.

En somme, l'usage de la locution *ob causam* par PAULUS dans ce contexte donatoire est explicable et n'empêche pas de la dissocier de la donation. Une subdivision de la situation juridique en deux temps (dont surtout le temps 1) empêche de conclure que la *datio ob causam* est une donation. Cette conclusion est également valable si, *a posteriori*, le caractère fictif de la contre-prestation amène à considérer la relation juridique comme une donation. La *datio ob causam* de D. 12.6.65.2 s'insère dans un contrat fictif, parce que l'exécutant pensait répondre à une contre-prestation elle-même fictive.

2.4.1.1.3. ULPIANUS, D. 12.6.23 pr.

La nature contractuelle de l'acte, bien que fictive, est observable également dans le texte d'ULPIANUS, D. 12.6.23 pr. *ab initio*⁴⁷³.

D. 12.6.65.2) ou comme une structure rentrant dans la catégorie des donations parce qu'elle remplit le but d'enrichir le bénéficiaire, cf. SAVIGNY (1841) p. 86; puis, plus généralement comme un acte libéral rémunératoire, voir ERNST (2005) pp. 35 s; SCHWARZ (1952) p. 123; HONSELL (1974) p. 82. Pour d'autres encore, la réponse n'en ressort pas clairement: PFLÜGER (1937) p. 112; GLÜCK (1905) p. 541 n. 24 et p. 525 parle de prestation, sans plus de précision; STURM (1971) p. 667 n. 12; KUPISCH (1987) p. 433 n. 30.

⁴⁷⁰ Cf. *supra* p. 112 n. 469.

⁴⁷¹ Dans le même sens, voir CHAUDET (1973) p. 115.

⁴⁷² Pour le texte et sa traduction, cf. *supra* p. 104 n. 440.

⁴⁷³ ULPIANUS, D. 12.6.23 pr. *ab initio*: «Eleganter Pomponius quaerit, si quis suspicetur transactionem factam vel ab eo cui heres est vel ab eo cui procurator est et quasi ex transactione dederit, quae facta non est, an locus sit repetitioni. Et ait repeti posse: ex falsa enim causa datum est» (POMPONIUS pose élégamment la question de savoir s'il y a lieu de répéter, si quelqu'un pense que la transaction a été faite par celui dont il est l'héritier ou par celui dont il

De la même manière que D. 12.6.65.2⁴⁷⁴, ce texte fait état d'une transaction faite en raison d'une contre-prestation déjà exécutée, même si cette dernière s'avère finalement fictive⁴⁷⁵. Cette interprétation résulte en particulier des termes *transactionem factam*. Dans l'esprit de celui qui s'exécute, la prestation précédente a déjà été exécutée : il agit en voulant répondre à une prestation dont il se croit obligé. De ce fait, l'expression *ex falsa causa* renvoie à un rapport contractuel, même s'il est fictif. Le rapport fictif prend ainsi une structure similaire à D. 19.5.5 pr⁴⁷⁶.

A la différence de D. 12.6.52 (refus du droit d'action pour raison de contrat exécuté) et D. 12.6.65.2 (refus du droit d'action pour raison de donation), le texte D. 12.6.23 pr. fait état d'un droit d'action accordé, alors même que la *causa* est *falsa* et qu'une seule prestation est effectuée. Concrètement, ce fragment ulpien indique qu'un paiement fait *ex falsa causa* est répétable dans la situation de celui qui paie en pensant se libérer d'une dette fictivement contractée par le *de cuius* ou son *procurator*, qui en réalité n'a pas eu lieu⁴⁷⁷. Il est à remarquer que la particularité de ce texte repose sur le fait qu'il précise la nature du caractère *falsa* : il s'agirait de la divergence entre la réalité et la conviction du *dans* en vertu de la formulation *suscepitur transactionem factam ... quae facta non est ... ex falsa enim causa*. En d'autres termes, la raison qui fonde l'acte du *dans* est viciée pour ULPIANUS et, par conséquent, le paiement exécuté par celui-ci serait répétable. Le vice est tel qu'il détruit la volonté même de donner, caractéristique et nécessaire à la donation. Si l'on en croit l'avis d'ULPIANUS, admettre dans cette situation une donation ne serait pas acceptable.

En somme, le stade d'exécution des prestations ainsi que la nature *falsa* de la *causa* ont un impact sur la manière de considérer le rapport juridique qui unit les parties. Selon la vision ulpienne, si une seule des prestations est exécutée et que la *causa* est *falsa*, il n'y a ni véritable contrat – alors que dans l'esprit du *dans* qui voulait donner sur la base d'un pseudo-contrat, il s'agissait d'un contexte contractuel – ni même donation.

2.4.1.1.4. Discussion des divergences de doctrine

Ces trois textes font état de trois visions différentes chez les juristes romains quant à la solution juridique adéquate lorsqu'il y a une *falsa causa*. Mais quels enseignements doit-on tirer de ces divergences doctrinales ?

La différence de traitement entre ces trois cas pourrait nous indiquer deux enseignements sur la façon de définir *falsa* et son lien avec l'acte auquel elle se rapporte : soit

est le procurateur et qu'il a donné comme sur la base d'une transaction, qui n'a pas été faite. Et il dit qu'il est possible de répéter : car il a été donné en vertu d'une fausse cause).

⁴⁷⁴ Cf. analyse *supra* pp. 111 ss.

⁴⁷⁵ La *datio ex falsa causa* se réfère ici, selon LOTMAR (2019) p. 396, à une prestation obligatoire et non à une dation libérale.

⁴⁷⁶ Cf. *supra* p. 107 n. 446.

⁴⁷⁷ D. 12.6.23 pr.

le sens de ce terme ne saurait être univoque et varierait selon les cas particuliers; soit le principe *falsa causa non nocet* n'est pas accepté généralement par tous les auteurs parce qu'il ne s'appliquerait pas au contexte contractuel.

Pour ULPIANUS (et PAULUS dans une moindre mesure, puisqu'il admet toutefois une donation), l'impact du terme *falsa* est fondamental dans la mesure où il touche la volonté génératrice de contracter, présente jusqu'au moment de l'exécution (et peut-être avant l'exécution complète du contrat, soit probablement avant que l'autre partie ne s'exécute, mais ce détail échappe à notre connaissance). La notion *falsa* doit être comprise pour ULPIANUS comme une conviction qui ne correspond pas à la réalité.

Quant à PAULUS, il fait mention du terme *causa* en lien avec la volonté et la croyance, idée qui se dégage des termes *putavi*, *volui* et *persuaserim*. Néanmoins, la sanction juridique est différente de celle d'ULPIANUS, D. 12.6.23 pr., puisque la répétition est exclue.

Pour POMPONIUS, l'importance de l'impact sur le contrat est moindre, puisque la répétition du paiement n'est pas accordée. On pourrait envisager que le caractère *falsa* porte sur un élément matériel extérieur non prévisible par les parties au moment de contracter, qui intervient après l'exécution par chacune des parties⁴⁷⁸. Néanmoins, comme déjà évoqué précédemment⁴⁷⁹, faute de précisions à propos de la nature *falsa* dans le texte de POMPONIUS, D. 12.6.52, il est difficile d'ériger cette hypothèse en certitude.

Au vu des conséquences divergentes susmentionnées, *falsa* ne semble pas revêtir d'acception univoque chez ces trois auteurs. On ne pourrait pas faire correspondre la notion de *falsa* dans chacun de ces trois fragments. Les usages de *falsa* ne semblent pas identiques dans la mesure où ils n'ont pas la même influence sur la validité de l'acte juridique. Cette considération laisser supposer que le principe *falsa causa non nocet* n'était pas non plus généralement accepté et ne dépassait pas le cadre testamentaire ou n'avait pas la même signification pour tous les juriconsultes. Il semblerait que *falsa causa* soit utilisée dans le contexte contractuel de l'*error*⁴⁸⁰ et pas réservée au contexte testamentaire⁴⁸¹.

On peut seulement comprendre que, dans les deux fragments de PAULUS et POMPONIUS, la conclusion d'irrégularité en cas de *falsa causa* montre que le caractère *falsa* n'est pas essentiel au point d'empêcher le transfert de la chose. En clair, la transaction a été jugée valide par ces deux juriconsultes et le caractère *falsa* de la *causa* n'a que

⁴⁷⁸ L'hypothèse d'une modification ultérieure à été développée dans un sens légèrement différent que nous proposons par SACCOCCIO (2002) pp. 224 s.

⁴⁷⁹ Cf. *supra* pp. 109 s.

⁴⁸⁰ Par ex. D. 12.6. 2; D. 12.6.23 p.; D. 5.3.13.1; D. 6.2.5; D. 12.6.23.4.

⁴⁸¹ LOTMAR (2019) p. 396 observe que *falsa causa* peut également toucher le contexte contractuel.

peu d'impact (moindre chez PAULUS, voire pas du tout chez POMPONIUS) lorsque les prestations ont déjà été réellement ou fictivement exécutées. Pour PAULUS, la nature *falsa* reste toutefois un facteur important avec celui de l'exécution partielle : les deux pris ensemble lui permettent de considérer qu'il est nécessaire de valider la transaction déjà faite pour transformer la relation pseudo-contractuelle en une simple donation.

En résumé, l'impact de la *falsa causa* sur la validité de l'acte juridique diverge selon les auteurs. Pour POMPONIUS, elle n'aura qu'une valeur accessoire, puisque la relation juridique est maintenue et la prestation déjà exécutée n'est pas répétable. Pour PAULUS, la *falsa causa* n'a qu'une valeur semi-essentielle, la prestation demeurant irrépétable. Elle est cependant déterminante pour ULPIANUS qui admet la répétition. La raison de ces disparités semble provenir du caractère essentiel ou accessoire attribué à la *falsa causa*, ce qui pourrait mener à une application variable du principe *falsa causa non nocet*. On pourrait imaginer que dans chaque cas, la position adoptée par les auteurs quant à l'application de ce critère dépende du cas particulier qu'ils avaient à traiter et du contexte contractuel ou donatoire.

En conclusion, la présence du terme *falsa* n'impliquant pas nécessairement un contexte donatoire, la dation *ob causam* ne se définit pas comme un acte donatoire.

2.4.1.2. Les textes mélangeant *ob causam* et la finalité

En outre, la nature non donatoire de la *datio ob causam* est aussi visible dans des cas contractuels mélangeant l'expression *ob causam* avec une notion de but, qui, comme nous le verrons, correspond au terme *res* dans la majorité des cas.

Figurent au nombre de ces cas, le contrat consistant en la libération d'une dette en échange d'une délégation de créance à l'un des débiteurs du premier créancier⁴⁸² et le contrat visant à dénoncer la cachette des esclaves fugitifs contre une somme d'argent⁴⁸³.

⁴⁸² PAPINIANUS, D. 19.5.9 *ab initio*: «*Ob eam causam accepto liberatus, ut nomen Titii debitoris delegaret, si fidem contractus non impleat, incerti actione tenebitur*» (Quelqu'un a été libéré de sa dette pour la cause de déléguer celle-ci à un de ses débiteurs nommé Titius ; s'il ne remplit pas l'engagement du contrat, il sera tenu par l'*actio incerti*).

⁴⁸³ ULPIANUS, D. 19.5.15 *ab initio*: «*Solent, qui noverunt servos fugitivos alicubi celari, indicare eos dominis ubi celentur: quae res non facit eos fures. Solent etiam mercedem huius rei accipere et sic indicare, nec videtur illicitum esse hoc quod datur. Quare qui accepit, quia ob causam accepit nec improbam causam, non timet condictionem*» (Ceux qui connaissent le lieu où les esclaves fugitifs se cachent ont coutume de révéler à leur maître où ceux-ci se trouvent : ceci ne fait pas d'eux (*i.e.* les délateurs) des voleurs. Ils sont même dans l'usage à recevoir une récompense pour ceci (*i.e.* l'information), et ainsi d'en révéler la cachette, et ce qui est donné n'apparaît pas comme illicite. C'est pourquoi, celui qui a reçu, parce qu'il a reçu en vertu d'une cause et qui n'est d'ailleurs pas malhonnête, ne craint pas la *condictio*).

La présence de *causa*, mais aussi de *res* (indirectement par ce qui définit cette dernière, *i.e.* la finalité), montre une forme de superposition des deux notions, comme composantes d'une même relation juridique contractuelle. La relation contient une cause objective qui justifie la prestation et revêt un aspect final. Dans ces textes⁴⁸⁴, la relation juridique pourvue d'une telle *causa* n'est pas une pure libéralité au sens de IULIANUS, D. 39.5.1 pr. *ab initio*. Ces textes montrent que la *datio ob causam* est effectuée en vue de répondre à une prestation déjà effectuée ou qui s'effectuera simultanément voire dans l'avenir.

2.4.1.3. Les textes clairs: les contrats à double rapport d'obligations

Par ailleurs, un certain nombre de textes corroborent l'idée que la *datio ob causam* ne désigne pas la donation.

Des textes certifient l'usage d'*ob causam* dans un contexte unissant deux protagonistes dans un double rapport d'obligations, ce qui exclurait sa nature donatoire. C'est le cas de fragments de droit classique autant que de droit post-classique⁴⁸⁵: ils attestent l'utilisation d'*ob causam* en lien avec des contrats à prestations réciproques. Outre les textes cités ci-dessus⁴⁸⁶, on trouve des contrats comme la vente dont une prestation doit se faire en guise d'arrhes (*arrae nomine*)⁴⁸⁷, le contrat visant à donner de l'argent contre un voyage à Capoue à la charge du récipiendaire des deniers⁴⁸⁸ et celui d'une prestation faite en raison d'un accord à l'amiable⁴⁸⁹.

Une particularité, qui fera l'objet d'une analyse détaillée⁴⁹⁰, tient à la présence d'*ob causam* avec le contrat unilatéral qu'est la stipulation⁴⁹¹. Nous verrons ultérieurement que ce dernier fragment (D. 39.5.19.5) dénie la nature de donation d'une telle promesse faite *ob causam*.

⁴⁸⁴ D. 12.6.52; D. 12.6.65.2.

⁴⁸⁵ Pour le droit post-classique, voir notamment C.I. 4.6.5: «*Si militem ad negotium tuum procuratorem fecisti, cum hoc legibus interdictum sit, ac propter hoc pecuniam ei numerasti, quidquid ob causam datum est, causa non secuta restitui tibi competens iudex curae habebit*» Si tu as nommé un soldat procurateur de ton affaire, bien que ce soit interdit par les lois, et que pour cela tu lui as versé de l'argent, si la chose n'a pas suivi, un juge compétent prendra soin que ce qui a été donné en vertu d'une cause te soit restitué); C.I. 4.6.10: «*Pecuniam a te datam, licet causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu secuta non est, minime repeti posse certum est*» (Il est certain que l'argent que tu as donné ne peut pas du tout être répété, bien que la cause pour laquelle tu l'as donné n'ait pas été exécutée, non par la faute de celui qui reçoit, mais en raison d'un événement fortuit).

⁴⁸⁶ D. 19.5.9 *ab initio*; D. 19.5.15 *ab initio*.

⁴⁸⁷ D. 19.1.11.6.

⁴⁸⁸ D. 12.4.5 pr.

⁴⁸⁹ Le texte d'ULPIANUS, D. 12.6.23.3 mentionne une prestation faite en raison d'une autre, sans plus de détails.

⁴⁹⁰ Cf. *infra* pp. 174 ss.

⁴⁹¹ D. 39.5.19.5.

2.4.2. La définition négative

Le second argument défavorable à considérer la *datio ob causam* nécessairement comme une donation tient au fait que certains textes lui refusent cette qualification (définition négative de la *datio ob causam*)⁴⁹². Ces textes définissent la donation par ce qui ne la caractérise pas (par opposition à une *datio ob causam*) ou l'identifient comme un élément distinct du contrat. Refuser la qualité de donation à la *datio ob causam* provient d'une part, implicitement du caractère non-répétibile d'un acte donatoire et d'autre part, explicitement de textes où la définition de la donation s'oppose à celle de la *datio ob causam*.

D'abord, si l'on voulait faire concorder la donation et la *datio ob causam*, il faudrait que leurs conséquences juridiques soient similaires quant à la faculté de répéter pour le *dans*. Or, la conséquence juridique souvent accordée à une donation pure est son irrépétibilité⁴⁹³, alors que celle de la *datio ob causam* n'est pas régulière : elle peut être soit répétibile⁴⁹⁴, soit irrépétibile. La raison du caractère irrépétibile de la donation tient au fait qu'elle ne crée pas d'obligation⁴⁹⁵, puisque seule la volonté de donner est prépondérante par rapport à toute forme d'intérêt ou contre-avantage⁴⁹⁶. Ces observations montrent que la définition de la *datio ob causam* comme donation fait face à des obstacles.

Ensuite, le refus de qualifier la *datio ob causam* comme donation résulte également d'ULPIANUS, D. 39.5.19.5⁴⁹⁷ de manière explicite⁴⁹⁸. En effet, ce dernier établit que

⁴⁹² Pour un argument similaire, cf. aussi CHAUDET (1973) p. 116.

⁴⁹³ D. 12.6.65.2, D. 39.5.2.7 et D. 24.1.13.2.

⁴⁹⁴ D. 12.6.23 pr.; D. 12.6.65 pr.; D. 12.6.23.3; D. 12.7.1.1; D. 19.1.11.6.

⁴⁹⁵ ULPIANUS, D. 39.5.18 pr.: «*Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est, et ita et Pomponius eum existimare refert*» (ARISTO dit que lorsqu'il y a une convention mêlée d'une donation, l'obligation n'est pas contractée à partir de ce cas qu'est la donation, et POMPONIUS rapporte qu'il le considère ainsi); ULPIANUS, D. 39.5.18.1: «*Denique refert Aristonem putare, si servum tibi tradidero ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas, non posse ante quinquennium agi, quia donatio aliqua inesse videtur: aliter atque, inquit, si ob hoc tibi tradidissem, ut continuo manumittas: hic enim nec donationi locum esse et ideo esse obligationem. Sed et superiore casu quid acti sit, inspiciendum Pomponius ait: potest enim quinquennium non ad hoc esse positum, ut aliquid donetur*» (Enfin, il rapporte qu'ARISTO pense que, si je t'ai transmis un esclave pour que tu l'affranchisses après un délai de cinq ans, il n'est pas possible d'intenter une action avant le délai de cinq ans parce que la donation semble inhérente : il en va autrement, dit-il, si je te l'avais transmis pour que tu l'affranchisses tout de suite : en effet, là, cela ne donne pas lieu à une donation et c'est pour cela qu'il y a obligation. Mais même dans le cas précédent, POMPONIUS dit qu'il faut examiner ce qu'il y a de fait : en effet, il est possible que le délai de cinq ans n'ait pas été établi pour que quelque chose fasse l'objet d'une donation).

⁴⁹⁶ D. 39.5.2.7 et D. 24.1.13.2.

⁴⁹⁷ ULPIANUS, D. 39.5.19.5: «*Sed et hae stipulationes, quae ob causam fiunt, non habent donationem*» (Et ces stipulations, qui se produisent en vertu d'une *causa*, ne sont pas des donations); à noter que la même conclusion est aussi à retenir pour une prestation exécutée *ob rem*

la stipulation *ob causam* n'est pas une donation⁴⁹⁹. La *stipulatio ob causam* est un contrat, dont le fondement est constitué par un acte qui motive le stipulant à agir; elle a donc un caractère synallagmatique⁵⁰⁰. Ainsi, elle est à dissocier de la pure donation, qui elle, est un acte désintéressé parce que motivé par la générosité⁵⁰¹. A ce titre, la donation n'est par conséquent pas faite en vertu d'une *causa* au sens de motifs représentant une attente de contre-prestation ou contre-avantage⁵⁰². Sur la base de ce texte ulpien, on peut conclure que dès qu'il y a une *stipulatio ob causam*, il n'y a pas de donation. La dation exécutée en vertu d'une stipulation *ob causam* ne peut donc pas être considérée comme une donation.

Enfin, un fragment de IULIANUS⁵⁰³ montre qu'il existe une différence entre une donation conditionnelle⁵⁰⁴ à valeur contraignante et une pure donation.

selon ULPIANUS, D. 39.5.19.6: «*Denique Pegasus putabat, si tibi centum spopondero hac condicione, si iurasses te nomen meum laturum, non esse donationem, quia ob rem facta est, res secuta est*» (Enfin, PEGASUS pensait que, si je t'avais promis cent à la condition que tu eusses juré que tu porterais mon nom, ce n'était pas une donation parce que la prestation a été faite dans un but et s'est réalisée).

⁴⁹⁸ En ce sens, voir aussi CHAUDET (1973) p. 116.

⁴⁹⁹ KASER (1971) p. 601 n. 2 et ARCHI (1960) p. 24 arrivent à la même conclusion sur la base du même fragment (D. 39.5.19.5).

⁵⁰⁰ ARCHI (1960) p. 24 va jusqu'à considérer que *ob causam agere* est un équivalent de *negotium gerere*.

⁵⁰¹ IULIANUS, D. 39.5.1 pr. *ab initio*: «*Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exercent: haec proprie donatio appellatur*» (Quelqu'un donne [de l'argent] dans l'idée qu'il veut aussitôt qu'il devienne la propriété de celui qui reçoit et qu'en aucun cas il lui revienne, et il ne le fait pour aucune autre raison que pour faire preuve de libéralité et de munificence: voilà ce qu'on appelle une donation au sens propre).

⁵⁰² Pour ARCHI (1960) p. 24, la donation est une attribution *sine causa*.

⁵⁰³ IULIANUS, D. 39.5.2.7: «*Titio [tertio] decem donavi ea condicione, ut inde Stichum sibi emeret: quaero, cum homo antequam emeretur mortuus sit, an aliqua actione decem recipiam. Respondit [respondi]: facti magis quam iuris quaestio est: nam si decem Titio in hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus, mortuo Sticho condicione repetam: si vero alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim in hoc me dare, ut Stichum emeret, causa magis donationis quam condicio dandae pecuniae existimari debet et mortuo Sticho pecunia apud titium remanebit*» (J'ai donné dix à Titius à la condition qu'il achète Stichus: je demande, comme l'homme est mort avant d'avoir été acheté, si je peux récupérer dix par quelque action. J'ai répondu: c'est plus une question de fait que de droit: car si j'ai donné dix à Titius, afin qu'il achète Stichus, sans quoi je ne lui aurais pas donné, je répéterai par la *condictio* en cas de mort de Stichus; mais si, par contre, en d'autres circonstances j'avais l'intention de donner dix à Titius parce qu'entre temps il avait proposé d'acheter Stichus, j'aurais dit que je donnais, afin qu'il achète Stichus, la cause de faire une donation devra être davantage considérée que la condition de donner les deniers, et en cas de mort de Stichus, l'argent restera chez Titius).

⁵⁰⁴ Pour une analyse approfondie de ce texte, cf. *infra* pp. 226 ss et pp. 239 ss. Sur l'aspect conventionnel que peut revêtir une donation conditionnelle, cf. *infra* pp. 221 ss.

IULIANUS différencie le régime juridique de ces deux cas d'espèce en opposant deux types de *causa* : la *causa* comme prestation conditionnelle *versus* la *causa* comme raison purement subjective fondant la donation, qui ne lie pas le donataire. Dans le premier cas, la condition comme *causa* lie le donataire⁵⁰⁵ et la répétition est possible en cas de non-réalisation. En revanche, dans le second, la *causa donationis* semble avoir une indépendance vis-à-vis de la condition, puisque cette dernière ne conditionne pas les effets de la donation et sa non-réalisation ne permet pas de répéter. Il en résulte que dans le premier cas, il s'agit d'une cause juridique, alors que dans le second cas, d'une cause psychologique⁵⁰⁶.

La terminologie de cause « psychologique » de la *causa donationis* relative au second cas d'espèce s'explique par le fait que la finalité poursuivie par la condition (acheter l'esclave) ne constitue pas une obligation ferme. La condition constitue plutôt une simple marque subjective sans effet juridique parce qu'elle ne fait pas dépendre l'effet de la donation de sa propre réalisation. Et par opposition au premier cas, où la condition lie le donataire et fait naître un droit de répétition en cas d'impossibilité d'exécution, IULIANUS n'accorde pas la faculté de répéter au second. Ces éléments indiquent, dans ce cas précis, la volonté de IULIANUS de ne pas remettre en cause l'acquisition de la propriété de l'objet donné, donc de maintenir l'effet de la donation. Par une lecture transversale de ce texte avec un autre du même auteur (D. 39.5.1 pr. *ab initio*⁵⁰⁷), cela signifie que la donation a une vocation purement libérale et ne peut être qualifiée de *datio ob causam*.

En conclusion, l'essentiel à retenir pour notre étude est que, autant IULIANUS, D. 39.5.2.7 que ULPIANUS, D. 39.5.19.5 soutiennent l'idée qu'on ne peut qualifier une dation *ob causam* de donation pure. Les donations pures se basent sur une *causa* purement subjective (la générosité), qu'on pourrait qualifier de psychologique, alors que les dations *ob causam* contiennent une cause juridique, à caractère contraignant, ce qui empêche de les qualifier de donation.

3. Synthèse

Nous avons discerné différentes problématiques après la lecture de l'étude de SCHWARZ, tenté de questionner et de commenter ces éléments sur la base de textes peu analysés par l'auteur, en essayant d'apporter un éclairage différent. Plusieurs éléments nous ont amené à contester cette théorie. D'abord, nous nous sommes intéressé à sa méthode, puis à sa proposition de distinguer nettement entre *causa* et *res* en droit

⁵⁰⁵ Sur la question du caractère mixte d'une donation conditionnelle, cf. *infra* pp. 218 ss.

⁵⁰⁶ Formulé autrement, mais dans un sens similaire, voir à ce propos : CHAUDET (1973) p. 115 ; WINDSCHEID (1850) p. 43 et p. 48, pour qui la *causa donationis* n'est qu'un motif ou plus spécifiquement au cas analysé, une charge (« *Auflage* »), sans portée juridique.

⁵⁰⁷ Le texte est cité *supra* p. 119 n. 501.

classique, argumentée par la voie de l'interpolation qui manquait, à notre avis, de fondement scientifique. Ensuite, sa conception de n'attribuer aucune conséquence juridique à la nature *ob causam* d'une *datio* devait être remise en doute en raison de conséquences juridiques lui étant parfois attribuées. Enfin, nous avons élaboré une critique de sa définition de la *datio ob causam* comme une donation, pour arriver à la conclusion qu'elle ne pouvait être qualifiée ainsi.

B. La théorie de la synonymie des *dationes ob rem* et *ob causam*

1. Exposition de la théorie

Une approche synonymique des *dationes ob rem* et *ob causam* est défendue par CHAUDET. A en croire cet auteur, les deux termes seraient employés indifféremment l'un pour l'autre⁵⁰⁸.

Il voit un aspect final dans chacun des deux termes *res* et *causa*⁵⁰⁹. En particulier, *causa* peut revêtir les notions de but⁵¹⁰ ainsi que de «condition-prévision» et par extension, «contre-prestation»⁵¹¹, qu'elle partagerait avec *res*. La finalité, comme composante de chacune des deux notions, les rendrait équivalentes.

Son raisonnement s'articule autour de la définition attribuée à la notion de *causa*, par opposition à celle de donation. Plus particulièrement, il insiste sur le fait que la nature non donatoire de la *datio ob causam* provient de la valeur finale (comme «condition-prévision», voire «contre-prestation») accordée à la *causa*⁵¹². Il ajoute ensuite que la caractéristique donatoire est un critère de distinction entre un acte fait *ob causam* et la donation, ce qui aboutit à confondre *res* et *causa*⁵¹³. En revanche, lorsque *causa* serait opposée à *res*, la première prendrait le sens de motif⁵¹⁴.

Plus précisément, il souligne, dans un premier temps, que la définition de la *causa* déterminerait l'existence d'une donation. En effet, la donation ne contiendrait pas en soi

⁵⁰⁸ CHAUDET (1973) p. 117. Cette idée de synonymie est présente aussi chez CAPITANT (1927) p. 113, ALBANESE (1982) p. 261 et partiellement chez WINDSCHEID vol. 2 (1906) p. 883 n. 11 (*i.e.* lorsque la *causa* a une valeur future), alors qu'il la distinguait de *res*, même si celle-là avait une valeur future dans un ouvrage antérieur (WINDSCHEID (1850) pp. 48 s).

⁵⁰⁹ CHAUDET (1973) p. 111 n. 102.

⁵¹⁰ Il se réfère aux exemples cités par GEORGESCU (1940) pp. 140 s n. 2 qui n'ont pas nécessairement de connotation juridique ou lien contextuel entre eux.

⁵¹¹ CHAUDET (1973) p. 116. Dans le même ordre d'idées, cf. CAPITANT (1927) p. 113: «le mot *causa* désigne l'objet de l'obligation de chaque contractant, la prestation qu'il a promise de faire».

⁵¹² CHAUDET (1973) p. 115.

⁵¹³ CHAUDET (1973) p. 116.

⁵¹⁴ CHAUDET (1973) p. 117.

de *causa* au sens d'« attente de contre-prestation » ou de « condition-prévision »⁵¹⁵. Les actes qui comprennent une telle *causa* ne pourraient qu'être des actes juridiques avec nature d'échange⁵¹⁶ et ne correspondraient pas au « motif interne, sans portée juridique » caractéristique de la donation⁵¹⁷. Cette idée d'attente de contre-prestation tendrait à rapprocher *causa* et *res*⁵¹⁸. Par ailleurs, l'auteur ne fait pas de différence entre la dation rémunératoire et le contrat d'échange⁵¹⁹. Il n'y aurait pas de différence entre la dation qu'on fait parce qu'il y a eu une contre-prestation et un contrat qui contient un rapport de double échange⁵²⁰. Ainsi, la dation faite en vertu d'une contre-prestation serait un contrat type *do ut des/facias* et non une donation⁵²¹.

Ensuite, CHAUDET adopte le raisonnement inverse : la nature donatoire est un critère de distinction qui permettrait de rapprocher *res* et *causa* vers le sens commun de « prévision »⁵²².

En somme, la *causa* ne serait en principe pas à prendre comme un motif subjectif, puisque la dation *ob causam*, d'une part, contient une valeur finale contraignante (comme *res*) et, d'autre part, ne correspond pas à une donation. Pour ces raisons, *causa* et *res* devraient être comprises comme des synonymes⁵²³. Cependant quelques exceptions où *causa* devrait être entendue comme motif demeurent lorsqu'elle est expressément opposée à *res* et « pour faire ressortir que le motif n'a pas de portée juridique »⁵²⁴.

2. Commentaire

CHAUDET procède à des analyses pertinentes, en particulier à propos de sa conception de la *datio ob causam* comme n'étant pas un acte purement donatoire.

Néanmoins, le premier problème qui surgit est le procédé argumentatif qu'est le raisonnement circulaire. D'abord, il emploie l'argument de la définition du terme *causa* (*i.e.* comme « condition-prévision ») pour démontrer que la dation *ob causam* n'est pas une donation pour ensuite justifier la définition par cette conclusion.

⁵¹⁵ CHAUDET (1973) p. 115.

⁵¹⁶ *Ibid.*

⁵¹⁷ CHAUDET (1973) p. 115, et notamment l'exemple p. 115 n. 121.

⁵¹⁸ CHAUDET (1973) p. 115.

⁵¹⁹ CHAUDET (1973) p. 115 n. 121.

⁵²⁰ CHAUDET (1973) p. 115.

⁵²¹ CHAUDET (1973) p. 115 et n. 121.

⁵²² CHAUDET (1973) p. 116.

⁵²³ CHAUDET (1973) p. 117. L'auteur rejoint ainsi la position de CAPITANT (1927) p. 113.

⁵²⁴ CHAUDET (1973) p. 117. Pour une conclusion similaire, mais sans développement particulier, cf. CAPITANT (1927) p. 113 et n. 1; WINDSCHEID vol. 2 (1906) p. 883 n. 11 et dans une œuvre antérieure (WINDSCHEID (1850) pp. 48 ss et p. 51).

Ensuite, le second point à soulever est, selon nous, qu'il y a bien une distinction à faire entre *causa* et *res*. En effet, CHAUDET semble négliger le grand nombre d'attestations de la *causa* comme fondement ne correspondant pas aux formulations attribuant à *res* une valeur finale⁵²⁵. Certes, cela ne signifie pas que le terme *causa* pris plus généralement n'a jamais eu de composante finale si l'on en croit le texte d'ULPIANUS, D. 2.14.7.2 et qu'elle ne soit pas coexistente à *res*, du moins dans certains cas. Néanmoins, dans ce contexte particulier des *condictiones*, le sens de *causa* suit une tendance différente, *ob causam* marquant le fondement ou l'origine de l'acte⁵²⁶.

Il est à préciser que cette distinction est relative, car il est vrai que certains textes sont ambivalents⁵²⁷. La proximité conceptuelle des deux termes tend parfois à les apparenter. Cela ne signifie pas pour autant que cette proximité soit une marque de synonymie entre *res* et *causa* (i.e. considérer que *causa* soit le but). A notre sens, ceci témoignerait plutôt d'une coexistence des deux éléments au sein de la même relation juridique⁵²⁸.

C. La théorie de la *datio ob causam* comme attribution patrimoniale non répétable et synonymie occasionnelle de *res* et *causa*

1. Exposition de la théorie

Dans une démarche globale de compréhension des différentes situations menant à un droit d'action en répétition, PELLECCI considère que la *datio ob causam* est une classe de *condictio* totalement distincte de la *datio ob rem*⁵²⁹. La *datio ob rem* serait quant à elle une catégorie générale composée de différentes sous-classes permettant la répétition patrimoniale⁵³⁰. Dans ce contexte, il ressort que la *causa* serait liée au caractère gratuit d'une dation et par là n'aurait qu'une connotation subjective parce qu'elle empêcherait la dation d'être répétée. Cependant, si cette interprétation ressemble dans sa définition à celle de SCHWARZ, le raisonnement scientifique en est très divergent: il se justifie de l'exposer en détail et de la commenter.

Il base cette distinction sur l'argument de la conséquence juridique (répétibilité ou ir-répétibilité) attribuée par le prêteur au protagoniste qui cherche à répéter l'objet trans-

⁵²⁵ Ces textes seront abordés *infra* pp. 148 ss.

⁵²⁶ Pour les textes, cf. *infra* pp. 148 ss.

⁵²⁷ D. 39.5.2.7; D. 19.5.9 *ab initio*; D. 19.5.15 *ab initio*; D. 12.4.5 pr. *ab initio*; D. 12.5.2; D. 12.6.65.3; D. 12.7.4.

⁵²⁸ Cette idée sera développée ultérieurement *infra* pp. 201 ss.

⁵²⁹ PELLECCI (1998) p. 72, p. 136, p. 137.

⁵³⁰ PELLECCI (1998) pp. 158 s.

fé⁵³¹. En d'autres termes, pour PELLECCHI, la *datio ob causam* est nécessairement *irripetibile* et c'est ce qui la distinguerait de la *datio ob rem*⁵³². Dans cette perspective, l'auteur tente de trouver plusieurs pistes d'explication qui tendraient à justifier ce critère, mais admet qu'il ne fonctionne pas dans certains cas, où il faudrait considérer les termes comme synonymes.

Pour étayer son idée, PELLECCHI rapproche PAULUS, D. 12.6.65.2 et POMPONIUS, D. 12.6.52⁵³³ sur la base de trois arguments. Le premier consiste en la caractéristique commune d'irripétibilité. Le deuxième dans le fait que chaque dation *ob causam* de ces deux textes se définirait comme une dation pécuniaire à titre gratuit (soit des actes unilatéraux⁵³⁴), effectuée sur la base d'une fausse représentation de la réalité⁵³⁵. En outre, il estime que cet argument pourrait aussi être une raison justifiant le critère d'irripétibilité⁵³⁶. Une troisième raison tient à la valeur temporelle passée (*praeterita*) de la *causa* dans ces textes⁵³⁷.

Par ailleurs, le critère basé sur la répétibilité serait également applicable à D. 12.5.1⁵³⁸, mais avec précaution. PELLECCHI admet que la sanction juridique n'est pas évoquée dans D. 12.5.1 pour les *datio turpido ob causam*. Cette absence serait due à un refus d'accorder un droit d'action dans ce cas⁵³⁹ et justifierait donc que les dations *ob causam* soient irripétibles. Toutefois, il n'écarte pas la possibilité que ce silence pouvait être l'œuvre des compilateurs⁵⁴⁰.

Cependant, PELLECCHI admet que *res* et *causa* sont interchangeable et synonymes, lorsqu'un droit de répétition est accordé⁵⁴¹. L'interchangeabilité des termes pourrait expliquer plusieurs irrégularités d'emploi dans les textes. Il réfute ainsi l'idée qu'elles

⁵³¹ GUZMÁN BRITO (2001) p. 247 se rallie à PELLECCHI quant à la question de la portée pratique de la distinction: une *datio ob rem* serait répétable, alors qu'une *datio ob causam* ne le serait pas.

⁵³² PELLECCHI (1998) p. 137.

⁵³³ Pour les textes et leur traduction, cf. *supra* p. 111 n. 461 (PAULUS) et p. 108 n. 453 (POMPONIUS).

⁵³⁴ PELLECCHI (1998) p. 139. Les *datio ob causam* chez POMPONIIUS et dation rémunératoire chez PAULUS sont des actes gratuits et unilatéraux selon cet auteur. Dans le même sens de l'interprétation de la *datio ob causam* comme dation ou donation rémunératoire chez PAULUS, cf. CERAMI (1978) p. 176 n. 84 et HONSELL (1974) pp. 81 s (également chez POMPONIIUS selon ce dernier).

⁵³⁵ PELLECCHI (1998) p. 96.

⁵³⁶ PELLECCHI (1998) p. 139.

⁵³⁷ PELLECCHI (1998) p. 96.

⁵³⁸ Pour le texte et la traduction, cf. *infra* p. 149 n. 670.

⁵³⁹ PELLECCHI (1998) pp. 94 s n. 92.

⁵⁴⁰ PELLECCHI (1998) p. 95 avec n. 93.

⁵⁴¹ PELLECCHI (1998) p. 91: «*Quando vengono richiamate nell'ambito dei meccanismi che giustificano la ripetibilità d'una attribuzione, le espressioni res e causa tendono indubbiamente a sovrapporsi*».

soient radicalement opposées⁵⁴². En ce sens, *res* et *causa* seraient notamment superposables, lorsque *causa (non) secuta* est appelée à justifier la répétition après une *datio ob rem*⁵⁴³. Néanmoins, l'auteur reste nuancé dans ses conclusions en montrant une certaine indécision sur l'interchangeabilité de *res* et *causa* comme principe général⁵⁴⁴.

Aussi, l'auteur admet lui-même qu'un droit d'action en cas de *datio ob causam* est attesté dans quelques textes du Digeste⁵⁴⁵. Cependant, il ne se prononce pas sur ces cas car la paternité de certains de ces textes n'est pas attribuée à PAULUS, mais à ULPIANUS. PELLECCHI tente d'expliquer comment traiter la seule attestation de PAULUS (D. 12.6.65.3) attribuant la répétition pour une *datio ob causam*. Il utilise alors l'argument de la synonymie des termes *res* et *causa*. Dans ce cadre, PELLECCHI considère que la répétition serait un indice pour considérer la *datio propter condicionem* comme une sous-catégorie des *dationes ob rem*⁵⁴⁶ et non une sous-classe des *dationes ob causam*. Il suggère ainsi que, lorsque *causa* apparaît et que la dation est répétable, il faudrait remplacer *causa* par *res* et inversement (pour PAULUS, D. 12.5.9 pr.⁵⁴⁷ et D. 12.6.65.3⁵⁴⁸), ceci parce que les dations *ob causam* sont forcément irrépétables chez PAULUS⁵⁴⁹. Une autre raison qui mènerait au rapprochement de la *datio propter condicionem* et la *datio ob rem* serait leur compatibilité de structure, qu'il qualifie de *negoziale* dans D. 12.5.1.1⁵⁵⁰.

En somme, pour cet auteur, les termes *ob rem* et *ob causam* semblent distincts, car ils représentent tous deux des classes de *dationes* menant ou non à une action en répétition : une *datio ob rem* est répétable et une *datio ob causam* ne l'est pas. Il pose toutefois une

⁵⁴² PELLECCHI (1998) pp. 89 s.

⁵⁴³ PELLECCHI (1998) p. 72: «*il sintagma causa (non) secuta tende a sovrapporsi a quelle res non secuta sia quando viene richiamato a giustificare la ripetibilità di attribuzioni altrove ricondotte alla classe dell'ob rem dare*», p. 87: «*Res e causa sono certamente termini dal significato sovrapponibile*».

⁵⁴⁴ PELLECCHI (1998) p. 89: «*Eppure, nonostante queste oscillazioni, io credo ci se debba comunque chiedere se effettivamente l'idea di un uso indifferenziato di res et causa sia l'unica conclusione possibile*».

⁵⁴⁵ PELLECCHI (1998) pp. 88 s.

⁵⁴⁶ PELLECCHI (1998) p. 88, p. 98: «*la presenza in D. 12.6.65.3 del sintagma causa non secuta non impedisce di qualificare la datio propter condicionem come un'operazione disposta ob rem*»; p. 103: «*la datio propter condicionem, sotto il profilo formale della valutazione della sua ripetibilità, sembri costituire in Paul. 17 ad Plaut. D. 12.6.65 più che una classe autonoma, una sottospecie di quanto dato ob rem*». Pour la *datio propter condicionem* comme cas spécial de dation *ob rem*, voir aussi STURM (1983) p. 647.

⁵⁴⁷ PELLECCHI (1998) p. 103. De la même manière, cf. aussi SCHWARZ (1952) p. 132; GUZMÁN BRITO (2001) p. 249 pense que *causa* est employée pour désigner une prestation espérée, qu'il avait qualifiée de *res*.

⁵⁴⁸ PELLECCHI (1998) p. 103. Pour un emploi synonyme de *res* et *causa* dans D. 12.6.65.3, voir SCHWARZ (1952) p. 132.

⁵⁴⁹ PELLECCHI (1998) pp. 102 s.

⁵⁵⁰ PELLECCHI (1998) p. 103.

limite à la distinction en admettant que des cas ambigus puissent aller à l'encontre de cette division. Certains usages des locutions *res (non) secuta* et *causa (non) secuta* en relation avec *ob causam* ou avec *ob rem* ne sont pas réguliers et révèlent une certaine confusion conduisant à admettre parfois leur synonymie (notamment chez PAULUS).

De manière générale, selon PELLECCHI, lorsque le mot *causa* est employé et un droit d'action en répétition accordé, *res* et *causa* sont «superposables»⁵⁵¹, parce qu'il part du principe que les datations *ob causam* sont forcément irrépétibles⁵⁵².

2. Commentaire

PELLECCHI, voulant expliquer la nature de chaque type de *condictiones* distinguées par PAULUS, D. 12.6.65 pr., manipule les sources de manière prudente.

Diverses problématiques apparaissent cependant après la lecture de cette étude. Nous procéderons d'abord à l'analyse de la nature des *datationes ob causam* comme étant forcément irrépétibles. Ensuite, il sera question de la distinction entre les *datationes ob causam* et *propter condicionem*, ainsi que la classification de celles-ci comme sous-catégories d'*ob rem*. Puis, nous nous attarderons sur l'argument proposé par PELLECCHI quant à la lacune de la sanction juridique des *datio ob turpem causam/rem* et *datio ob causam*. Nous terminerons par un bref examen de l'assertion quant au caractère gratuit supposé des actes juridiques *ob causam* chez PAULUS, D. 12.6.65.2 et POMPONIUS, D. 12.6.52.

2.1. Irrépétibilité comme unique conséquence de la *datio ob causam* ?

L'axe principal de la théorie de PELLECCHI s'articule autour de la conséquence juridique d'irrépétibilité comme caractéristique de la *datio ob causam* pour PAULUS⁵⁵³. La vision de PAULUS suffit-elle pour comprendre la nature de la distinction entre *res* et *causa* ?

Si l'on en croit PELLECCHI, il faudrait conclure à une vision généralisée de ce que sont les *condictiones ob rem* et *ob causam* en privilégiant l'avis de PAULUS sur la base d'une analogie avec le texte de POMPONIUS, D. 12.6.52⁵⁵⁴. Or, dans ce dernier texte, si certains éléments lui paraissent communs, ils ne visent pas le même cas d'espèce⁵⁵⁵. Une telle analogie des fragments de PAULUS et POMPONIUS ne paraît donc pas justifiée.

⁵⁵¹ PELLECCHI (1998) p. 89, p. 91 et aussi n. 80.

⁵⁵² Les conclusions nuancées de PELLECCHI ont été particulièrement approuvées par SACCOCCIO (2002) p. 222 n. 137, qui les juge équilibrées.

⁵⁵³ D. 12.5.1 et D. 12.6.65 pr.

⁵⁵⁴ Pour le texte et sa traduction, cf. *supra* p. 108 n. 453.

⁵⁵⁵ Cf. nos développements qui soulèvent les particularités de chaque texte *supra* pp. 108 ss et *infra* p. 165.

Par ailleurs, si l'on s'attachait à garder une approche par auteur, il faudrait remarquer que, même pour PAULUS, la *datio ob causam* peut être répétable⁵⁵⁶. Pour expliquer cette incohérence entre ces deux textes pauliens, PELLECCHI estime que, chez PAULUS, D. 12.6.65.3, il faudrait considérer l'usage de *causa propter quam dedit non est secuta* renvoie à la classe des *dationes ob rem*, car ces expressions seraient ici interchangeables⁵⁵⁷. Cette justification donne l'impression de forcer l'interprétation du texte. En réalité, il justifie notamment cette conclusion parce qu'il part du principe que les datations *ob causam* sont nécessairement irrépétables pour PAULUS⁵⁵⁸. Il semble néanmoins que l'emploi du terme *causa* est justifié par les circonstances dans lesquelles un acte a été exécuté en raison d'une contre-prestation attendue⁵⁵⁹.

Dans cette mesure, une détermination du sens des termes *res* et *causa* pour chacun des auteurs romains ne paraît pas pertinente. Pour comprendre la distinction et avoir une vision plus générale, nous pensons qu'il est nécessaire d'adopter une démarche transversale pour tester la pertinence du critère de la sanction juridique, ce qui pourra ensuite nous informer de la vision des auteurs eux-mêmes⁵⁶⁰.

Cependant, une démarche globale, ayant pour point de référence le critère de la sanction juridique (répétable; irrépétable) comme critère général, montre que ce critère n'est pas pertinent⁵⁶¹. En effet, certains textes qualifient la *datio ob causam* comme répétable⁵⁶² et d'autres attribuent à la *datio ob rem* une sanction d'irrépétabilité⁵⁶³. La sanction d'irrépétabilité est aussi présente dans des cas de dation ou d'acceptation de celle-ci, sans savoir si l'on se trouve dans des cas *ob rem* ou *ob causam*⁵⁶⁴. Inversement, un droit d'action en répétition est prévu dans des cas où le type de dation n'est pas spécifié (même par PAULUS)⁵⁶⁵.

Par ailleurs, le texte d'ULPIANUS, D. 12.6.23.3 *in fine*⁵⁶⁶ est intéressant dans la mesure où il énonce la faculté de répéter lors d'une dation *ob causam* et que les presta-

⁵⁵⁶ D. 12.5.1.2; D. 12.6.65 pr. (comme principe général du droit de répétition, voir aussi en ce sens DALLA MASSARA (2004) p. 251); D. 12.6.65.3.

⁵⁵⁷ PELLECCHI (1998) p. 89, pp. 97 s et p. 103.

⁵⁵⁸ PELLECCHI (1998) p. 97.

⁵⁵⁹ Pour une analyse approfondie de ce texte et de cette idée, cf. *infra* pp. 215 ss et en particulier pp. 235 ss.

⁵⁶⁰ Une telle approche sera développée *infra* pp. 181 ss.

⁵⁶¹ Cf. *infra* p. 187.

⁵⁶² Explicitement pour PAULUS. D. 12.6.65.3 *ab initio*. Pour ULPIANUS: D. 12.6.23 pr. *ab initio*; D. 12.6.23.3 *in fine*; D. 12.7.1.1; D. 19.1.11.6; D. 12.7.1.2; pour AFRICANUS: D. 12.7.4. Pour une lecture schématique, nous renvoyons au tableau n° 4 *infra* p. 182.

⁵⁶³ ULPIANUS, D. 12.4.1 pr.

⁵⁶⁴ PAULUS, D. 12.6.65.3 *in fine*; ULPIANUS, D. 12.5.4 pr./1/3/4 *ab initio*. Pour une lecture schématique, nous renvoyons au tableau n° 4 *infra* p. 182.

⁵⁶⁵ HERMOGENIANUS, D. 12.4.2; PAULUS, D. 19.4.1.4; PAULUS, D. 39.6.35.3; ULPIANUS, D. 12.5.2/3. Pour une lecture schématique, nous renvoyons au tableau n° 4 *infra* p. 182.

⁵⁶⁶ Pour le texte et sa traduction, cf. *infra* p. 150 n. 675.

tions ont toutes deux eu lieu. Même si ULPIANUS justifie la répétition en spécifiant qu'il ne faut pas considérer la contre-prestation comme exécutée (*non secuta*), l'exécution s'est pourtant bien produite *in facto*.

En somme, l'affirmation selon laquelle les *dationes ob causam* sont forcément irrépétibles n'est pas totalement vraie dans la conception unique de PAULUS. Aussi, la démarche employée par PELLECCHI visant à comprendre toutes les manifestations contraires à cette interprétation comme des substitutions (*i.e. res* à la place de *causa*) est difficile à justifier. Ce critère ne peut en effet être généralisé au regard de divers textes et avis d'autres auteurs. Enfin, si l'on devait adopter une approche globale et non par auteur, le caractère irrépétibile ne serait pas non plus inhérent à une *datio ob causam*⁵⁶⁷.

2.2. Distinction entre les *dationes ob causam* et *propter condicionem* ?

Nous ne partageons pas l'opinion de PELLECCHI quant à la distinction qu'il effectue entre les *dationes propter condicionem* et *ob causam*, ainsi qu'à la catégorisation de la première comme sous-classe des *dationes ob rem*⁵⁶⁸.

D'abord, à propos d'un éventuel lien entre condition et *causa*, deux textes montrent explicitement un usage concomitant (PAULUS, D. 12.6.65.3⁵⁶⁹ et IULIANUS, D. 39.5.2.7⁵⁷⁰).

Quant au texte paulien, il paraît raisonnable d'attribuer au terme *causa* une valeur justificative⁵⁷¹. Dans le texte de IULIANUS, l'idée de concomitance éventuelle de la *causa* et de la condition provient de la structure synallagmatique, où la contre-prestation, formulée de manière conditionnelle, est une *causa* pour demander l'exécution et justifier l'acquisition patrimoniale⁵⁷². Ceci a pour corollaire que la *causa donationis* comme motif libéral pur et simple n'est pas équivalente à la *causa* d'une *datio ob causam*, celle-ci ayant un caractère synallagmatique⁵⁷³. Ces deux fragments montrent que les termes *causa* et *conditio* sont coexistants et qu'il faut sans doute les comprendre comme des notions qui peuvent s'associer.

Ensuite, concernant le lien établi par PELLECCHI entre *res* et condition, il est vrai qu'*ob rem* est également utilisé dans le contexte d'une condition⁵⁷⁴.

⁵⁶⁷ Cf. *infra* pp. 181 ss.

⁵⁶⁸ PELLECCHI (1998) p. 103.

⁵⁶⁹ Pour le texte et sa traduction cf. *infra* pp. 215 s.

⁵⁷⁰ Pour le texte et sa traduction cf. *supra* p. 119 n. 503.

⁵⁷¹ Cf. *infra* pp. 235 ss.

⁵⁷² Cf. *infra* pp. 240 ss.

⁵⁷³ En ce sens, voir CHAUDET (1973) p. 115.

⁵⁷⁴ *Ob rem* est employé explicitement chez ULPIANUS, D. 39.5.19.6, mais implicitement chez PAULUS, D. 12.6.65.4 et D. 39.6.35.3.

Cependant, un double usage de la condition, tantôt avec *res*, tantôt avec *causa*⁵⁷⁵ est attesté dans les sources. Il pourrait signifier que ces derniers sont concomitants et que la condition témoigne d'une certaine proximité conceptuelle entre *res* et *causa*. Autrement dit, les parties pouvant s'imposer la réalisation d'une *condicio* dont dépendrait la prestation, il ne paraît pas surprenant de rencontrer des textes impliquant une condition en lien avec *res* ou avec *causa*.

En conséquence, ces textes indiquent que la condition peut être associée non seulement à des cas de *dationes ob rem*, mais peut aussi se présenter avec des *dationes ob causam*. La distinction entre *ob rem* et *ob causam* n'est pas si aisée dans ce contexte, si bien qu'il paraît insatisfaisant de catégoriser une *datio propter condicionem* uniquement comme une *datio ob rem*.

2.3. *Lacune des textes: refus d'accorder un droit d'action pour les dationes ob turpem causam?*

PELLECCHI, cherchant à justifier le fait que les *dationes ob causam* ne mènent en principe à aucune répétition possible, propose une hypothèse qui expliquerait la lacune des textes concernant les actes *turpido ob causam*. Cette lacune serait due au fait que PAULUS refusait d'accorder un droit d'action en répétition pour le *dans* subissant une diminution patrimoniale injustifiée: le juriste aurait préféré traiter uniquement des donations qui assurent un droit d'action⁵⁷⁶. PELLECCHI va ensuite préciser que cette idée a un caractère purement hypothétique et concède toutefois qu'il est possible que cette lacune soit l'œuvre des compilateurs⁵⁷⁷.

Un droit d'action en répétition lors d'une *datio ob turpem causam* est, à notre connaissance, absente des textes. Cependant, ce silence ne signifie pas nécessairement que la question n'eût pas été traitée ou qu'elle ne soit pas abordée par désintérêt pour celle-ci. En effet, il est impossible d'affirmer de manière absolue que ces cas n'eussent pas été traités dans la période de droit classique, les textes de cette période ne nous étant parvenus que de manière fragmentaire.

Au-delà de cet argument purement hypothétique, on observe que la répétition n'est explicitement pas accordée dans des textes concernant des cas *turpis*, sans précision sur leur nature *ob rem* ou *ob causam*. En d'autres mots, plusieurs textes mentionnent explicitement l'impossibilité d'intenter une action en répétition dans des cas où le terme *turpido* est employé pour désigner une *datio* ou la réception de la prestation, sans

⁵⁷⁵ Pour la condition et *causa*: PAULUS, D. 12.6.65.3; IULIANUS, D. 39.5.2.7. Pour la condition et *res*: D. 39.5.19.6.

⁵⁷⁶ PELLECCHI (1998) pp. 94 s avec n. 92.

⁵⁷⁷ PELLECCHI (1998) p. 95 avec n. 93.

qu'on sache si celle-ci a été faite *ob rem* ou *ob causam*⁵⁷⁸. Dans cet ordre d'idées, PELLECCHI admet que le texte de PAULUS, D. 12.5.3 va à l'encontre de son hypothèse, mais ne le considère que comme une exception parce que l'état de fait serait particulier⁵⁷⁹. A notre sens, ce texte devrait être envisagé au même niveau que les autres; on ne voit pas pourquoi il faudrait le traiter en exception. En effet, chaque texte de D. 12.5 traite d'une situation particulière et il est difficile de se prononcer sur une potentielle règle générale assortie d'exceptions.

Enfin, on ne voit pas pourquoi les juristes romains (dont PAULUS) négligeraient de citer des cas d'irrépétibilité de la *turpido dantis ob causam*, alors qu'ils attribuent une sanction similaire expressément à des situations *ob causam*⁵⁸⁰.

En somme, arguer que le phénomène de lacune s'est produit parce que PAULUS s'était délibérément focalisé sur les seules datations assurant un droit de répétition⁵⁸¹ paraît inadéquat avec certains textes et en particulier celui de PAULUS, D. 12.5.3.

⁵⁷⁸ PAULUS, D. 12.5.3: « *Ubi autem et dantis et accipientis turpitudine versatur, non posse repeti dicimus: veluti si pecunia detur, ut male iudicetur* » (Or, quand la malhonnêteté est le fait à la fois de celui qui donne et de celui qui reçoit, nous affirmons qu'il n'est pas possible de répéter: comme lorsqu'on donnait de l'argent pour qu'il soit mal jugé); ULPIANUS, D. 12.5.4 pr.: « *Idem si ob stuprum datum sit, vel si quis in adulterio deprehensus redemerit se: cessat enim repetitio, idque Sabinus et Pegasus responderunt* » (De même si on a donné pour commettre un adultère, ou si une personne prise en flagrant délit d'adultère s'est rachetée: en effet, la répétition ne s'applique pas et c'est ce que SABINUS et PEGASUS ont répondu); ULPIANUS, D. 12.5.4.1: « *Item si dederit fur, ne proderetur, quoniam utriusque turpitudine versatur, cessat repetitio* » (De même, si un voleur a donné pour ne pas être livré/dénoncé, puisque la malhonnêteté est le fait de chacune des deux parties, la répétition ne s'applique pas); ULPIANUS, D. 12.5.4.2: « *Quotiens autem solius accipientis turpitudine versatur, Celsus ait repeti posse: veluti si tibi dedero, ne mihi iniuriam facias* » (Or, chaque fois que la malhonnêteté est uniquement le fait de celui qui reçoit, CELSUS dit qu'il est possible de répéter: par exemple, lorsque je t'ai donné pour que tu ne commettes pas d'iniuria à mon encontre); ULPIANUS, D. 12.5.4.3: « *Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudine versatur, sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix* » (Mais ce qui est donné à une courtisane ne peut pas être répété, comme l'écrivent LABEO et MARCELLUS, mais il peut l'être avec un nouveau raisonnement, [à savoir] que la malhonnêteté n'est pas le fait des deux parties, mais seulement de celui qui donne: en effet, elle agit de manière déshonnête parce qu'elle est courtisane, [mais] elle ne reçoit pas malhonnêtement, puisqu'elle est courtisane).

⁵⁷⁹ PELLECCHI (1998) pp. 94 s n. 92: « *E vero che Paolo analizza comunque la disciplina della datio con turpido utriusque, la quale pure non consente il recupero di quanto dato; tuttavia l'eccezione potrebbe essere dipesa dalla necessità di chiarire un'ipotesi mediana, inserita tra due fattispecie singole, di cui anzi, sotto il profilo delle premesse logiche, essa rappresenta quasi la somma* ».

⁵⁸⁰ Cf. ULPIANUS, D. 12.6.23.3 *in fine* (cas de figure 1: *ob causam + secuta*); PAULUS, D. 12.6.65.2; ULPIANUS, D. 12.6.52.

⁵⁸¹ PELLECCHI (1998) pp. 94 s n. 92: « *L'attenzione del giurista, cioè, sembra essersi incentrata più che sul fenomeno complessivo delle dationes, sulle sole dationes che assicurano un diritto di ripetizione; con la scelta conseguente di lasciare in ombra le discipline della datio con turpitudine dantis e della datio ob causam, due operazioni [...] che non portano ad alcuna ripetizione* ».

2.4. Le caractère gratuit des actes juridiques *ob causam* ?

Dans sa démarche générale visant à distinguer *ob rem* et *ob causam* sur la base de leur sanction juridique, PELLECCHI établit une analogie entre les conséquences juridiques attribuées à la *datio ob causam* chez PAULUS, D. 12.6.65.2 et POMPONIUS, D. 12.6.52⁵⁸². La sanction d'irrépétibilité de la *datio ob causam* autant chez PAULUS que chez POMPONIUS le pousse à admettre que, dans les deux cas, les juristes romains la traitent d'acte gratuit.

Néanmoins, l'argument affirmant que les *dationes ob causam* sont des actes gratuits⁵⁸³ – assertion qui sert à justifier sa thèse (dation *ob causam* comme dation irrépétibile) – n'est selon nous pas valable pour trois raisons.

D'abord, plusieurs textes attestent un usage de la *datio ob causam* dans un contexte de rapport d'échange (synallagmatique), comme évoqué précédemment⁵⁸⁴. Pour cette raison, que la *datio ob causam* soit une dation ou donation rémunératoire ou une convention atypique revient au même; les trois revêtent une structure conventionnelle et synallagmatique dans le sens d'un échange d'intérêts⁵⁸⁵.

Ensuite, il n'est pas certain qu'on puisse qualifier l'acte de dation *ob causam* de POMPONIUS, D. 12.6.52 comme un acte gratuit. Le fragment décrit en particulier un rapport d'échange, qu'on ne peut réduire à un acte unilatéral et gratuit. La structure de la relation juridique décrite prend la tournure «on donne parce qu'un autre nous a donné», qui s'apparente à une convention atypique de la forme renversée *do ut des/do ut facias*⁵⁸⁶. Il en résulte que la seconde dation est effectuée en échange d'un autre acte déjà accompli. Cette dation suppose une intention de donner, qui n'est pas une simple intention libérale et sans attente de contre-prestation caractéristique de la donation pure⁵⁸⁷. Ainsi, le seul constat de l'intention de donner ne permet pas d'arriver à la conclusion qu'il s'agit d'une donation; il faut tenir compte des autres indices fournis par le fragment. PELLECCHI omet que ce texte pomponien caractérise une relation d'intérêts réciproques entre les parties et non un acte à titre gratuit, unilatéral et désintéressé.

⁵⁸² Pour les fragments et leur traduction, cf. *supra* p. 111 n. 461 (PAULUS) et p. 108 n. 453 (POMPONIUS).

⁵⁸³ PELLECCHI (1998) p. 96: «*attribuzione patrimoniale gratuita disposta in base ad una falsa rappresentazione della realtà*». Pour une critique complète de cette idée de gratuité avec tous les arguments afférents, nous renvoyons à nos développements *supra* pp. 106-121.

⁵⁸⁴ Cf. *supra* pp. 106 ss.

⁵⁸⁵ En ce sens, voir aussi CHAUDET (1973) p. 115 et n. 121.

⁵⁸⁶ Sur cette question de *do quod facias* comme forme inversée de *do ut des*, et comme deux facettes de la même médaille qu'est la convention, cf. *supra* p. 109.

⁵⁸⁷ Élément que POMPONIUS semble admettre lui-même, puisqu'il qualifie cette relation de *do quod facias*.

Par ailleurs, il est aussi vrai que, dans D. 12.6.65.2⁵⁸⁸, PAULUS accorde une grande importance à *quia donari volui*, terminologie caractérisant la donation, comme un facteur déterminant cumulé avec le vice de volonté (*falso persuaserim*) pour empêcher la répétition.

Cependant, au travers d'une analyse menée précédemment⁵⁸⁹, nous avons vu que *dare ob causam* renvoie à la prestation à laquelle le protagoniste pensait répondre. Même si celle-ci n'est pas réelle, elle l'était suffisamment dans l'esprit de l'exécutant pour que PAULUS qualifie la *pseudo* contre-prestation de *datio ob causam*. Il apparaît ainsi que PELLECCHI accorde une valeur trop grande au simple fait de vouloir donner (*quia donari volui*)⁵⁹⁰ de PAULUS, D. 12.6.65.2, qui s'appliquerait à toutes les *dationes ob causam*. PELLECCHI range la relation juridique de D. 12.6.65.2 sous la catégorie de dation rémunératoire, tout en précisant l'importance de l'intention libérale et le caractère spontané et unilatéral de l'acte⁵⁹¹. Cette démarche ne semble pas tenir compte de la prime intention de l'exécutant, qui n'avait pas une simple intention de donner unilatéralement, mais plutôt de répondre à un acte fictivement déjà exécuté. Confondre l'intention libérale sans attente de retour qui caractérise objectivement la donation avec l'intention d'effectuer une dation dans l'attente de contre-prestation revient à dénaturer la notion de donation, ou plus généralement l'intention libérale qui caractérise les actes gratuits. Aussi, on ne peut appliquer le critère de D. 12.6.65.2 à D. 12.6.52, qui vise une situation probablement différente. Dans D. 12.6.65.2, le caractère donatoire est utilisé comme critère pour la non-répétition, à la différence de D. 12.6.52, dont le critère est l'exécution des prestations⁵⁹².

De cette dernière idée découle notre troisième point, à savoir que même si POMPONIIUS parle d'une *falsa causa*, il ne donne pas d'indication particulière par rapport à la nature et les circonstances qui expliqueraient cette qualification⁵⁹³. Partant, il ne semble pas totalement satisfaisant d'affirmer que POMPONIIUS, D. 12.6.52 fasse référence, d'une part, à un acte à titre gratuit et, d'autre part, à une fausse représentation de la réalité qui serait analogue à celle précisée par PAULUS, D. 12.6.65.2.

En résumé, au-delà de tous les arguments déjà évoqués précédemment⁵⁹⁴, les particularités de chaque cas (issus de D. 12.6.65.2 et D. 12.6.52) et leur nature plus ou moins synallagmatique empêchent de qualifier la dation *ob causam* d'acte gratuit.

⁵⁸⁸ Pour le fragment et sa traduction, cf. *supra* p. 111 n. 461.

⁵⁸⁹ Cf. *supra* pp. 111 ss.

⁵⁹⁰ A propos de cette critique, voir aussi SACCOCCIO (2002) p. 228.

⁵⁹¹ PELLECCHI (1998) p. 139.

⁵⁹² Comme l'a d'ailleurs relevé PELLECCHI (1998) p. 138.

⁵⁹³ Cf. *supra* p. 110.

⁵⁹⁴ Cf. *supra* pp. 108 ss.

3. Synthèse

Pour conclure, quand bien même l'étude de PELLECCHI est remarquable par sa démarche respectueuse des textes, il reste que nous ne partageons pas la même position sur certains de ses résultats. A nos yeux, quatre points méritent réflexion, à savoir le caractère supposé irrépétible de la *datio ob causam* et *ob turpido causam*, sa nature d'acte gratuit, l'interchangeabilité des termes *causa* et *res*, ainsi que la distinction des datations *ob causam* et *propter condicionem*. Les raisons avancées par PELLECCHI établissant une distinction entre les *dationes ob rem* et *ob causam*, nuancée par l'argument de la synonymie lorsque le critère de distinction ne fonctionne plus, ne nous paraissent pas justifiées au regard des textes analysés et nous empêchent d'adhérer à cette interprétation.

D. La théorie mixte: distinction chronologique, donation, conséquence juridique et synonymie occasionnelle entre *res* et *causa*

1. Exposition de la théorie

La théorie qu'on pourrait qualifier de «mixte» vise une certaine complémentarité: elle concilie la doctrine majoritaire de la distinction fondée sur un critère chronologique, la théorie de la *causa* comme motif s'inscrivant dans une donation⁵⁹⁵ et celle de la dation *ob causam* comme dation irrépétibile⁵⁹⁶. L'idée d'une conception mixte trouve son essor dans la pensée de SACCOCCIO (2002) p.224⁵⁹⁷, puis a été développée par HARKE (2003) pp. 54 ss.

Selon cette approche, la dation *ob causam* devrait être comprise comme une donation⁵⁹⁸ visant en général la récompense⁵⁹⁹, où la *causa* serait une contre-presta-

⁵⁹⁵ Cf. *supra* pp. 97 ss.

⁵⁹⁶ Cf. *supra* pp. 123 ss.

⁵⁹⁷ Pour SACCOCCIO (2002) p. 224, la *datio ob causam* doit être comprise comme un élément justificatif du sacrifice patrimonial et comme un rapport synallagmatique. Pour cet auteur, les *dationes ob rem* sont forcément répétables et la dation *ob causam* comme irrépétibile (p. 224). Il considère que les hypothèses de PELLECCHI et SCHWARZ sont à cet égard complémentaires (p. 224). Dans le sens d'une théorie complémentaire, voir aussi DALLA MASSARA (2004) pp. 255 s, pour qui, admettant que *res* et *causa* peuvent parfois être interchangeables (p. 252) et parce que leur opposition n'est pas radicale (p. 253), la *datio ob causam*, orientée vers le passé, serait une opération qui doit être regardée comme globale, pour laquelle est octroyée la répétition si l'événement ne suit pas; la *datio ob rem* serait orientée vers l'avenir, déterminant la répétibilité en vertu de la non-réalisation de l'événement futur en vue duquel la *datio* a été effectuée. Cependant, cet auteur reste un peu évasif sur la question de l'importance du critère de la répétition (pp. 251 s, pp. 255 s).

⁵⁹⁸ Dans le même sens, voir aussi SCHWARZ (1952) p. 123.

⁵⁹⁹ HARKE (2003) p.61: «*die datio ob causam [ist] als belohnende Schenkung im Regelfall beständig*».

tion⁶⁰⁰ ou plus généralement une circonstance⁶⁰¹ passée⁶⁰². A cette définition s'ajoute une dimension chronologique : une *datio ob causam* serait orientée vers le passé, tandis qu'une *datio ob rem* s'orienterait vers le futur sans caractéristique donatoire⁶⁰³. Le critère de distinction s'établit par conséquent sur une double condition que sont la temporalité et l'aspect donatoire (« *Belohnungszweck* »).

En outre, HARKE admet une synonymie occasionnelle des deux expressions dans deux types de cas :

Le premier, lorsque *causa* est présente avec des datations considérées comme répétibles. Cette exception se justifie de son point de vue, puisqu'il considère les *dationes ob causam* comme irrépétibles par principe. Le seul moyen restant pour éviter un délitement de sa théorie serait d'admettre que *causa* serait employée pour signifier *res*. De ce fait, il se rapprocherait de la théorie de la dation *ob causam* comme nécessairement irrépétibile⁶⁰⁴.

Le second, lorsque *causa* et *res* font toutes deux référence à des circonstances futures ou conditionnelles⁶⁰⁵ dans PAULUS, D. 12.6.65.3⁶⁰⁶. Pour expliquer la confusion entre *causa* et *res* dans ce texte et où les définitions se mélangent et ne semblent plus tenir, l'auteur précise son avis : *causa* serait alors un terme générique relié à des circonstances passées comme futures, mais, dans ce dernier cas, elle devrait être comprise comme un substitut de *res*⁶⁰⁷. Suivant la logique sur laquelle s'appuie HARKE, considérer un usage synonyme permettrait d'expliquer pourquoi la répétition est admise lorsque la *causa* a une connotation conditionnelle (*datio propter condicionem*) et, de ce fait, de ne pas dénaturer sa théorie⁶⁰⁸.

HARKE estime en substance que, lorsqu'il y a confusion et manque de clarté, il faudrait remplacer *causa* par *res*⁶⁰⁹.

⁶⁰⁰ Il précise p. 61 que *res* et *causa* se réfèrent habituellement à un élément matériel qui prendrait la forme de contre-prestation.

⁶⁰¹ HARKE (2003) p. 61 insiste bien sur la dénomination de « circonstance » et non simplement de « contre-prestation ».

⁶⁰² Selon son analyse de D. 12.6.52, cf. HARKE (2003) pp. 54 s. HARKE tient la même considération pour le cas spécifique de D. 12.6.65.2 (p. 56).

⁶⁰³ HARKE (2003) pp. 54 s, p. 61 : « *Während die datio ob causam vergangenheitsorientiert und als belohnende Schenkung im Regelfall beständig ist, ist die zukunftsgerichtete datio ob rem von einem Schenkungselement frei* ».

⁶⁰⁴ Théorie soutenue par PELLECCHI (1998) p. 72.

⁶⁰⁵ HARKE (2003) p. 62 spécifie qu'une condition peut être établie dans le passé.

⁶⁰⁶ HARKE (2003) pp. 57 s. Pour le texte et sa traduction, cf. *infra* pp. 215 s.

⁶⁰⁷ HARKE (2003) p. 62.

⁶⁰⁸ HARKE (2003) pp. 57 s.

⁶⁰⁹ HARKE (2003) pp. 57 s.

2. Commentaire

Une approche mixte est attrayante parce qu'elle représente une tentative de conciliation des diverses ambiguïtés et difficultés qui jalonnent les textes. Outre cette mise en perspective, l'idée de considérer la nature irrépétibile d'une *datio ob causam* comme une règle approximative et sans valeur absolue chez POMPONIUS, D. 12.6.52⁶¹⁰ est séduisante. En effet, la règle énoncée par ce fragment reste liée aux spécificités du cas, caractérisés par l'exécution complète des prestations et la présence d'une *falsa causa*.

En revanche, quelques commentaires peuvent être formulés à l'encontre de cette doctrine. D'abord, la définition stricte de dation *ob causam* comme donation n'est à notre sens pas pertinente, parce que des textes utilisent la *datio ob causam* pour désigner une contre-prestation s'intégrant dans une relation d'échange. Nous renvoyons à ce propos aux développements détaillés élaborés précédemment⁶¹¹.

Ensuite, attribuer une valeur nécessairement passée à la *causa* ne semble pas correspondre à certains textes. L'analyse qui suit montrera que ces textes contenant implicitement ou explicitement le terme *causa* ne renvoient pas nécessairement à une seule séquence temporelle. En d'autres termes, cette notion de *causa* ne peut être définie par la séquence temporelle à laquelle elle renvoie; le critère chronologique ne semble pas être pertinent.

Pour être plus précis, l'objet qualifié de *causa* fait concrètement référence à une prestation qui, elle, peut se situer dans n'importe quelle séquence temporelle. Les textes présentent en effet plusieurs cas de figure:

- 1) La *causa* renvoie à une prestation antérieure à l'autre⁶¹²;
- 2) Elle peut renvoyer à une prestation qui se produit simultanément à la contre-prestation⁶¹³;
- 3) La *causa* peut se référer à une prestation qui devrait survenir postérieurement à la contre-prestation⁶¹⁴.

⁶¹⁰ Pour le texte et sa traduction, cf. *supra* p. 108 n. 453.

⁶¹¹ Cf. *supra* pp. 106 ss.

⁶¹² D. 12.6.52; D. 12.6.65.2; D. 12.6.65.3 *in fine*. Le texte d'ULPIANUS, D. 12.6.23 pr. *ab initio*, même s'il contient une subordonnée introduite par *si*, ne contient pas de valeur conditionnelle et la conjonction *si* ne peut être déterminante pour qualifier la contre-prestation de «future»: celle-là indique plutôt l'hypothèse (cf. GAFFIOT, p. 1435). Ce texte est par ailleurs ambigu sur l'enchaînement des actions (simultanéité ou antériorité fictive?), bien que la contre-prestation soit fictive (cf. commentaire *infra* p. 174 n. 766).

⁶¹³ D. 19.5.15. Pour un échange simultané des prestations avec *res* et non avec *causa*, cf. D. 39.5.19.6. Pour des situations où aucune chronologie n'est décrite et où l'on pourrait supposer un rapport d'échange immédiat: D. 12.5.1; D. 12.6.23.3; D. 12.7.1.1; D. 12.7.4; D. 39.5.19.5.

⁶¹⁴ D. 12.4.3.7; D. 12.6.65.3; D. 12.4.15 *ab initio*.

Bien que tous ces cas s'attachent à diverses temporalités, l'élément commun qu'il faudrait ériger en critère de distinction serait, à notre avis, la nature étiologique de la *causa*. Autrement dit, la *causa* sera toujours un élément à l'origine de l'acte, qui le légitime et le justifie. En ce sens, la *causa*, dans tous ces textes, désigne la même facette «étiologique» que la *causa* chez ULPIANUS, D. 2.14.7.2 examiné précédemment⁶¹⁵. Plus précisément, cette idée de légitimation étiologique reflète une relation causale entre la *causa* et les autres éléments du contrat, comme la contre-prestation. Dans ce cas, comme auparavant⁶¹⁶, on pourrait parler de relation causale «externe». En ce sens et indépendamment de la séquence temporelle à laquelle renvoie la *causa*, celle-ci sera toujours dans un rapport causal avec la contre-prestation car elle constituera toujours une raison, une justification de l'acte de donner et de l'acte de recevoir⁶¹⁷.

La troisième s'attache à l'une des raisons avancées pour lever la confusion entre *res* et *causa* qui explique que *causa* serait un substitut de *res* lorsque la première vise une circonstance future. En effet, il est étrange de prêter à PAULUS un discours qu'il aurait dû tenir pour justifier la cohérence des textes et éclairer une zone d'ombre: «*Paulus [müsste] eigentlich von res sprechen*»⁶¹⁸.

De notre point de vue, la confusion entre *res* et *causa* qui ressort de certains textes est seulement ponctuelle⁶¹⁹: elle finit parfois par s'expliquer en révélant une coexistence des deux notions dans certains cas⁶²⁰, mais reste énigmatique pour d'autres⁶²¹. Pour ces cas-là, la confusion n'est qu'apparente car elle marque une concomitance de *res* et *causa* dans une même relation juridique. En effet, il arrive que le juriste romain suggère l'existence de ces deux notions dans un même texte parce que toutes deux seraient nécessaires à la résolution du problème juridique.

3. Synthèse

Une théorie visant la complémentarité est séduisante, mais elle ne semble pas être complètement satisfaisante au regard de certains fragments⁶²² et de certains arguments

⁶¹⁵ Cf. *supra* pp. 54 ss.

⁶¹⁶ Comme on l'a déjà observé pour la notion de *causa* chez ULPIANUS, D. 2.14.7.2, cf. *supra* p. 67.

⁶¹⁷ Cf. *supra* pp. 32 ss, p. 56 et *infra* pp. 188 ss.

⁶¹⁸ HARKE (2003) p. 62: «*[der Ausdruck causa ist] nicht auf einen vergangenen Umstand festgelegt, sondern deckt als Oberbegriff auch die Fälle, in denen Paulus einen künftigen Umstand meint und eigentlich von res sprechen müsste*».

⁶¹⁹ A ce propos, pour des développements plus complets, cf. *infra* pp. 200 ss.

⁶²⁰ D. 12.4.5 pr.; D. 19.5.15; D. 19.5.9 *ab initio*.

⁶²¹ D. 12.5.1 pr.; D. 12.5.2.

⁶²² Cf. par exemple D. 12.4.3.7; D. 12.4.15 *ab initio*; D. 12.6.65.3 *ab initio*; D. 19.5.15; D. 12.7.1.1; D. 12.7.4; D. 12.6.23.3; D. 39.5.19.5/6.

tenus par son détracteur, HARKE. Principalement, une distinction fondée sur le type d'acte juridique et la chronologie ne paraît pas correspondre à certains textes qui traitent la *causa* comme s'insérant dans un contexte synallagmatique ou renvoyant à une prestation future.

E. Synthèse

Bien que des théories importantes aient été élaborées pour tenter de résoudre le problème du sens à donner à *ob rem* et à *ob causam*, il faut admettre que ces travaux ne permettent pas de comprendre entièrement le propos. Des doutes subsistent, des zones d'ombre méritent d'être éclaircies et des confusions d'être levées. Sans vouloir prétendre détenir l'unique solution et résoudre toutes les difficultés entourant cette problématique, nous tenterons d'apporter une vision alternative.

Titre V: Thèse: une approche fonctionnelle des expressions *ob rem* et *ob causam*

A. Introduction: description de l'approche fonctionnelle

1. Contexte

Selon nos considérations présentes dans le premier chapitre de cette étude, la *causa* chez ULPIANUS, D. 2.14.7.2 est à comprendre dans un sens large: elle est à l'origine tant du contrat que des obligations. Elle naît dans la sphère volitive de l'individu parce qu'elle est souvent qualifiée de «sous-jacente» au contrat et à l'obligation. La *causa* a été définie comme les «motifs objectifs, communs et déterminés de contracter»⁶²³. Ces motifs objectifs, comme nous l'avons observé, sont composés de deux éléments que sont le but et le fondement du contrat et des obligations. L'analyse des textes a montré que les aspects final et étiologique⁶²⁴ paraissent avoir une existence parallèle et non clairement distinguée; ils sont tous deux présents dans la même notion de *causa*. Autrement dit, ils en constituent chacun une facette, formant à elles deux un tout unique, qu'est la *causa*. L'idée d'une *causa* au sens large provient aussi du fait qu'aucune des composantes de celle-ci ne ressortait plus que l'autre. Ce d'autant plus que, même si l'on connaît désormais l'existence de ces deux facettes, la nature de leur interaction reste obscure à ce stade de l'analyse.

Pour cette raison, il se justifie d'élargir la recherche d'occurrences dans un autre contexte: il s'agit de vérifier si la *causa* telle qu'on l'a définie précédemment⁶²⁵ apparaît dans les fragments abordant les actions en répétition (*condictiones*). La *causa* joue en effet un rôle important dans ce contexte, dans la mesure où elle permet de justifier l'acquisition de la propriété par l'*accipiens* indépendamment d'une exécution partielle du contrat.

⁶²³ Cf. *supra* p. 81.

⁶²⁴ Cette idée a été développée *supra* pp. 54 ss.

⁶²⁵ Cf. *supra* p. 81.

2. Thèse défendue

Dans le présent chapitre, il ne s'agira pas d'analyser les différents types d'action et leur rapport avec la *causa*, mais plutôt de se concentrer sur l'expression, la manifestation de la *causa* dans les fragments relatifs aux *condictiones* pour comprendre son lien avec la création du contrat. En d'autres mots, il sera question d'observer si ces deux facettes des prémisses du contrat ressurgissent dans le contexte des actions en répétition et, le cas échéant, de quelle manière. Les textes attestent de deux locutions dignes d'intérêt qui paraissent manifester les prémisses volitives du contrat que sont *ob rem* (*i.e.* en vue d'une chose, d'un but) et *ob causam* (*i.e.* en vertu d'une cause, d'un fondement). *A priori*, le sens de ces locutions semble correspondre aux deux pendants téléologique et étiologique déjà observés dans le chapitre précédent.

Il s'agira de vérifier si le terme *causa*, avec sa double fonction, se retrouve dans les formulations *ob rem* et *ob causam* dans le contexte des *condictiones*. Puis, l'existence d'une distinction fonctionnelle entre *ob rem* et *ob causam* et, le cas échéant, son degré (absolu ou relatif), devront être analysés en détail.

Nous verrons que l'opposition des termes est inconstante chez les auteurs. A ce propos, certains mêmes auteurs les opposent parfois ou les confondent (par ex. ULPIANUS, PAULUS et POMPONIUS)⁶²⁶.

Par ailleurs, leur distinction, même occasionnelle, n'empêche pas leur proximité conceptuelle dans la relation juridique. Ils arborent une certaine interdépendance dans la mesure où, abstraitement, l'un n'existe pas sans l'autre. Cela signifie que le but sert de raison⁶²⁷ et la raison justifie le but. Autrement dit, sur un plan purement conceptuel, ces deux éléments semblent être exprimés de manière coexistante et indissociée. D'un point de vue concret, cette coexistence se traduit par le fait que chacun des deux va se rattacher à une action et devenir, par un effet d'extension, l'acte lui-même.

Par exemple, lors d'un contrat à double prestation d'échange, la prestation de l'un est la cause de la prestation de l'autre et inversement. Chaque objet représente à la fois le but et le fondement de l'autre.

Au stade de matérialisation du fondement et du but respectifs pour chaque partie en une prestation concrète, la question de la chronologie des actes fait surface. Diffé-

⁶²⁶ POMPONIUS, D. 12.6.52 et D. 12.4.15 *ab initio*; PAULUS, D. 12.5.1 pr./2, D. 12.6.65.3 et D. 12.6.65 pr.; ULPIANUS, D. 39.5.19.5/6 et D. 19.5.15.

⁶²⁷ Pour une idée du but découlant de la raison justificative, voir DALLA MASSARA (2004) p. 289.

rentes configurations chronologiques surviennent dans les textes pour décrire des situations concrètes:

- 1) Antériorité de la cause sur le but parce qu'on exécute sa propre prestation et qu'on attend l'exécution de la contre-prestation⁶²⁸;
- 2) Antériorité du but sur la cause parce que, par exemple, le but d'une partie se situe dans le passé si l'exécution de la prestation qu'elle attendait s'est déjà produite et qu'elle n'a pas encore effectué sa propre prestation;
- 3) postérité de la *causa*, lorsque celle-ci se situe dans l'avenir parce que la prestation attendue prend la forme d'une condition⁶²⁹ et, de ce fait, sera propre à fonder la prestation de la partie qui attend la réalisation de la condition;
- 4) Simultanéité du but et du fondement parce qu'il y a échange immédiat des prestations⁶³⁰.

La chronologie liée à *res* ou *causa* étant variable, un critère fondé sur la temporalité ne semble pas fonctionner⁶³¹.

Par contre, une distinction entre les notions de cause et de but s'explique dans les textes lorsqu'elles sont rattachées chacune au motif de la dation, celle-ci pouvant être faite *ob causam* ou *ob rem*⁶³². A notre avis, le juriste s'intéresse à la notion de but, lorsqu'est employé *ob rem*, et à la notion de fondement justificateur, lorsqu'*ob causam* est utilisé. Cela n'a cependant pas pour corollaire que l'un existe indépendamment de l'autre ou que l'un soit par principe chronologiquement antérieur ou postérieur à l'autre.

Ce chapitre vise à démontrer que les *datio ob causam* et *datio ob rem* sont à distinguer concrètement l'une de l'autre dans la mesure où la première se réfère à un fondement et la seconde à un but. Cependant, cette distinction doit être nuancée. A cet égard, nous verrons que le but et le fondement sont coexistants dans l'esprit de chacune des parties et donc présents dans la sphère abstraite et individuelle. Au stade volitif et abstrait, chaque prestation visée représente à la fois le but et le fondement de l'autre.

⁶²⁸ Selon D. 12.6.52, la *causa* se situe dans le passé et la *res* (*i.e.* le but) dans l'avenir; selon D. 12.6.65.2, la *causa* se réfère à quelque chose qui se situe dans le passé. Dans un tel sens de la *causa*, voir aussi D. 12.6.65.3 *in fine* et D. 12.6.23 pr.

⁶²⁹ Selon D. 12.6.65.3 *ab initio*; D. 12.4.3.7; D. 12.4.15 *ab initio*.

⁶³⁰ Selon D. 19.5.15; D. 39.5.19.6. Cas où aucune chronologie ne ressort clairement et où on pourrait supposer un rapport d'échange immédiat: D. 12.5.1; D. 12.6.23.3; D. 12.7.1.1; D. 12.7.4; D. 39.5.19.5.

⁶³¹ Cf. *supra* pp. 93 ss.

⁶³² Cf. analyse du critère fonctionnel de distinction de ces deux configurations de dations, cf. *infra* pp. 188 ss.

Etudier les mécanismes menant à la *condictio* permet de tirer des enseignements sur l'essence du contrat et ses prémisses. Dans ce contexte, l'expression concrète de chacune des facettes de la *causa* examinée dans le chapitre précédent, à savoir les motifs objectifs du contrat que sont le fondement et le but contractuel, est observable.

Notre thèse soutient l'idée que ces deux éléments sont abstraitement indissociables en raison de leur coexistence durant le déroulement des rapports contractuels et qu'ils renvoient chacun à une fonction spécifique.

3. Description de l'approche

Les résultats auxquels nous arriverons seront supportés par une interprétation fonctionnelle, elle aussi novatrice en la matière. Une telle approche fonctionnelle et globale des termes, c'est-à-dire selon leur fonction dans les divers contextes d'application, se justifie en raison de sa souplesse et de la spécificité du sujet.

D'autres approches, comme nous l'avons déjà évoqué et l'approfondirons encore⁶³³, se confrontent à des obstacles.

Par exemple, une approche analytique du sens des expressions chez chaque auteur romain semble faiblir en raison des contradictions et du manque de cohérence chez les mêmes auteurs (C.1.1).

Une démarche transversale, *i.e.* tout auteur confondu, selon un critère spécifique semble adaptée à l'étude du terme *causa* dans le contexte des *condictiones*. Dans cet ordre d'idées, il a déjà été observé que le critère chronologique ne semblait pas idéal à cause du manque sévère de régularité de celui-ci (C.1.1.2) ou encore que le critère du type d'acte juridique (gratuit-onéreux) ne fonctionnait pas dans des cas où la *datio ob causam* visait un contre-avantage (A). D'autres critères, comme celui de l'exécution effective (C.1.2.1), celui de la conséquence juridique (C.1.2.2.1) et un mélange des deux (C.1.2.2.2) seront mis à l'épreuve.

Nous verrons, après analyse, que tous ces critères ou approches se trouvent discutables. Une démarche visant à déterminer le sens des mots selon leur utilisation, soit une méthode fonctionnelle, mérite alors d'être testée.

La définition fonctionnelle des notions *res* et *causa* dans le contexte des *condictiones* prendra le cheminement suivant. Tout d'abord, notre étude analysera la fonction respective d'*ob rem* et d'*ob causam*, dont l'approche consistera à dégager leurs sens selon leurs contextes d'application (B)⁶³⁴.

⁶³³ Cf. *supra* pp. 93-137; *infra* pp. 162-187.

⁶³⁴ Cf. *infra* pp. 144-160.

Puis, la disparité de certains usages nous amènera à réfléchir au degré de distinction qui caractérise ces deux termes (C.2)⁶³⁵. Nous en étudierons la limite en testant sa relativité à travers des textes plus confus. Nous verrons que la relativité de la distinction est indiquée par trois éléments: la coexistence et l'indissociabilité des termes *res* et *causa*, lorsqu'il existe une condition au contrat; l'aspect final employé habituellement avec *ob rem*, présent dans des textes mentionnant *ob causam*; et, finalement, l'utilisation de formulations communes à *ob rem* et *ob causam*.

L'observation qui sert de point de départ est la suivante: autant *ob rem* qu'*ob causam* sont des notions différenciées par la conjonction *aut* selon PAULUS, D. 12.6.65 pr. et PAULUS, D. 12.5.1.2⁶³⁶. Cette alternative suggère qu'ils ne sont pas synonymes. Nonobstant, ces textes ne permettent pas d'établir un critère de distinction clair entre *ob rem* et *ob causam*.

Un texte pomponien pose aussi une distinction entre *ob causam* et *ob rem*, mais contient plus de précisions quant à l'emploi de l'un ou de l'autre⁶³⁷. Il s'agira d'étudier plus précisément les propos du texte et d'établir sa cohérence avec les autres fragments.

Ces constatations amènent, d'emblée, à se poser un certain nombre de questions. Quelle est la nature du lien qui unit *res* et *causa*? Quelle est leur interaction? Existe-t-il une réelle opposition conceptuelle? Sont-ils synonymes ou distincts? S'il y a une distinction, est-elle absolue ou relative? Nous répondrons à ces questions par un travail d'investigation dans les sources romaines classiques.

En guise d'esquisse, nous commencerons par étudier les textes pour en observer et dégager les principaux axes fonctionnels (B), pour ensuite vérifier la pertinence d'une approche visant la détermination du sens pour chaque auteur romain (C.1), ainsi que d'autres critères issus d'une approche transversale et globale (C.1.1.2 et C.1.2). Puis, nous testerons l'approche fonctionnelle dans une perspective conceptuelle (C.1.2.3) et enfin nous vérifierons sa validité face aux textes les plus ambigus (C.2).

⁶³⁵ Cf. *infra* pp. 160-255.

⁶³⁶ PAULUS, D. 12.6.65 pr.: «*In summa, ut generaliter de repetitione tractemus, sciendum est dari aut ob transactionem aut ob causam aut propter condicionem aut ob rem aut indebitum: in quibus omnibus quaeritur de repetitione*»; D. 12.5.1.2.

⁶³⁷ POMPONIUS, D. 12.6.52: «*Damur aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit: ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit*».

B. Proposition de critère : une approche fonctionnelle des expressions *ob rem* et *ob causam*

1. Remarque préliminaire : le sens de la préposition *ob*

Le problème général qui se pose avec l'emploi des termes *res* et *causa* est que ces derniers sont vagues et polysémiques⁶³⁸.

Néanmoins, la prise en compte des configurations particulières *ob rem* et *ob causam*, littéralement « en vue d'une chose » et « en vertu d'une cause », est utile à la détermination du sens des termes *res* et *causa* dans ce contexte.

Dans ces constellations, *res* ou *causa* désignent concrètement chacun une contre-prestation, mais la préposition *ob* et la fonction de chacun des termes vont permettre de caractériser la contre-prestation attendue ou déjà exécutée. Chacun des deux vocables peut contenir un sens commun, soit celui de « chose »⁶³⁹, mais aussi des nuances qui lui sont propres.

La préposition *ob* nuance le sens de ces deux termes, en les précisant et les différenciant : elle peut accorder soit une fonction de but (en vue de), soit une fonction d'origine assortie d'une dimension causale (en raison de)⁶⁴⁰. En clair, *ob* va faire ressortir la singularité de chacun des mots selon le contexte. Couplé à *rem*, *ob* lui accorde une notion finale⁶⁴¹ ou d'intérêt⁶⁴², qui se caractérise par l'attente de contre-prestation dans le contexte des actions en répétition (*condictiones*). Assorti de *causam*, *ob* marque une origine justificative d'un acte, soit l'élément qui le fonde⁶⁴³ ; la fonction causale découle du fait que les textes attestent d'un élément sur lequel on se base pour exécuter un acte⁶⁴⁴.

⁶³⁸ Cf. *supra* p. 5 n. 39 (*causa*) ; p. 8 n. 66 (*res*).

⁶³⁹ Pour la *causa* qui aurait comme sens de « chose », en particulier dans l'expression *causa data causa non secuta*, cf. GIFFARD/VILLERS (1976) pp. 102 s. HEUMANN/SECKEL (1907) p. 511, « *res* » ; « *res* », in : OLD (1968) p. 1625, « *that can be conceived as a separate entity (in a concrete or abstract sense)* ».

⁶⁴⁰ HEUMANN/SECKEL (1907) p. 378, « *ob* », défini par « *wegen* » avec précision « *als Grund oder Zweck* ». KÜHNER/STEGMANN (1912) p. 532 précise à propos du sens d'origine, fondement : « *in kausalen Sinne, vom äusseren Anlass wie vom Beweggrunde* » ; « *ob* », in : OLD (1968) p. 1210, « *by the reason of, on the score of, because of* ». Quant au sens final, nous pensons qu'il s'agit d'un des emplois particuliers de « *ob* », même s'il est dénié pour la plupart des cas selon KÜHNER/STEGMANN (1912) p. 532 : « *Auch für ob will man meistens den finalen Gebrauch nicht zugestehen* ». Le sens final de *ob rem* est considéré par le OLD (1968) p. 1210, sous « *ob* » (« *ob rem, to some purpose* »).

⁶⁴¹ « *Ob* », in : OLD (1968) p. 1210, « *ob rem, to some purpose* ».

⁶⁴² Malgré le refus d'accorder à *ob* un aspect final dans bien des cas, la notion d'intérêt a été toutefois soulevée comme un sens particulier et possible de « *ob rem* » par KÜHNER/STEGMANN (1912) p. 531.

⁶⁴³ « *Ob* », in : OLD (1968) p. 1210, « *by the reason of, on the score of, because of* ».

⁶⁴⁴ Cf. textes cités *infra* pp. 148 ss.

Selon les dictionnaires, *ob* oriente ainsi le sens du terme qu'il accompagne. Néanmoins, il faut encore vérifier s'il correspond au sens de l'expression *ob rem* dans ses occurrences juridiques du présent contexte. Dans cette perspective, cette étude fera usage d'une interprétation fonctionnelle et contextuelle. Celle-ci permettra d'établir une tendance générale du sens de *res* et *causa* lorsqu'elles apparaissent avec la préposition *ob* dans le contexte des *condictiones*.

2. *Ob rem* comme *causa* dans son aspect final: attente de la contre-prestation

Nous soutenons que la *causa*, que nous avons préalablement établie⁶⁴⁵ comme motifs objectifs, communs et déterminés de contracter, se manifeste dans sa forme finale dans l'expression *ob rem datur*⁶⁴⁶. En d'autres termes, la finalité observée chez ULPIANUS dans le contexte de la *causa contractus* se concrétise avec la locution *ob rem datur*. Dans le même ordre d'idées, nous pensons qu'*ob rem* désigne le but comme attente de contre-prestation⁶⁴⁷ (mais non encore le résultat⁶⁴⁸, celui-ci étant visé par des formulations contenant le verbe *sequi*⁶⁴⁹). Il en ressort que *res* touche le domaine de la prévision⁶⁵⁰, sans être nécessairement orientée vers l'avenir⁶⁵¹, parce qu'elle peut viser un but qui s'est déjà accompli⁶⁵².

L'usage de subordonnées finales introduites par la conjonction *ut* dans une multitude de fragments nous poussent à élaborer cette hypothèse. L'idée de finalité indiquée par *ut* est présente dans un certain nombre de textes traitant d'états de fait spécifiques. Outre les contrats typiques à double prestation d'échange qui contiennent certainement une composante finale, l'attente de réalisation d'un but est également présente dans les cas suivants:

⁶⁴⁵ Cf. *supra* p. 81.

⁶⁴⁶ *Contra*: SCHWARZ (1952) p. 117.

⁶⁴⁷ Cf. POMPONIUS, D. 12.6.52 *in fine* (*ut aliquid sequatur*). Cette formulation pomponienne reste encore dans le domaine de la prévision (cf. *supra* p. 90). Dans le même sens, cf. aussi STURM (1983) p. 637 («ce qui a été donné pour obtenir une *res*, en vue d'une *res*, en vue d'une contreprestation»).

⁶⁴⁸ Le résultat est marqué notamment par les expressions suivantes: *re nondum secuta posse abiri ab emptione* (ULPIANUS, D. 2.14.7.6); *res secuta non fuerit* (IULIANUS, D. 18.5.5.1); *fuit res secuta* (PAULUS, D. 18.5.3 pr.). La signification des formulations *causa secuta* et *res secuta* feront l'objet d'une étude plus approfondie, cf. *infra* pp. 248 ss. Pour WINDSCHEID (1850) p. 48, *res* dans l'expression *ob rem* désigne la contre-prestation.

⁶⁴⁹ Comme l'a aussi relevé SCHWARZ (1952) p. 118.

⁶⁵⁰ A ce propos, voir aussi CHAUDET (1973) p. 115.

⁶⁵¹ Selon SCHWARZ (1952) p. 122, *res* aura toujours naturellement une valeur future («*Natürlich bezieht sich res auf die Zukunft, und zwar ist es der bei der Leistung vereinbarte Leistungserfolg, die Gegenleistung, die vom Empfänger erwartet wird*»).

⁶⁵² ULPIANUS, D. 39.5.19.6 semble en effet marquer la simultanéité des actions par l'expression *quia ob rem facta est, res secuta est*.

- contrats atypiques ou simples actes conventionnels⁶⁵³ comme le paiement effectué pour l'exécution d'un *commodatum*⁶⁵⁴ (cas d'un but qualifié de *turpem*);
- contrats non spécifiés dont l'exécution dépend d'une condition (le but est alors caractérisé comme une « attente de réalisation de la condition »)⁶⁵⁵;
- paiement en argent contre émancipation d'un fils ou d'un esclave⁶⁵⁶, les cas types « je donne pour que tu donnes »/« je donne pour que tu fasses »/« je fais pour que tu donnes »/« je fais pour que tu fasses »⁶⁵⁷/« on donne dans le but que quelque chose s'ensuive » (l'idée de finalité par l'emploi du *ut* et de la préposition *ob*)⁶⁵⁸;
- deux manumissions en l'échange l'une de l'autre⁶⁵⁹;
- contrat unilatéral de stipulation (qu'elle soit soumise à l'avènement d'une condition ou non)⁶⁶⁰.

⁶⁵³ La question de la qualification de certains actes faits à condition de la survenance d'un événement (cf. textes cités *infra* pp. 215 ss et pp. 239 ss) comme actes conventionnels se pose, dans la mesure où ils ne sont pas explicitement définis par les juristes romains comme des conventions. Cependant, nous considérons que ce type d'acte contient implicitement une convention (cf. *infra* pp. 221 ss; pour une analyse de cette notion de *conventio*, cf. *supra* pp. 44 ss). A la différence de cette interprétation, CORTESE (2013) p. 51 estime que le cas de ULPIANUS, D. 12.4.1 pr. n'est pas un cas de *conventio*, mais un cas de *datio ob rem* autonome. La question se pose également pour les textes attestant de libéralité conditionnelle (*mortis causa*): D. 12.6.65.3; D. 39.6.35.3; D. 39.5.2.7. En effet, les trois textes précités font état de conventions conclues par le débiteur à la condition de la survenance d'un événement, malgré un contexte testamentaire. L'existence d'une donation pure est cependant exclue par ULPIANUS, D. 39.5.19.6 lors d'actes synallagmatiques (pour une analyse de ce texte dans ce contexte, cf. *infra* pp. 243 ss). PAULUS, D. 12.5.9 pr./1; PAULUS, D. 12.6.65.4; PAULUS, D. 19.5.5 pr.; PAULUS, D. 19.5.5.1; ULPIANUS, D. 39.5.19.6. Quant à ULPIANUS, D. 12.5.2 pr./1/2, PAULUS, D. 12.5.3, ULPIANUS, D. 12.5.4 pr., ULPIANUS, D. 12.5.4.1/2/4 et IULIANUS, D. 12.5.5, la catégorisation de ces attestations comme décrivant la finalité de *ob rem* doit pourtant être nuancée dans la mesure où *ob rem* n'est pas employé en tant que tel et où le début du fragment d'ULPIANUS, D. 12.5.2 porte à confusion quant à la systématique et son caractère illustratif (sur ce point, voir les développements, cf. *infra* pp. 209 ss).

⁶⁵⁴ PAULUS, D. 12.5.9 pr.

⁶⁵⁵ Comme la convention ayant pour objet une dot donnée en vue d'un mariage qui ne se produit pas selon ULPIANUS, D. 12.4.6 (*qui ob matrimonium dedit*). Cette formulation doit être comprise comme une finalité poursuivie, comme l'a relevé à juste titre HAUSMANINGER, in: BEHREND/KNÜTEL/KUPISCH/SEILER (1999) p. 99 ad D. 12.4.6: « *wer eine Mitgift in Hinblick auf die Ehe bestellt wurde* ». Voir aussi PAULUS, D. 12.6.65.4.

Ce cas est quelque peu similaire à celui d'un contrat entre un tiers et le futur époux consistant à donner la dot à la future épouse si le mariage survient (cf. PAULUS, D. 12.4.9 pr.).

⁶⁵⁶ ULPIANUS, D. 12.4.1 pr.

⁶⁵⁷ CELSUS, D. 12.4.16; PAULUS, D. 12.6.65.4; PAULUS, D. 19.5.5 pr. *in fine*; PAULUS, D. 19.5.5.1; ULPIANUS, D. 2.14.7.2.

⁶⁵⁸ POMPONIUS, D. 12.6.52: « *ob rem datur, ut aliquid sequatur* ».

⁶⁵⁹ PAULUS, D. 19.5.5 pr.

⁶⁶⁰ ULPIANUS, D. 39.5.19.6: « *Denique Pegasus putabat, si tibi centum spondero hac condicione, si iurasses te nomen meum laturum, non esse donationem, quia ob rem facta est, res secuta est* »; ULPIANUS, D. 44.4.2.3 *in fine*: « *Proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est nec credit et si certa fuit causa stipulationis, quae tamen aut non est secuta aut finita est, dicendum erit nocere exceptionem* ».

Le but est présent dans chacune de ces relations juridiques contractuelles, qu'elle soit bilatérale ou unilatérale. Il apparaît donc que «l'attente de contre-prestation» – qu'elle soit majeure ou mineure, principale ou accessoire – est un choix cohérent pour définir la finalité contractuelle.

Un texte mérite une attention toute particulière en raison de l'emploi à la fois de l'expression *ob rem dati re non secuta* et d'un contrat atypique *do ut des*:

CELSUS, D. 12.4.16

«Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris: et rursus, si tuus est Stichus et pro evictione eius promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim».

Je t'ai donné de l'argent pour que tu me donnes Stichus: est-ce un genre de contrat assimilable à l'achat et la vente, ou n'y a-t-il là aucune autre obligation, si la chose en vertu de laquelle elle a été donnée n'a pas été exécutée? Je penche plutôt pour la seconde option: et c'est pour ça que, si Stichus est mort, je peux répéter parce que je t'ai donné de l'argent pour que tu me donnes Stichus. Imagine que Stichus appartienne à autrui, mais que tu l'aies quand même transmis: je pourrai te redemander l'argent parce que tu n'auras pas fait en sorte que l'homme soit la propriété de celui qui reçoit: et, de nouveau, si Stichus t'appartient et que tu ne veux pas promettre son éviction, tu ne le libèreras pas, pour que je ne puisse pas te redemander l'argent.

Du passage de CELSUS, D. 12.4.16, on peut tirer deux enseignements concernant notre sujet d'étude. Premièrement, une notion de finalité ressort des deux formulations *ob rem dati* et *dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares*, ainsi que du fait que la première se réfère à la seconde. En effet, cette notion de finalité se dégage de la caractéristique du contrat type *do ut des*. Plus loin dans le texte, ce type de contrat contenant un aspect final est mis en relation, par le terme *quam*, avec la locution *ob rem dati re non secuta* qui comporte aussi une dimension de but apportée par *ob*. On peut donc relier ces deux locutions et arriver à la conclusion qu'*ob rem dati re non secuta* caractérise un stade avancé de l'exécution des prestations d'un contrat type *do ut des*, voire qu'elle en est une autre forme d'expression. *Ob rem dati* serait ainsi une expression équivalente pour parler du *do ut des*, mais qualifierait une forme «exécutée» et unilatérale du contrat type *do ut des* d'ULPIANUS, D. 2.14.7.2. Il en résulte qu'*ob rem datur* serait un dérivé du *do ut des*, ce qui confirme l'idée que la formulation *do ut des* revêt un aspect générique⁶⁶¹. Cette constatation va nous mener à notre second point.

⁶⁶¹ Cette question a déjà été traitée précédemment, cf. *supra* pp. 48 s.

Deuxièmement, le *do ut des* est une formule qu'on pourrait qualifier de générale et paradigmatique⁶⁶². Une telle observation résulte de l'usage générique des formulations type *dedi ut dares/dedi ut facias*⁶⁶³. Ces formulations recouvrent un caractère général et abstrait pour englober un maximum de cas similaires à la structure de base des contrats atypiques (relation d'échange). Cette manière de procéder des juristes romains est intéressante dans la mesure où ils reviennent à des concepts simples et fondamentaux applicables à toute relation contractuelle atypique, mais même typique.

En conclusion, maintes occurrences tendent à donner un caractère final à l'expression *ob rem*, qu'on pourrait donc traduire par «en vue d'un but», avec un aspect prévisionnel non nécessairement orienté vers l'avenir. Par ailleurs, à ce stade de l'analyse, la similarité des cas d'espèce et leur contexte contractuel sous-jacent semblent justifier la corrélation entre le texte d'ULPIANUS, D. 2.14.7.2 et les textes contenant *ob rem* dans le contexte des *condictiones*.

3. *Ob causam* comme *causa* dans son aspect étimologique : fondement justificateur de la contre-prestation

3.1. Fonction étimologico-justificatrice de l'expression *ob causam*

De nombreux textes font apparaître la *causa*, dans sa configuration *ob causam* («pour une raison» ou «en vertu d'une cause»)⁶⁶⁴, pourvue d'une fonction de fondement et de justification (étimologico⁶⁶⁵-justificatrice). Une telle fonction de la *causa*, manifestée concrètement par la prestation du cocontractant, découle du fait qu'elle motive les parties à s'exécuter et, en ce sens, constitue une justification de la contre-prestation.

Cette valeur fonctionnelle découle en particulier explicitement de l'expression *ob causam* prise pour elle-même ou avec des coordonnants comme *quia* et *quod*, mais aussi sous la forme *quasi ob causam*, *sine causa* et *non iusta causa*, ou encore *ex causa* comme dérivé d'*ob causam*⁶⁶⁶.

⁶⁶² Voir sur cette question nos développements *supra* pp. 48 s, avec appui sur DALLA MASSARA (2013) pp. 374 ss.

⁶⁶³ Cf. ULPIANUS, D. 2.14.7.2 (*dedi ut dares/dedi ut facias*); CELSUS, D. 12.4.16 (*dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares*); PAULUS, D. 12.6.65.4 (*si dem tibi, ut aliquid fecerit*); PAULUS, D. 19.5.5 pr. (*do tibi ut des*)/1 (*rem do, ut rem accipiam; si Scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares*).

⁶⁶⁴ Pour SCHWARZ (1952) p. 121 et WINDSCHEID (1850) pp. 48 ss, *causa* dans la formulation *ob causam* signifie «motif», à la différence que le premier ne lui attribue pas d'effet juridique au contraire du second. Pour DALLA MASSARA (2009) p. 255, la *causa* dans ce contexte des *condictiones* voudrait en substance désigner le fondement justificatif de la stabilité de la situation patrimoniale.

⁶⁶⁵ Pour une définition de ce terme et la justification de son emploi dans le contexte juridique, cf. *supra* p. 55.

⁶⁶⁶ La locution *datio ex falsam causam* se rapproche d'*ob causam*, puisque *ex* est assimilable à *ob* dans l'aspect marquant l'origine d'un événement en résultant (cf. «*ex*», in: OLD (1968) p. 629,

3.1.1. Textes contenant explicitement *ob causam*

3.1.1.1. Emplois de la *causa* accompagnée de conjonctions causales

La fonction de fondement justificateur de la *causa* provient principalement de sa combinaison avec des conjonctions marquant la causalité que sont *quia* et *quod*.

Ces deux conjonctions consacrent la cause et la conséquence⁶⁶⁷. Elles expriment explicitement une idée de justification renvoyant au fondement de l'action: on agit parce qu'on a une raison de le faire. En d'autres mots, ces deux conjonctions ont une fonction causale, comprenant une aspect justificatif et étiologique. On trouve ces conjonctions dans plusieurs textes.

Cette fonction rationnelle du mot *causa* est particulièrement confirmée dans des formulations comme *ob causam datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi ... quia donari volui*⁶⁶⁸, où PAULUS explicite ce qu'il entend par une *datio ob causam*, c'est-à-dire une activité fictive que le *dans* croit réalisée. Le caractère fictif n'a pas d'importance pour comprendre le sens de l'expression, puisque pour le *dans*, cette activité (fictive ou non) justifie sa dation: il se base sur elle pour effectuer sa dation.

La fonction de fondement justificateur se présente aussi sous la forme «*ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est*»⁶⁶⁹, où *ob causam* fait référence à la justification de l'acte de l'exécutant, qui prend la forme concrète de la contre-prestation.

3.1.1.2. Emploi d'*ob causam* en alternative générique avec *ob rem*

Dans PAULUS. D. 12.5.1 pr.⁶⁷⁰ et D. 12.6.65 pr.⁶⁷¹, *ob causam* prise seule dénote une idée justificatrice et de fondement, également confirmée dans un autre texte du même

«(indicating cause) as a result of, in consequence of»; «ob», in: OLD (1968) p. 1210, «by the reason of, on the score of, because of»). Pour WINDSCHEID (1850) p. 52, *ex causa* peut être une expression désignant *ob causam*, mais cet emploi est inhabituel. En ce sens, voir les textes D. 12.6.23 pr., D. 12.5.6 et D. 19.4.2, où il nous semble que *ob causam* et *ex causa* sont synonymes.

⁶⁶⁷ «*Quia*», in: OLD (1968) p. 1550, «in consequence of the fact that, because»; «*quod*», in: OLD (1968) p. 1566, «(in giving the reason for an action or occurrence) because».

⁶⁶⁸ PAULUS, D. 12.6.65.2. Pour le fragment et sa traduction, cf. *supra* p. 111 n. 461.

⁶⁶⁹ POMPONIUS, D. 12.6.52. Pour le fragment et sa traduction, cf. *infra* p. 165.

⁶⁷⁰ PAULUS, D. 12.5.1 pr.: «*Omne quod datur aut ob rem datur aut ob causam, et ob rem aut turpem aut honestam: turpem autem, aut ut dantis sit turpitudine, non accipientis, aut ut accipientis dumtaxat, non etiam dantis, aut utriusque*» (Tout ce qu'on donne, l'est soit pour avoir une chose, soit en vertu d'une cause, et [quand on donne pour une chose,] la chose qu'on veut avoir est soit honnête, soit déshonnête: elle est déshonnête, soit du fait de celui qui donne et non de celui qui reçoit, soit du fait de celui qui reçoit seulement et non de celui qui donne, soit du fait de tous les deux).

⁶⁷¹ PAULUS, D. 12.6.65 pr.: «*In summa, ut generaliter de repetitione tractemus, sciendum est dari aut ob transactionem aut ob causam aut propter condicionem aut ob rem aut indebitum: in quibus omnibus quaeritur de repetitione*» (Dans l'essentiel, afin que, de manière générale,

auteur⁶⁷². Le second texte de PAULUS a la particularité de présenter les notions *ob causam* et *ob rem* comme alternatives génériques en énumérant différentes situations qui peuvent mener à la *condictio*. Ces deux textes pauliens feront l'objet d'une analyse approfondie plus en avant dans cette étude⁶⁷³.

3.1.1.3. Le fragment d'ULPIANUS, D. 12.6.23.3

Une idée de fondement découle des locutions *ex causa transactionis dedit* et *ob causam dedit*⁶⁷⁴ dans le texte ULPIANUS, D. 12.6.23.3⁶⁷⁵.

Dans ce passage, ULPIANUS accorde un droit de répétition dans une situation spécifique. Le cas aborde la question du sort juridique du défendeur condamné en justice à payer une chose en exécution d'une obligation, chose qu'il a entre-temps payée sur la base d'une *transactio* subséquente à l'ouverture du procès, mais avant la décision du juge. En théorie, le défendeur condamné devrait payer deux fois : une fois en raison de la décision du juge, et une autre fois sur la base de la *transactio*. Or, ULPIANUS semble indiquer que la

nous traitons de la répétition, il faut savoir qu'on donne soit pour une transaction soit en vertu d'une cause, soit pour remplir une condition, soit dans un but, soit sans que ce soit dû : dans tous ces cas, la question de la répétition se pose).

⁶⁷² PAULUS, D. 12.6.65.2: « *Id quoque, quod ob causam datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donari volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse* » (Ceci aussi lorsqu'on donne en considération d'une cause, par exemple, lorsque j'ai cru que mes affaires ont été aidées par l'intermédiaire de quelqu'un, bien que ce ne fut pas le cas, il n'y a pas lieu à la répétition parce que j'ai voulu faire un présent, quoique je fusse faussement persuadé).

⁶⁷³ Cf. analyse *infra* pp. 162 ss.

⁶⁷⁴ ZIMMERMANN (1990) p. 834 n. 60 écarte cette interprétation en considérant que *causa* est un synonyme de *res* dans ce texte. Dans le même sens d'une confusion des termes, cf. LIEBS (1986) p. 173.

⁶⁷⁵ ULPIANUS, D. 12.6.23.3: « *Si quis post transactionem nihilo minus condemnatus fuerit, dolo quidem id fit, sed tamen sententia valet. Potuit autem quis, si quidem ante litem contestatam transegerit, volenti litem contestari opponere doli exceptionem: sed si post litem contestatam transactionem est, nihilo minus poterit exceptione doli uti post secuti: dolo enim facit, qui contra transactionem expertus amplius petit. Ideo condemnatus repetere potest, quod ex causa transactionis dedit. Sane quidem ob causam dedit neque repeti solet quod ob causam datum est causa secuta: sed hic non videtur causa secuta, cum transactioni non stetur. Cum igitur repetitio oritur, transactionis exceptio locum non habet: neque enim utrumque debet locum habere et repetitio et exceptio* » (Si quelqu'un a néanmoins été condamné après la transaction, cela est certes dolosif, mais la sentence est pourtant valable. Or, si quelqu'un a accompli la transaction avant la *litis contestatio*, il a pu opposer une exception pour dol à celui qui voulait engager la cause: mais si la transaction a eu lieu après la *litis contestatio*, il sera néanmoins possible d'user de l'exception pour dol après son exécution: en effet, agit dolosivement celui qui réclame davantage en sachant que c'est contraire à la transaction. Un condamné peut répéter ce qu'il a donné en vertu de la cause de la transaction. Assurément, il a donné en vertu d'une cause et il n'est pas habituel que ce qui a été donné en vertu d'une cause soit répété, si la prestation a été exécutée: mais là, il ne semble pas que la prestation ait été exécutée, puisqu'on ne se tient pas à la transaction. Par conséquent, comme la répétition se produit, l'exception de la transaction n'a pas lieu: en effet, il ne doit pas avoir la répétition et l'exception toutes les deux à la fois).

transactio subséquente ne devrait pas être prise en considération, puisqu'on comprend que le jugement prend le pas sur celle-ci. Le défendeur pourra donc redemander ce qu'il a payé sur la base de la *transactio* par une action en répétition (*condictio*) parce qu'il a donné *ob causam*, i.e. en vertu d'un fondement qui justifiait son acte⁶⁷⁶.

La locution *ob causam* est à apparenter à l'expression *ex causa transactionis*⁶⁷⁷, car d'une part, la première renvoie à la seconde et d'autre part, *ex causa transactionis* contient, tout comme *ob causam*, une idée d'origine (*ex*)⁶⁷⁸.

HEUMANN/SECKEL et HAUSMANINGER qualifient le mot «*transactio*» d'accord à l'amiable après un conflit⁶⁷⁹, tandis que STURM la considère comme un accord⁶⁸⁰ nul après coup, dont le titre (*causa*) justifie le transfert de propriété⁶⁸¹. A notre avis, la notion se situe à mi-chemin puisque ces deux propositions semblent complémentaires. C'est-à-dire qu'un accord à l'amiable est une convention causale justificante, légitimant le transfert de propriété⁶⁸², analogue aux autres contrats atypiques permettant au cocontractant lésé d'agir par la *condictio* pour récupérer ce qu'il a donné.

Par ailleurs, à notre sens, si ce terme (*transactio*) revêt un sens général d'un accord à l'amiable en s'intégrant dans la notion de contrat, il peut aussi représenter chacune des prestations prises individuellement. Ces prestations sont des composantes de l'accord à l'amiable; le contrat renferme les prestations et les justifie⁶⁸³.

Comme nous le verrons⁶⁸⁴, chaque prestation compose ce contrat et représente la manifestation concrète du motif individuel respectif. La *causa*, lorsqu'elle se présente

⁶⁷⁶ STURM (1983) p. 654 qualifie la cause de but, ce qui contribue à la confusion générale entre *res* et *causa*.

⁶⁷⁷ Pour WINDSCHEID (1850) p. 51 n. 7, «*causa transactionis*» est une expression de langage courant presque équivalente au terme «*transactio*».

⁶⁷⁸ Cf. *supra* pp. 148 s n. 666 et p. 154 n. 693.

⁶⁷⁹ HEUMANN/SECKEL (1907) p. 591, «*transactio*»: «*die entgeltliche Vereinbarung über ein ungewisses oder streitiges Rechtsverhältnis, Vergleich*»; HAUSMANINGER, in: BEHREND/S/KNÜTEL/KUPISCH/SEILER (1999) p. 114 *ad* D. 12.6.23.3, traduit *ex causa transactionis* par «*Vergleich*».

⁶⁸⁰ «*Transactio*», in: OLD (1968) p. 1961, «*a negotiated settlement, business arrangement, deal*»; STURM (1983) p. 647.

⁶⁸¹ STURM (1983) p. 647: «la *causa transactionis* n'est pas un objectif à réaliser dans l'avenir, mais un titre existant dans le passé, une cause qui peut justifier tout transfert de propriété et dont l'absence révélée après coup donne lieu à une action en répétition». Cependant, la définition donnée par STURM suppose que le contrat précédant n'a pas eu lieu et c'est ce qui donnerait à la *condictio ob transactionem* sa raison d'être et sa spécificité.

⁶⁸² Du même avis, SCHWARZ (1952) pp. 159 s, et en particulier p. 160, où il définit la *transactio* comme un *pactum*, un «*formloser Vertrag*», par lequel les parties mettent fin à un litige ou à une incertitude entre elles concernant un droit à travers un accord à l'amiable (reprenant une définition donnée par KASER (1937) p. 2139).

⁶⁸³ Cf. aussi D. 12.6.65.1, qui aborde le même type de problématique.

⁶⁸⁴ Cf. *infra* pp. 191 ss.

sous la forme *ex causa + nomen contractus*, a une fonction de «titre justificatif». Cette sorte de locution revêt un caractère formulaire parce qu'elle est employée comme une formule, figure emblématique du contrat et de chaque prestation. Par ailleurs, elle renvoie indirectement à la *causa* comme motif objectif parce qu'elle est une extension de celui-ci⁶⁸⁵.

Cette conception du «titre justificatif» est aussi applicable au cas d'espèce présenté par ULPIANUS, D. 12.6.23.3, sous la forme *ex causa transactionis* (*i.e.* en vertu de la cause de transaction). L'auteur aborde la situation d'une datation faite en vertu d'une *causa transactionis* et la fait expressément correspondre à une *datio ob causam*⁶⁸⁶ (*ideo condemnatus repetere potest, quod ex causa transactionis dedit. Sane quidem ob causam dedit neque repeti solet quod ob causam datum est causa secuta*). Cette constatation implique que le fondement désigne à la fois l'accord (*ex causa transactionis*) et la contre-prestation visée. Plus loin (*sed hic non videtur causa secuta, cum transactioni non stetur*), l'auteur semble relier l'exécution et la qualification du contrat qui participeraient toutes deux à justifier la *datio* de chaque partie.

Si *ob causam dedit* et *ex causa transactionis dedit* sont bien liées, on ignore exactement si les deux prestations ont été effectuées, ou s'il s'agit d'un cas d'exécution partielle: le texte est ambigu à cet égard. Il semble néanmoins qu'ULPIANUS considère que, même s'il y eu exécution complète, la contre-prestation ne doit pas être considérée comme exécutée. Il justifie cette solution en affirmant qu'on ne doit pas se tenir à la *transactio* (*transactio non stetur*) pour décider d'accorder un droit de répétition.

A en croire ULPIANUS, il faudrait considérer qu'une seule des prestations ait été exécutée (*datio ob causam*) et que son fondement (*i.e.* la contre-prestation) n'ait pas en-

⁶⁸⁵ Cette idée a été également développée dans le chapitre précédent, cf. *supra* pp. 61 ss.

⁶⁸⁶ PELLECCHI (1998) 103 et GUZMÁN BRITO (2001) p. 246 rangent la *datio ob transactionem* dans la catégorie des *datationes ob rem*, alors que la terminologie de la *transactio* se présente avec des états de fait qualifiés d'*ob causam* (cf. D. 12.6.23 pr.; D. 12.6.23.3). Tandis que SCHWARZ (1952) pp. 159 s, au contraire de PERNICE (1892) p. 236, estime que la *datio ob transactionem* est à différencier de la *datio ob rem* pour deux raisons. La première, parce qu'il considère la *datio ob causam* comme non classique et par conséquent comme une interpolation (SCHWARZ (1952) p. 161; dans le même sens, voir aussi KASER (1968) p. 116 et PETER-LONGO (1936) pp. 257 ss). La seconde, parce que la *transactio* ne contient pas de prestation de but comme la *datio ob rem*: le but consiste en la libération du débiteur de la prestation initialement exigée (SCHWARZ (1952) p. 160). A notre avis, ce n'est pas parce que l'objet porte sur une prestation d'un contrat préalable qu'on ne peut pas considérer qu'elle est une prestation de but et qu'elle puisse être le fondement la contre-prestation de l'accord à l'amiable: le but (*res*) et le fondement (*causa*) de l'accord à l'amiable existent, même si ce type d'accord a simplement un contenu particulier. En ce sens, de manière générale, la *datio ob transactionem* relèverait à la fois d'une *datio ob rem* (D. 12.4.3 pr.) que d'une *datio ob causam* (D. 12.6.23. pr./3), selon ce que le juriste romain cherche à exprimer (soit le but, soit le fondement). Il est à noter que D. 12.4.3 pr. traite d'une *datio ob rem* comme une *datio ob transactionem*, prenant la forme de *dedi tibi pecuniam, ne ad iudicem iretur*.

core fait l'objet d'une exécution. L'auteur suggère que le stade d'exécution ne doit pas être lié à la transaction parce que le jugement s'impose aux parties et rend inopérant l'accord à l'amiable (*sed hic non videtur causa secuta, cum transactioni non stetur*⁶⁸⁷). Même si l'effet de la *transactio* s'avère inefficace par décision du juge, il n'en demeure pas moins qu'une prestation, au moment où elle a été exécutée, a été préalablement faite dans un but et sur la base d'une cause.

Si l'on poursuit le raisonnement, une sorte de relation triangulaire peut être établie entre *ob causam* – *ex causa transactionis* – *causa (non) secuta* (exécution de la contre-prestation). *Ob causam* vise non seulement la *transactio* ainsi que les motifs qui y conduisent, mais par extension également la contre-prestation⁶⁸⁸, de même que de la *transactio* découlent *ob causam dedit* (la prestation faite en vertu de la contre-prestation) et *causa secuta* (la contre-prestation). Dans cet ordre d'idées, d'un côté, la *transactio* désigne le contrat lui-même et donc le fondement justifiant l'exécution des prestations et de l'autre, *ob causam* désigne l'accord, mais aussi les motifs à l'origine de celui-ci.

3.1.2. Texte contenant *quasi ob causam*

ULPIANUS, D. 19.1.11.6⁶⁸⁹ mentionne un *quasi ob causam* dans le cas d'une vente particulière où l'exécution des prestations est assurée par la dation d'un anneau donné en guise d'arrhes (*datio arrae nomine*), avant que le paiement ne soit effectué.

⁶⁸⁷ D'autres textes corroborent cette interprétation selon laquelle la transaction jugée après coup devient inopérante, voire nulle, en raison d'un rescrit ou d'une mauvaise interprétation de celui qui a effectué la prestation (cf. D. 12.6.23 pr./1/2, D. 12.4.3 pr. et D. 12.6.65.1 (si la transaction a été faite de manière calomnieuse)).

⁶⁸⁸ Sur ce point, voir également WINDSCHEID (1850) p. 51, pour qui le terme *ob causam* de ce texte prend le sens de «*Gegenleistung*».

⁶⁸⁹ ULPIANUS, D. 19.1.11.6: «*Is qui vina emit arrae nomine certam summam dedit: postea convenerat, ut emptio irrita fieret. Iulianus ex empto agi posse ait, ut arra restituatur, utrumque esse actionem ex empto etiam ad distraendam, inquit, emptionem. Ego illud quaero: si anulus datus sit arrae nomine et secuta emptione pretioque numerato et tradita re anulus non reddatur, qua actione agendum est, utrum condicatur, quasi ob causam datus sit et causa finita sit, an vero ex empto agendum sit. Et Iulianus diceret ex empto agi posse: certe etiam condici poterit, quia iam sine causa apud venditorem est anulus*» (Celui qui a acheté des vins a donné une certaine somme en guise d'arrhes: par la suite, on était d'accord que l'achat fut annulé. IULIANUS dit qu'il est possible d'intenter une action *ex empto* pour que les arrhes soient restituées, et que l'action *ex empto* est utile même pour rompre une vente, dit-il. Moi, je demande ceci: si on donne un anneau en guise d'arrhes et que l'anneau n'est pas rendu après que la vente a été exécutée, le prix payé et la chose transmise, quelle action dois-je intenter, est-ce une *condictio*, comme si on avait donné en vertu d'une cause et que la cause avait pris fin, ou doit-on alors intenter une action *ex empto*? Et IULIANUS dirait qu'une action *ex empto* est possible: il sera même certainement possible de faire une *condictio*, parce que l'anneau est déjà chez le vendeur sans cause).

En l'espèce, la dation de l'anneau est faite *quasi ob causam* par l'acheteur contre du vin. Cela signifie que la *causa* se réfère à la dation du vin par le vendeur. La cause de la dation de l'anneau est la dation du vin.

Cependant, l'anneau n'est pas la prestation attendue par le vendeur, mais une garantie de l'exécution des prestations et en particulier celle de la contre-prestation. L'anneau, en tant que garantie, peut être retenu par le vendeur seulement jusqu'au paiement du prix réel. Cette situation, qui n'est que provisoire, explique l'utilisation du terme *quasi*. De cette manière, l'anneau est donné en vertu d'une *causa*, soit l'exécution des prestations. La dation de l'anneau est justifiée par la perspective d'exécution du contrat, consistant à donner le vin à l'acheteur contre le paiement d'un prix. Une fois le vin transféré et le paiement exécuté en retour, l'anneau donné en guise d'arrhes n'a plus à se trouver dans le patrimoine du vendeur, ce qui explique pourquoi la dation est *quasi ob causam* et devient *sine causa*. L'exécution des prestations rend injustifiée la présence de l'anneau dans le patrimoine du vendeur.

En dépit de cette situation particulière traitée dans ce fragment, le terme *causa*, dans la locution *quasi ob causam*, renvoie à l'exécution des prestations, qui fondent et justifient la dation de l'anneau par l'acheteur.

3.1.3. Textes contenant *sine causa* ou *non iusta causa*

Les fragments traitant de dations *sine causa* expriment cette idée d'absence de fondement. C'est le cas de la promesse faite sur la base d'une prestation⁶⁹⁰, de la promesse faite en l'absence de fondement⁶⁹¹, de ce qui a été donné en vertu d'un fondement injuste (*ex causa iniusta*⁶⁹² : la notion de fondement se déduit de la préposition *ex* marquant l'origine⁶⁹³).

Deux autres textes plus développés méritent une certaine attention en raison de la particularité de leur cas d'espèce et de leur solution juridique, il s'agit d'ULPIANUS, D. 12.7.2 et de IULIANUS, D. 12.7.3.

⁶⁹⁰ ULPIANUS, D. 12.7.1.1 : « *Sed et si ob causam promisit, causa tamen secuta non est, dicendum est conditionem locum habere* ». (Mais même si on a promis en vertu d'une cause et que la l'exécution n'a pas suivi, il faut dire que la *condictio* n'a pas lieu).

⁶⁹¹ ULPIANUS, D. 12.7.1.2 : « *Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi quae finita est vel secuta non est, dicendum est conditioni locum fore* » (Que la promesse ait été faite dès le départ sans cause ou qu'il y ait eu une cause à la promesse qui a pris fin ou qui n'a pas été exécutée, il faut dire qu'il y aura lieu de faire une *condictio*).

⁶⁹² ULPIANUS, D. 12.7.1.3 : « *Constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit vel redit ad non iustam causam* » (Il est précisément établi qu'on peut redemander à quelqu'un ce qui ne lui revient pas sur la base d'une juste cause ou ce qui [lui] revient en vertu d'une cause injuste).

⁶⁹³ « *Ex* », in: OLD (1968) p. 629, « (*indicating cause*) as a result of, in consequence of ».

Le premier fragment⁶⁹⁴ explicite le cas du remboursement du prix d'une chose louée au *locator* pour une raison particulière: la chose avait été perdue par le *conductor* qui a payé au *locator* une somme d'argent équivalent au prix de la chose. Mais la chose ayant par la suite été retrouvée par le maître, le *locator*, ULPIANUS considère que le *conductor* peut redemander l'argent. En effet, c'est comme si ce paiement n'avait pas eu de fondement (*quasi sine causa*), parce que le *conductor* a payé l'équivalent en argent de la valeur de l'objet, alors que la chose a été retrouvée. Avant la redécouverte de l'objet, la *causa* du paiement était la perte de l'objet du contrat. Or, la chose auparavant perdue a finalement été retrouvée. ULPIANUS fait usage du *quasi* pour mettre en évidence l'existence de la *causa* du paiement à un moment antérieur, mais qui n'existe désormais plus (*sine causa*). Ainsi, *quasi* est utilisé ici comme un moyen d'extension de l'application d'un principe à un cas limite pour lequel le régime juridique d'une *datio sine causa* ne paraissait *a priori* pas applicable. En effet, cette hypothèse abordée par ULPIANUS a certes la particularité de se référer à une justification (la *causa* du paiement), mais ne renvoie pas, par l'expression *sine causa datum*, à l'exécution d'une contre-prestation, l'exemple standard des cas de *causa datum*. A cet égard, ce fragment diffère de la plupart des cas examinés dans cette étude, en ce qu'il ne vise pas une contre-prestation matérielle.

Le second texte⁶⁹⁵ traite du cas de celui qui s'oblige sans fondement (*sine causa*), c'est-à-dire qui pense s'obliger en effectuant une prestation, alors qu'il n'y avait pas

⁶⁹⁴ ULPIANUS, D. 12.7.2: «*Si fullo vestimenta lavanda conduxerit, deinde amissis eis domino pretium ex locato conventus praestiterit posteaque dominus invenerit vestimenta, qua actione debeat consequi pretium quod dedit? Et ait Cassius eum non solum ex conducto agere, verum condicere domino posse: ego puto ex conducto omnimodo eum habere actionem: an autem et condicere possit, quaesitum est, quia non indebitum dedit: nisi forte quasi sine causa datum sic putamus condici posse: etenim vestimentis inventis quasi sine causa datum videtur*» (Si un foulon est engagé pour laver des vêtements, que, comme ceux-là ont été perdus, la convention a remboursé le montant au maître en vertu du contrat de louage et qu'ensuite le maître a retrouvé les vêtements, par quelle action devrait-il récupérer le montant qu'il a donné? CASSIUS dit que, non seulement il peut l'attaquer en vertu du contrat de louage, mais qu'il peut aussi intenter une *condictio* au maître: moi, je pense donc qu'il fait de toute façon une action sur la base du contrat de louage: mais la question se pose de savoir si on peut aussi faire une *condictio* parce qu'il n'a pas donné une chose qui n'était pas due: sauf si nous considérons que ce qui a été donné par hasard, comme sans raison, puisse ainsi faire l'objet d'une *condictio*: en effet, une fois que les vêtements ont été retrouvés, il semble qu'on ait donné sans raison).

⁶⁹⁵ IULIANUS, D. 12.7.3: «*Qui sine causa obligantur, incerti conditione consequi possunt ut liberentur: nec refert, omnem quis obligationem sine causa suscipiat an maiorem quam suscipere eum oportuerit, nisi quod alias conditione id agitur, ut omni obligatione liberetur, alias ut exoneretur: veluti qui decem promisit, nam si quidem nullam causam promittendi habuit, incerti conditione consequitur, ut tota stipulatio accepto fiat, at si, cum quinque promittere deberet, decem promisit, incerti consequitur, ut quinque liberetur*» (Ceux qui se sont obligés sans cause, peuvent intenter une *condictio incerti* pour se libérer: il n'importe pas de savoir qui entreprendrait une obligation sans cause ou [une obligation] plus grande qu'il ne serait opportun d'entreprendre, si ce n'est qu'il intente une *condictio* tantôt pour être libéré de l'obliga-

de contre-prestation convenue (*i.e.* pas d'obligation contractuelle, donc pas de contrat) ou que la prestation faite va au-delà de ce qui était convenu. Dans ces cas, la partie qui s'oblige sans fondement peut demander l'application de la *condictio* pour être libérée de l'engagement. Ce texte de IULIANUS ne permet toutefois pas de comprendre si l'absence de fondement était subséquente ou initiale.

Un fragment d'ULPIANUS, sans savoir si IULIANUS avait la même conception, répond à cette question en précisant que l'obligation *sine causa* n'avait pas de fondement dès son origine (*ab initio sine causa promissum est*⁶⁹⁶). Cette constatation pourrait suggérer que le contrat est nul dès son origine, mais tout dépend de ce qu'on entend par *causa* dans ce contexte. Cette question est sujette à interprétation : le terme *causa* désigne-t-il le contrat lui-même ou la contre-prestation⁶⁹⁷ hypothétique ? Si *causa* se référait au contrat, on pourrait imaginer que cette utilisation du terme résulterait d'un phénomène de contraction d'idées logiques et successives (une sorte de télescopage d'idées ou métonymie). De cette manière, les juristes romains pourraient avoir employé le même terme d'abord pour désigner les motifs individuels qui conduisent au contrat et ensuite, par extension, le contrat lui-même et les obligations qui en découlent⁶⁹⁸. De la sorte, cette définition pourrait permettre de comprendre les conséquences de cette absence de fondement sur le contrat lui-même. En d'autres termes, identifier la *causa* avec le contrat permettrait de caractériser la *sine causa ab initio* comme un cas de nullité du contrat dès l'origine et non de l'annulabilité du contrat. Mais cette proposition demeure au stade d'hypothèse au regard des fragments. Il en résulte que la question du sens exact de la *sine causa* reste non résolu.

Il n'est cependant pas primordial pour nous de définir précisément ce qu'il est entendu par *sine causa*, tant qu'il est possible de revenir à l'essence même du terme *causa*. L'essentiel pour notre étude est en effet d'observer que *sine causa*, comme *ob causam*, même si l'on doute sur leur correspondance, renvoie à la notion de fondement pour IULIANUS et ULPIANUS.

tion de son entier, tantôt pour en être déchargé d'une partie : par exemple, celui qui a promis dix, s'il n'a eu aucune raison de promettre, il obtiendra ainsi, par une *condictio incerti*, que la stipulation toute entière soit touchée, si, en revanche, il a promis dix, alors qu'il devait promettre cinq, il pourrait obtenir par une *condictio incerti* d'être libéré des cinq.

⁶⁹⁶ ULPIANUS, D. 12.7.1.2.

⁶⁹⁷ PFLÜGER (1937) p. 114 considère que *sine causa* signifie « sans contre-valeur », qui serait une idée abrégée de « *das ohne den vorher zu empfangen gewesenen Gegenwert empfangen zu haben Gegebenen* » (ce qui est donné sans avoir reçu l'équivalent de la contre-valeur reçue par le passé). L'auteur pp. 115 ss soutient la thèse que *sine causa* serait le fruit d'une insertion post-classique.

⁶⁹⁸ Un phénomène similaire s'observe dans de nombreux textes où l'on considère que le terme *causa* comme ambivalent : il pourrait signifier autant le motif que le contrat lui-même, voire même désigner par extension les obligations afférentes à un type de contrat : D. 44.7.55 ; D. 41.1.36 ; D. 12.1.18 pr. ; ULPIANUS, Reg. 19.7 *in fine* ; GAIUS, Inst. 2.20. Dans ces textes, la *causa* est à la fois la cause du transfert de propriété, mais aussi la cause du contrat, et par là également la cause des obligations.

3.1.4. Texte contenant *ex falsa causa*

ULPIANUS, D. 12.6.23 pr. *ab initio*⁶⁹⁹ mentionne l'attribution d'un droit de répétition lors d'un paiement fait *ex falsa causa*, parce que le prestataire pensait se libérer d'une dette transigée par le *de cuius* ou son *procurator*. La locution *ex falsa causa* se réfère à cette dette contractée: celui qui effectue le paiement pense faussement se baser sur l'existence d'une contre-prestation incombant à l'autre partie. Cette contre-prestation constitue la raison, le fondement, qui justifie son propre acte. L'exécutant s'est d'ailleurs fondé sur une contre-prestation fictive d'un tiers (*de cuius* ou son *procurator*), d'où l'emploi de l'adjectif *falsa* attribué à *causa*, dont le fondement n'est pas réel.

3.2. Synthèse

Il apparaît que la locution *ob causam*, *i.e.* «en vertu d'une cause» ou «pour une raison», revêt un sens similaire à une des facettes de la *causa contractus*. Les expressions particulières comme *quasi ob causam*, *sine causa* et *falsa causa* renvoient toutes également à une idée de fondement justificateur.

Le terme *causa* dans sa configuration *ob causam* ou *ex causa* dans le contexte spécifique des *condictiones* semble toutefois prendre un sens plus restreint que la *causa* décrite par ULPIANUS, D. 2.14.7.2 dans le contexte de la naissance et de l'actionnabilité des contrats. Cette dernière prend certes le sens de fondement, mais aussi de but. La formulation *ob causam* comporte une certaine similitude avec la facette étiologique de la *causa* ulpienne de D. 2.14.7.2: elle matérialise concrètement le fondement du contrat dans l'objet qu'est la contre-prestation. Dans le contexte des *condictiones*, nous avons vu qu'*ob causam* revêtait une fonction étiologique et justificatrice: il faudrait donc se limiter au sens strict de fondement et ne pas lui appliquer la notion de but.

4. Irrégularité ou ambivalence fonctionnelle dans certains textes?

Certains textes présentent une fonction ambivalente des termes *causa* et *res* et restent parfois même confus après toute tentative d'explication. Ces usages ambivalents tendent à faire douter de la régularité des deux fonctions qu'on s'est attaché à observer jusqu'ici⁷⁰⁰.

⁶⁹⁹ ULPIANUS, D. 12.6.23 pr. *ab initio*: «*Eleganter Pomponius quaerit, si quis suspicetur transactionem factam vel ab eo cui heres est vel ab eo cui procurator est et quasi ex transactione dederit, quae facta non est, an locus sit repetitioni. et ait repeti posse: ex falsa enim causa datum est*» (POMPONIOUS pose élégamment la question de savoir s'il y a lieu de répéter, si quelqu'un pense que la transaction a été faite par celui dont il est l'héritier ou par celui dont il est le procurateur et qu'il a donné comme sur la base d'une transaction, qui n'a pas été faite. Et il dit qu'il est possible de répéter: car il a été donné en vertu d'une fausse cause).

⁷⁰⁰ Cf. *supra* pp. 144-157.

Cependant, quelques textes, malgré leur apparente confusion dans l'utilisation des expressions, revêtent d'une part, une certaine cohérence dans leur emploi et, d'autre part, une fonction claire de fondement⁷⁰¹.

Une confusion est instaurée par des textes plaçant la *causa* dans un contexte renvoyant à la notion de but, fonction qu'on avait jusqu'ici attribuée à *res*. D'autres utilisent des formules identiques contenant *res* ou *causa*, ce qui pose la question de leur synonymie.

En particulier, les expressions *ob hanc causam*⁷⁰² et *ob causam accipere*⁷⁰³, malgré leur apparente confusion parce qu'elles renvoient à une prestation exprimée sous forme de but, désignent en réalité un fondement. En effet, bien qu'elles se réfèrent en l'occurrence à la contre-prestation attendue sous forme finale par l'emploi de la conjonction *ut*, l'emploi de *causa* comme fondement désignant la contre-prestation reste bien légitime. Les textes dans lesquels ces expressions se trouvent seront analysés en détail ultérieurement⁷⁰⁴.

Le fragment d'ULPIANUS, D. 19.5.15 *ab initio*⁷⁰⁵ revêt une singularité notable : au lieu d'user du verbe *dare* de la formule type *ob causam datur*, ULPIANUS emploie *accipere* (recevoir). Ce changement de perspective n'a pas d'équivalent dans les textes sur les *condictiones*, si ce n'est les *condictiones ob turpem*, où le fait de recevoir pour

⁷⁰¹ ULPIANUS, D. 12.4.5 pr. *ab initio*; ULPIANUS, D. 12.5.2; ULPIANUS, D. 19.5.15 *ab initio*; PAPINIANUS, D. 19.5.9 *ab initio*; AFRICANUS, D. 12.7.4; PAULUS, D. 12.6.65.3; ULPIANUS, D. 12.4.3.7 (ces trois derniers textes seront analysés plus en détail *infra* pp. 246 ss, pp. 235 ss et p. 170 ss).

⁷⁰² ULPIANUS, D. 12.4.5 pr. *ab initio*: «*Si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas, deinde parato tibi ad proficiscendum condicio temporis vel valetudinis impedimento fuerit, quo minus proficisceris, an condici possit, videndum: et cum per te non steterit, potest dici repetitionem cessare: sed cum liceat paenitere ei qui dedit, procul dubio repetetur id quod datum est, nisi forte tua intersit non accepisse te ob hanc causam pecuniam*» (Si tu as reçu de l'argent pour aller à Capoue, et qu'ensuite, lorsque tu étais prêt à partir, le temps ou ta santé ne te l'a pas permis, examinons s'il [celui qui t'a donné] peut répéter [la somme que tu as reçue]. On pourrait dire que la répétition ne s'applique pas, puisque ça ne dépendait pas de toi [que le voyage n'ait pas eu lieu]. Mais, comme il est permis à celui qui a donné de se rétracter, il n'y a pas de doute qu'il répètera ce qu'il a donné, à moins que par hasard il soit dans ton intérêt de ne pas avoir reçu la somme d'argent en vertu de cette cause).

⁷⁰³ D. 19.5.15 *ab initio*.

⁷⁰⁴ Cf. *infra* pp. 201 ss.

⁷⁰⁵ ULPIANUS, D. 19.5.15 *ab initio*: «*Solent, qui noverunt servos fugitivos alicubi celari, indicare eos dominis ubi celentur: quae res non facit eos fures. Solent etiam mercedem huius rei accipere et sic indicare, nec videtur illicitum esse hoc quod datur. Quare qui accepit, quia ob causam accepit nec improbam causam, non timet conditionem*» (Ceux qui connaissent le lieu où les esclaves fugitifs se cachent ont coutume de révéler à leur maître où ceux-ci se trouvent: ceci ne fait pas d'eux (*i.e.* les délateurs) des voleurs. Ils sont même dans l'usage à recevoir une récompense pour ceci (*i.e.* l'information), et ainsi d'en révéler la cachette, et ce qui est donné n'apparaît pas comme illicite. C'est pourquoi, celui qui a reçu, parce qu'il a reçu en vertu d'une cause et qui n'est d'ailleurs pas malhonnête, ne craint pas la *condictio*).

un motif déshonnête peut mener à un droit de répétition pour le *dans*. On le retrouve toutefois dans un autre contexte, celui de la création du contrat (*causam dandi atque accipiendi*⁷⁰⁶). Ce renversement de perspective – passer de «donner en vertu d’une cause» à «recevoir en vertu d’une cause» – sera examiné en détail dans une partie ultérieure⁷⁰⁷. Nous verrons que ce renversement ne constitue finalement pas une exception aux fonctions déjà observées.

En outre, certains textes laissent entendre que *res* et *causa* pourraient être synonymes, en raison de leur mention avec l’expression identique *propter quam*⁷⁰⁸.

Certes, si une conciliation de sens est possible non sans difficulté pour ces textes, elle demeure plus ardue à établir pour d’autres, où la consistance des emplois de *res* et *causa* a tendance à s’étioler. Ce dernier constat se produit lors du mélange de certaines notions et d’une systématique peu claire⁷⁰⁹. Dans ces cas confus, attribuer une fonction régulière à *res* et *causa* est ardu; ils restent à ce stade énigmatiques. Un chapitre spécifique leur sera consacré pour comprendre la nature de la confusion, si elle est bien réelle, et comment on doit l’interpréter⁷¹⁰.

5. Synthèse intermédiaire

En procédant à une analyse fonctionnelle dans le contexte des *condictiones*, nous sommes parvenu à dégager une certaine tendance dans l’utilisation respective des termes *causa* et *res*. Nous avons vu qu’*ob rem* désigne le but poursuivi par chacune des parties, alors qu’*ob causam* se réfère à une raison qui justifie l’acte exécuté ou encore à exécuter. Par conséquent, il paraît légitime de traduire *ob rem* par «pour un but» et *ob causam* par «pour une raison» ou «en vertu d’une cause».

Il est intéressant d’observer que ces deux aspects correspondent aux deux facettes de la *causa* ulpienne de D. 2.14.7.2, qu’on pourrait qualifier de *causa* «au sens large»⁷¹¹.

Bien que nous soyons parvenu à ces résultats par une méthode fonctionnelle, certains textes restent obscurs à ce stade de l’analyse: ils demeurent en apparence inconsistants dans l’emploi des deux termes⁷¹². Ces textes suggèrent une synonymie des termes,

⁷⁰⁶ IULIANUS, D. 41.1.36 *in fine*.

⁷⁰⁷ Cf. *infra* pp. 206 ss.

⁷⁰⁸ PAULUS, D. 12.6.65.3 (*causa, propter quam dedi*); AFRICANUS, D. 12.7.4 (*causa, propter quam datum sit*); PAULUS, D. 12.5.1.1 (*res, propter quam datum est*); PAULUS, D. 12.5.9 pr. (*propter rem datum sit*). Le lien entre cette locution et l’expression *causal/res (non) secuta* sera examiné en détail ultérieurement (cf. *infra* pp. 246 ss).

⁷⁰⁹ PAULUS, D. 12.5.1 pr.; ULPIANUS, D. 12.5.2; PAULUS, D. 12.5.3; ULPIANUS, D. 12.5.4.

⁷¹⁰ Cf. *infra* pp. 248 ss.

⁷¹¹ Cf. *supra* p. 81.

⁷¹² D. 12.4.5 pr.; D. 12.6.65.3; D. 12.5.1 pr./2/3/4; D. 19.5.15; D. 19.5.9 *ab initio*; D. 39.5.2.7; D. 12.7.4; D. 12.5.1.1; D. 12.5.9 pr.

alors que d'autres semblent attester d'une distinction stricte⁷¹³. Cette constatation doit-elle renverser les tendances fonctionnelles qu'on a observées jusque-là ? Doit-on comprendre que *res* et *causa* sont parfois synonymes ? Pour répondre à ces questions, nous mettrons, par la suite, la solidité de ces tendances à l'épreuve des textes les plus ambivalents. Nous verrons que, si ces deux fonctions, étimologique pour *causa* et téléologique pour *res*, se confirment dans des cas limites, tel n'est pas le cas pour d'autres, pour lesquels l'ambivalence fonctionnelle demeure.

Dans cette perspective, les pages suivantes sont consacrées à l'étude de l'articulation d'*ob causam* et d'*ob rem*, afin de confirmer si notre thèse est soutenue par les textes, même les plus ambivalents.

C. *Res* et *causa* : distinction relative ou absolue ?

A ce stade de l'analyse, le critère de la fonction reste encore à une phase purement casuistique. Il faut encore le mettre à l'épreuve en comparaison avec d'autres critères et vérifier s'il est le plus approprié. Sur la base de l'échantillon fonctionnel déjà observé, il sera question de tirer des éléments conceptuels de ce critère, pour ensuite vérifier si ce modèle est apte à rendre cohérents les cas les plus ambigus.

Il restera à voir si nos définitions fonctionnelles (*ob rem* comme «pour un but»; *ob causam* comme «pour une raison» ou «en vertu d'une cause») revêtent une délimitation stricte⁷¹⁴ et, si l'on devait admettre une confusion occasionnelle, quel serait le sens de cette dernière. Comme nous l'avons vu jusqu'à présent, plusieurs textes semblent troubler la pertinence d'un tel critère strict de distinction⁷¹⁵.

Si des fragments opposent les *dationes ob rem* et *dationes ob causam*, il faudra évaluer sur quelle base. Dans ce cadre, nous étudierons divers critères de distinction pour établir le modèle le plus adapté.

⁷¹³ D. 12.6.52; D. 12.5.1 pr.; D. 12.6.65 pr.; D. 39.5.19.5/6.

⁷¹⁴ Pour une distinction jugée très catégorique chez les juristes romains classiques, cf. SCHWARZ (1952) pp. 121 ss (cf. *supra* pp. 97 ss) et GUZMÁN BRITO (2001) p. 245. Ce dernier pp. 245 ss ne se base que sur D. 12.6.52, D. 12.5.1 pr. et D. 12.6.65 pr. pour soutenir cette affirmation et semble reléguer les fragments contradictoires ou ambigus au second plan, soit en écartant le sens de «motif» pour les textes incohérents, soit en maintenant leur ambiguïté. Pour une délimitation existante mais souple – avec synonymie occasionnelle, voir nos développements sur la théorie de PELLECCHI, *supra* pp. 123 ss et HARKE, *supra* pp. 133 ss. Pour une théorie préconisant une distinction souple, à mi-chemin entre celle de SCHWARZ et PELLECCHI, mais sans développement particulier de l'auteur, voir SACCOCCIO (2002) p. 224. Pour une approche synonymique de *res* et *causa*, voir en ce sens CHAUDET, *supra* pp. 121 ss.

⁷¹⁵ Cf. *supra* pp. 157 ss.

Trois auteurs romains semblent suggérer que les *dationes ob rem* et *dationes ob causam* seraient différents types de dations, qu'il faudrait distinguer⁷¹⁶. Les étudier permettrait de comprendre la nature de la distinction dans ces fragments précis et de déterminer l'approche la plus pertinente. Nous passerons en revue deux types de méthode analytique, l'approche par auteur et différents critères selon une approche transversale, indépendante des auteurs des textes analysés. Nous rechercherons ainsi le critère transversal le plus adapté, en testant divers modèles⁷¹⁷, comme le celui de la temporalité, de l'exécution effective, de la conséquence juridique et enfin celui de la fonction.

A cette occasion, un modèle conceptuel fonctionnel sera constitué sur la base casuistique déjà établie et qui a révélé des tendances fonctionnelles⁷¹⁸.

Ensuite, ce modèle sera mis à l'épreuve des textes les plus ambivalents pour tester les limites de la distinction basée sur celui-ci. Ainsi nous évaluerons le caractère absolu ou relatif de la distinction entre *res* et *causa* en examinant la manière dont ces deux notions interagissent. En cas de distinction relative, nous tâcherons d'établir si la relativité est forte ou faible. Dans cette perspective, nous verrons que de nombreux textes montrent qu'*ob rem* et *ob causam* ne sont pas substituables et sont bien distincts. Mais cette tendance est à nuancer, car ils sont conceptuellement coexistants et indissociables. Cette considération est valable également d'un point de vue concret. Nous verrons qu'*ob causam* renvoie par extension souvent au fondement concret qu'est la contre-prestation. Celle-ci peut se trouver soit dans le passé, soit de manière simultanée lorsqu'il y a échange immédiat des prestations et même parfois dans l'avenir par exemple s'il existe une condition. En effet, nous constaterons que la séquence chronologique à laquelle un des deux termes renvoie n'a pas d'impact sur leur sens. La temporalité ne semble pas un critère déterminant leur distinction, puisque chacune des notions se déploie dans des configurations temporelles passées, présentes et futures. Nous verrons ainsi qu'ils ne sont pas synonymes et qu'il n'existe pas entre eux d'ascendance chronologique qu'il faudrait ériger comme critère de distinction.

Nous procéderons en somme dans ce sous-chapitre à la réaffirmation du critère fonctionnel et à sa conceptualisation (C.1.2.3), à l'épreuve d'abord d'autres critères, puis des textes, qu'ils soient clairs ou ambivalents (C.2).

⁷¹⁶ LIEBS (1986) p. 173 observe qu'un usage différent des termes *res* et *causa* est fait chez certains auteurs romains, car POMPONIUS et PAULUS parlent de ces deux notions comme des termes distincts, alors qu'ULPIANUS les confond (en se basant sur ULPIANUS, D. 12.6.23.3; ULPIANUS, D. 12.7.1.1/2). PELLECCHI (1998) pp. 69 ss adopte lui aussi une telle approche.

⁷¹⁷ Le critère du type d'acte lui-même (gratuit ou onéreux) ou mélangé avec la chronologie a déjà été analysé en détail *supra* pp. 106 ss et pp. 131 s.

⁷¹⁸ Cf. *supra* pp. 144-157.

1. Distinction forte entre les *dationes ob rem* et *dationes ob causam*

1.1. Approche du sens chez chaque auteur romain : une méthode adaptée ?

1.1.1. La position de PAULUS : alternative sans critère distinctif particulier

Le juriste PAULUS, dans deux textes (D. 12.6.65 pr. et D. 12.5.1 pr.), établit une distinction entre les *dationes* faites *ob causam* et *ob rem*. Nous les analyserons pour étudier dans quelle mesure ces *dationes* sont distinctes.

PAULUS, D. 12.6.65 pr.

«*In summa, ut generaliter de repetitione tractemus, sciendum est dari aut ob transactionem aut ob causam aut propter condicionem aut ob rem aut indebitum: in quibus omnibus quaeritur de repetitione.*».

Dans l'essentiel, afin que, de manière générale, nous traitions de la répétition, il faut savoir qu'on donne soit pour une transaction, soit pour une transaction, soit en vertu d'une cause, soit pour remplir une condition, soit dans un but, soit sans que ce soit dû : dans tous ces cas, la question de la répétition se pose.

PAULUS présente différents types de *condictiones* pouvant être intentés sur la base de problématiques diverses selon le cas d'espèce. Une des questions qui se pose est celle de savoir si l'usage du *aut* est une alternative exclusive ou inclusive⁷¹⁹ : l'usage de l'un de ces termes signifie-t-il que les autres sont exclus de la relation juridique ? Les notions de *transactio*, *ob causam*, *conditio*, *ob rem* ou *indebitum* peuvent-elles être concomitantes dans une situation juridique ? Autrement dit, leur caractère alternatif équivaut-il à une distinction stricte ?

Selon nous, même si la *condictio* peut comporter un fondement différent (*ob transactionem*, *ob causam*, *ob rem*, *propter condicionem*, *indebitum*), cela ne signifie pas pour autant que ces diverses notions ne sont pas coexistantes au sein de la même relation juridique⁷²⁰. En effet, il est observable dans les textes que plusieurs de ces termes peuvent être présents de manière simultanée⁷²¹. C'est le cas notamment de la locution *propter condicionem*, dont les usages se présentent également dans des situations qualifiées d'*ob causam*⁷²² et d'*ob rem*⁷²³.

⁷¹⁹ Une alternative, dans le sens d'une interchangeabilité des termes, est en revanche soutenue par GEORGESCU (1940) p. 177.

⁷²⁰ A ce propos, STURM (1983) p. 643 semble estimer que ces termes sont exclusifs les uns des autres en se basant uniquement sur la distinction élaborée par PAULUS, D. 12.6.65. En revanche, PELLECCHI (1998) pp. 85 ss assimile la *condictio propter condicionem* à une sous-catégorie de *condictio ob rem*.

⁷²¹ D. 12.6.65.3 ; D. 39.5.2.7 ; D. 39.5.19.6 ; D. 12.6.23.3.

⁷²² D. 12.6.65.3 ; D. 39.5.2.7.

⁷²³ D. 39.5.19.6.

Un second fragment de PAULUS témoigne d'une distinction entre les *dationes ob causam* et les *dationes ob rem* en les posant en alternative :

PAULUS, D. 12.5.1 pr.

« *Omne quod datur aut ob rem datur aut ob causam, et ob rem aut turpem aut honestam: turpem autem, aut ut dantis sit turpitudine, non accipientis, aut ut accipientis duntaxat, non etiam dantis, aut utriusque* ».

Tout ce qu'on donne, l'est soit pour avoir une chose, soit en vertu d'une cause, et [quand on donne pour une chose.] la chose qu'on veut avoir est soit honnête soit déshonnête: elle est déshonnête, soit du fait de celui qui donne et non de celui qui reçoit, soit du fait de celui qui reçoit seulement et non de celui qui donne, soit du fait de tous les deux.

La formulation de *res* et *causa* avec *aut* se présente également dans ce passage de PAULUS. Mais son emploi n'est pas réservé à cet auteur, puisqu'elle se présente aussi chez POMPONIUS, D. 12.6.52, texte que nous analyserons ultérieurement⁷²⁴.

Sans qu'on puisse précisément définir si, dans ces textes, *aut* revêt une nature inclusive ou exclusive (*i.e.* si *ob rem* et *ob causam* peuvent être coexistants ou non), l'alternative reste toutefois utile pour comprendre qu'il existe une distinction. L'alternative présente une distinction des deux notions, sans plus d'explications sur leur interaction et la nature de cette divergence⁷²⁵.

Dans ce texte, la distinction entre *ob rem* et *ob causam* ne se base pas sur un critère chronologique et un rapport causal n'est pas non plus décelable.

D'une part, il n'y a aucune explication complémentaire à propos d'un éventuel critère de distinction basé sur la temporalité (*datio ob causam* serait-elle antérieure dans la relation juridique par rapport à une *datio ob rem*, ou l'inverse?). D'autre part, un critère fondé sur l'ordre d'apparition particulier d'une notion par rapport à l'autre, qui pourrait être issu d'une relation causale établie entre les termes, ne serait pas non plus admissible. Ceci résulte du fait que les deux notions, en l'absence d'indication précise, sont placées alternativement sur le même échelon. Nous démontrerons dans la suite de ce travail⁷²⁶ qu'une relation causale « interne » entre *res* et *causa* au sens strict reste possible, mais seulement si l'on attribue à la *causa* un sens de justification.

Par ailleurs, PAULUS traite dans deux autres textes des cas de *datio ob causam*, pour lesquels il est difficile de dégager un critère spécifique de distinction. En effet, chacun

⁷²⁴ Cf. *infra* pp. 165 ss.

⁷²⁵ Sur la question d'une différence marquée par PAULUS entre *causa* et *res*, cf. aussi GEORGESCU (1940) p. 177.

⁷²⁶ Cf. *infra* pp. 188 ss, et surtout p. 196.

des deux revêt une situation de fait très particulière. Dans le premier (D. 12.6.65.2)⁷²⁷, PAULUS arborde le cas d'une personne qui exécute une *datio ob causam* en pensant à tort répondre à une contre-prestation, dont la datation ne peut être répétée parce que celle-ci doit être considérée comme donation. Dans le second (D. 12.6.65.3 *ab initio*)⁷²⁸, le même auteur étudie la question d'une *datio propter condicionem* assimilée à une datation *ob causam* jugée répétée dans le cas où une partie effectue un paiement comme condition à l'exécution d'une disposition testamentaire. En particulier, on ne peut conclure à un critère fondé sur l'irrépétibilité contrairement à ce que soutient PELLECCHI (1998).

Pour comprendre ce qui définit une *datio ob causam* pour PAULUS, une comparaison schématique pourrait s'avérer utile. Divers éléments peuvent être pris en compte en vue d'une comparaison, comme le stade d'exécution avec sa nature fictive ou non, le type d'acte en question, la chronologie des actes, le type de «contrepartie», ainsi que la conséquence juridique attribuée.

Texte de Paulus	Stade d'exécution	Type d'acte	Chronologie	Objet de la «contrepartie»	Conséquence juridique
D. 12.6.65.2	Inexécution fictive	Gratuit; donation	Passé	Aider dans les affaires d'un autre	Pas de droit de répétition
D. 12.6.65.3 <i>ab initio</i>	Inexécution	Onéreux	Futur	Libéralité conditionnelle	Droit de répétition accordé

Tableau n° 1 : Evaluation de différents critères possibles chez PAULUS

⁷²⁷ PAULUS, D. 12.6.65.2: «*Id quoque, quod ob causam datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donari volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse*» (Ceci aussi lorsqu'on donne en considération d'une cause, par exemple, lorsque j'ai cru que mes affaires ont été aidées par l'intermédiaire de quelqu'un, bien que ce ne fut pas le cas, il n'y a pas lieu à la répétition parce que j'ai voulu faire un présent, quoique je fusse faussement persuadé).

⁷²⁸ PAULUS, D. 12.6.65.3 *ab initio*: «*Sed agere per condicionem propter condicionem legati vel hereditatis, sive non sit mihi legatum sive ademptum legatum, possum, ut repetam quod dedi, quoniam non contrahendi animo dederim, quia causa, propter quam dedi, non est secuta*» (Mais ce que j'ai donné en raison d'une condition [visant à me] léguer ou [m']instaurer héritier, s'il ne m'a pas été légué ou s'il m'a été légué [mais] retiré, je peux tenter une action pour répéter [ce que j'ai donné], puisque je n'ai pas donné par intention de contracter parce que la cause, en raison de laquelle j'ai donné, ne s'est pas produite).

La disparité des éléments, qui composent les deux situations concernées, montre que, pour PAULUS, l'utilisation du terme *causa* n'est pas réservée à une situation-type. Il est difficile de déterminer exactement ce qui caractériserait pour cet auteur une *datio ob causam* sur la base de ces deux textes, dont les cas d'espèce ne sont pas analogues. Cette comparaison ne permet donc pas de mettre en évidence une particularité qui serait caractéristique d'une *datio ob causam* par rapport à une *datio ob rem*.

En somme, l'alternative paulienne de D. 12.5.1 pr. et D. 12.6.65 pr. place *ob rem* et *ob causam* sur un même plan hiérarchique (car il n'y a pas de rapport causal flagrant) et sur la même séquence temporelle. *Res* et *causa* semblent être traités sur le même plan, si bien qu'un critère de distinction particulier ne ressort pas clairement des fragments de PAULUS.

1.1.2. La distinction chronologique de POMPONIUS : un critère généralisable et pertinent ?

1.1.2.1. Antériorité de la *causa* chez POMPONIUS, D. 12.6.52: modèle général et abstrait ?

L'opinion de POMPONIUS, D. 12.6.52 revêt un intérêt particulier parce qu'elle apporte plus de précisions quant à la définition à donner à *ob rem* et à *ob causam*. Les pages qui suivront analyseront ce texte et une critique de l'interprétation généralement admise par la doctrine.

POMPONIUS, D. 12.6.52

«Damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit: ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit».

Nous donnons ou en vertu d'une cause, ou en vue d'une chose: en vertu d'une cause passée, par exemple, lorsque je donne parce que j'ai reçu quelque chose de toi ou parce que tu as fait quelque chose, de sorte que, même si la cause est fautive, la répétition de cet argent n'a pas lieu: en vue d'une chose, pour que quelque chose se réalise, pour laquelle, si cette chose ne se produit pas, la répétition peut avoir lieu.

Ce texte pose une alternative, qui, à première vue, pourrait indiquer une distinction basée sur la temporalité des actes, interprétation soutenue par la doctrine majoritaire⁷²⁹. Comme nous l'avons vu précédemment⁷³⁰, ce critère temporel est d'ailleurs absent chez PAULUS⁷³¹. Ce dernier n'en fait pas mention et ne le développe pas dans

⁷²⁹ Cf. *supra* pp. 93 ss.

⁷³⁰ Cf. *supra* pp. 160 ss.

⁷³¹ Excepté dans le texte de PAULUS, D. 12.6.65.3 *in fine*, puisque le passage *si servus meus sub condicione heres institutus sit, et ego dederō* dispose que la condition d'instituer l'esclave

D. 12.6.65 pr. ni D. 12.5.1 pr., ou encore D. 12.6.65.⁷³² (dans ce dernier texte, bien que *causa* se réfère aussi à une circonstance se situant dans le passé, il n'est pas fait mention d'une distinction avec *res* basée sur un éventuel critère temporel).

POMPONIUS énonce expressément que des situations de *dationes ob causam* sont *praeteritas* (i.e. «passées») et que les *dationes ob rem* désignent une attente de prestation future, encore à réaliser («*ut aliquid sequatur*», i.e. «afin que quelque chose s'en suive»). En d'autres termes, ces éléments tendent à conforter l'idée d'une ascendance chronologique dans ce fragment⁷³³.

Le texte établit une relation temporelle d'une prestation par rapport à l'autre. La *causa* désigne un acte déjà survenu, soit la prestation déjà exécutée, qui fonde la prestation exécutée en second lieu ou encore à exécuter⁷³⁴. Quant à *res*, elle désigne un élément attendu qui doit encore se produire et dont on ne connaît pas forcément l'issue. Un rapport chronologique résulte ainsi du contexte dans lequel se trouve chaque terme. Concrètement, dans ce fragment pomponien, cela signifierait que la *causa* a une dimension «passée» et *res* une valeur «future», pour reprendre la terminologie de la doctrine dominante.

Le terme *praeteritam*, en tant que verbe marquant l'antériorité et participe parfait passif adjectivé⁷³⁵, suggère que la *causa* de la contre-prestation (la seconde prestation dans un ordre chronologique) est la prestation déjà réalisée (première prestation)⁷³⁶. Autrement dit, la *causa* renvoie concrètement à la première prestation déjà exécutée qui se trouve être le fondement de la seconde prestation. A noter que la concordance des temps marque aussi l'antériorité d'une prestation sur l'autre (*do quod consecutus sum/do quia factum est*).

comme héritier doit se réaliser avant la dation, la condition constitue ainsi le fondement de la contre-prestation. Par ailleurs, un fragment d'ULPIANUS, D. 12.6.23 pr. *ab initio* fait référence à la *causa* pour désigner clairement un acte qui s'est produit dans le passé. En l'espèce, il s'agit d'un cas où la transaction, sur laquelle se basait l'exécutant, a été prétendument faite avant la dation, du moins si l'on en croit la temporalité des verbes utilisés (*transactionem factam est... et quasi ex transactione dederit*).

⁷³² Observation également faite par PELLECCHI (1998) p. 139.

⁷³³ Selon PELLECCHI (1998) p. 138, dans ce fragment en particulier, le caractère non-répétibile semble se baser sur le critère temporel : la *datio*, dont le fondement serait un fait tourné vers le passé.

⁷³⁴ Cette idée émane également de D. 12.4.5 pr. *ab initio*.

⁷³⁵ OLD, «*praeteritus, a, um*», p. 1446; TLL, «*praetereo*», pp. 1014 s.

⁷³⁶ Dans le sens de *ob causam* comme réponse «à une prestation par moi reçue», cf. ACCARIAS (1873) p. 103. *Contra*: PERNICE (1892) p. 198 et n. 2; HONSELL (1974) p. 82; PELLECCHI (1998) p. 139; GUZMÁN BRITO (2001) p. 248. Selon HARKE (2003) p. 54, la *causa* peut viser dans ce fragment soit une prestation soit une action de celui qui reçoit (comme une dation rémunératoire).

La doctrine a parfois suggéré que le texte aurait été corrompu, à savoir que le terme *praeteritam* aurait subi une interpolation⁷³⁷. BESELER a proposé une reconstruction visant à éliminer *praeteritam*, car la *causa*, dans la phrase précédente est mentionnée seule, sans adjectif, et la phrase suivante a pour but de la définir⁷³⁸. Par conséquent, la phrase ne devrait répéter que le mot *causa* seul. L'auteur sous-entend aussi que la question d'une distinction chronologique aurait pris de l'importance seulement chez les Byzantins, qui utilisaient l'expression *causa praeterita* par opposition à la *causa futura*, correspondant au *dare ob rem* du droit classique⁷³⁹. Pour ces raisons, il considère que les emplois de *causa* avec connotation future sont des interpolations parce qu'inexistantes en droit classique et il précise qu'elles sont l'équivalent de *res* en droit classique⁷⁴⁰. Les interprètes du droit romain du début du 20^e siècle, comme BESELER, cherchaient ainsi à trouver une explication dogmatique, même avec des arguments factieux.

Or, à trop remanier les textes en raison de leur l'authenticité douteuse, on en perd la compréhension. Nous proposons d'adopter une approche différente qui permettrait une interprétation visant avant tout la cohérence des textes. Dans cette optique, si l'idée d'antériorité de la *causa* sur *res* dans ce fragment précis doit être reconnue, il faut encore voir si ce texte a une portée normative générale et abstraite. C'est-à-dire qu'il faut se demander si ce fragment pomponien a vraiment une portée générale, qui établirait une distinction chronologique de principe⁷⁴¹, ou s'il ne faudrait pas le voir comme un cas particulier. A notre avis, la portée de ce texte est à mi-chemin: elle part d'une formule très générale (*damus aut ob causam aut ob rem*) pour se restreindre à un type de cas, expliqué lui-même en termes génériques.

D'abord, il est à observer que la première partie du texte est une formule prenant l'allure d'un principe (*damus aut ob causam aut ob rem*⁷⁴²). La seconde partie du frag-

⁷³⁷ BESELER (1925) p. 438 et (1926) p. 272; SCHWARZ (1952) p. 122.

⁷³⁸ BESELER (1926) p. 272 ad D. 12.6.52: « *Ob causam praeteritam: Vorher steht nackt ob causam, und dies nackte ob causam muss, da es doch jetzt definiert werden soll, unverändert wiederholt werden* ».

⁷³⁹ BESELER (1925) p. 438 et (1926) p. 272 ad D. 12.6.52.

⁷⁴⁰ Il fait référence à l'expression *condictio ob causam non secutam*, cf. BESELER (1926) p. 272 ad D. 12.6.52: « *der Ausdruck condictio ob causam (futuram!) non secutam (statt condictio ob rem non secutam), auf den ob causam praeteritam antithetisch hindeutet, ist byzantinisch* ».

⁷⁴¹ A ce propos, HARKE (2003) p. 54 n. 17 a également fait une remarque similaire en considérant que les conséquences juridiques d'une *causa praeterita falsa* est approximative et n'est pas valide de manière absolue. Dans le même ordre d'idées, voir aussi ALBANESE (1982) p. 261 n. 85 et PELLECCHI (1998) p. 139 s n. 213. A noter que l'antériorité de la *causa* est présente dans d'autres fragments, mais il ne s'agit peut-être que de cas particuliers (cf. D. 12.6.65.3 *in fine*; D. 12.6.23 pr.; D. 12.6.65.2). L'antériorité, sans qualifier explicitement la *causa* comme telle, est présente dans D. 2.14.7.2 (*dedi ut aliquid facias*).

⁷⁴² La formule est présente également chez PAULUS, D. 12.5.1 pr. et D. 12.6.65 pr., que nous avons déjà analysée *supra* pp. 162 s.

ment ne fait qu'appliquer cette formule générale à deux situations particulières, mais exprimées en termes génériques. Les passages *ob causam praeteritam ... ob rem vero datur ... competit*, énoncés après la distinction générale initiale, constituent deux exemples génériques, illustrant celle-ci. La connotation illustrative et générique de ces passages trouve son fondement dans trois éléments. Le premier consiste en l'usage du mot *veluti* (i.e. «par exemple»), qui introduit la description d'une *datio ob causam*). Le deuxième apparaît sous la forme du pronom indéfini *aliquid* (i.e. «quelque chose»). Le troisième ressort de l'utilisation de verbes (*dare/facere*), vagues mais essentiels, de sorte qu'ils sont de nature à englober le plus de façons possibles de décrire l'obligation, son objet et son contenu.

Par ailleurs, bien que des termes génériques soient employés, le cas de la *praeterita causa* que certains aimeraient ériger en règle générale et absolue⁷⁴³, mentionne déjà une singularité : la *causa* doit être *falsa*⁷⁴⁴. Déjà à ce stade, la règle de POMPONIUS préconisée comme générale et abstraite ne peut fonctionner comme telle, puisque de nombreux cas de *datio ob causam* ne sont pas nécessairement concernés par une *falsa causa*⁷⁴⁵. Par conséquent, il est impossible de conclure à une règle générale et absolue de la *datio ob causam* comme *praeterita* (valeur temporelle passée)⁷⁴⁶, même si cela semble être le critère déterminant pour accorder un droit d'action dans ce cas précis pour POMPONIUS⁷⁴⁷.

1.1.2.2. La dimension future de la *causa*

Un autre argument mène à penser que le caractère «passé» de la *causa* dans ce texte pomponien constitue un cas particulier exprimé de façon générique, et non une règle générale en la matière. En effet, des textes ne lui accordent pas une valeur passée, mais future⁷⁴⁸.

⁷⁴³ Selon l'avis de la doctrine majoritaire, cf. *supra* pp. 93 ss.

⁷⁴⁴ A propos du caractère *falsa* de la *causa*, nous renvoyons au développement *supra* pp. 108 ss et surtout pp. 114 ss.

⁷⁴⁵ PAULUS, D. 12.5.1.2; ULPIANUS, D. 12.6.23.3; PAULUS, D. 12.6.65.3; ULPIANUS, D. 12.7.1.1/2; AFRICANUS, D. 12.7.4; ULPIANUS, D. 19.5.15; ULPIANUS, D. 19.1.11.6.

⁷⁴⁶ Dans le même sens, voir ALBANESE (1982) p. 261 n. 85; PELLECCHI (1998) p. 139 n. 213. Aussi, WINDSCHEID (1850) p. 48 estime que le caractère passé de la *causa* comme «*allgemeiner Ausspruch*» n'est pas juste car il ne s'applique pas à tous les cas. HARKE (2003) pp. 54 ss et p. 57 admet qu'il y a une distinction chronologique dans ce texte, mais qu'elle n'est pas généralisable.

⁷⁴⁷ SACCOCCIO (2002) p. 224 admet l'aspect passé de la *datio ob causam* chez POMPONIUS, D. 12.6.52, mais pas comme unique facteur distinctif. Quant à PELLECCHI (1998) p. 143, il estime exceptionnellement que POMPONIUS, D. 12.6.52 fait dépendre le droit de répéter sur la base du critère temporel.

⁷⁴⁸ Observation également faite par SCHWARZ (1952) p. 122 et suivie par GUZMÁN BRITO (2001) p. 247. HARKE (2003) p. 58, après avoir assuré qu'il existait une distinction chronologique entre les deux termes, nuance sa position en admettant que *causa* puisse avoir un aspect futur dans D. 12.6.65.3. Cependant, HARKE (2003) p. 58 tente d'expliquer cette particularité

Cette idée de *causa* qui peut revêtir une valeur future est d'ailleurs présente dans un texte de POMPONIUS lui-même.

POMPONIUS, D. 12.4.15 *ab initio*

«*Cum servus tuus in suspicionem furti Attio venisset, dedisti eum in quaestionem sub ea causa, ut, si id repertum in eo non esset, redderetur tibi: is eum tradidit praefecto vigilum quasi in facinore deprehensum: praefectus vigilum eum summo supplicio adfecit*».

Comme ton esclave était soupçonné de vol par Attius, tu l'as soumis à la question sur la base que, si on ne le trouvait pas coupable, il te serait rendu: il l'a livré au préfet des vigiles comme s'il avait été pris en flagrant délit de crime: le préfet des vigiles lui a infligé le plus grand des supplices.

Dans ce texte, la *sub causa*⁷⁴⁹ se réfère à une attente formulée de manière conditionnelle et pas encore effectuée, à savoir un accord portant sur l'interrogation de l'esclave (nommé Attius) à la condition de le restituer s'il n'est pas coupable. Dans ce cas d'espèce, le but poursuivi par le maître d'Attius équivaut à se faire rendre l'esclave. Pour le maître, le fait que son esclave lui soit rendu (son but) est le fondement de son propre acte de dation de l'esclave. Le texte revêt une double particularité: le but est exprimé de manière conditionnelle par l'emploi d'un *ut* hypothétique et introduit par le terme *causa*. En d'autres termes, la *causa* désigne une activité exprimée de manière prévisionnelle (rendre l'esclave s'il n'est pas coupable) qui se trouve également être le but visé par la dation d'Attius. Plus précisément, la *causa*, juxtaposée au *ut* introduisant une condition qui constitue un but, instaure une ambiguïté parce que cette dernière attribuée à la *causa* une notion future et sous-entend que le but correspondrait au fondement de la contre-prestation (*i.e.* rendre l'esclave)⁷⁵⁰. Ainsi, la *causa* constitue le fondement de l'acte de donner l'esclave. La *causa* renvoie à une prestation qui se trouve

par la voie de la synonymie entre *res* et *causa*. BETTI (1962) pp. 114 s voit dans le mot *causa* de D. 12.6.65.3 un aspect prospectif et tourné vers le futur, mais non rétrospectif. A propos de POMPONIUS, D. 12.6.52 et PAULUS, D. 12.5.1, DONATUTI (1951) p. 52 estime que la distinction se base en principe sur la temporalité, mais il en arrive à confondre *res* et *causa* en affirmant que cette dernière signifie aussi le but («*scopo*»), notion qu'il avait en premier lieu attribuée à *res*. Pour DONATUTI (1951) p. 52 *causa* signifierait le fait déjà survenu et supposé comme motif de donner, ainsi que le but immédiat. Il en résulte que l'auteur finit par attribuer une valeur autant passée que future à *causa* sur la base de textes, qui, selon nous, soit ne mentionne pas la séquence temporelle concernée (D. 12.5.1 pr.), soit distingue clairement la *causa* comme se situant dans le passé et *res* dans le futur (cf. D. 12.6.52). WINDSCHEID (1850) pp. 48 s estime quant à lui que la *causa* peut avoir un aspect futur, mais dans un ouvrage ultérieur (WINDSCHEID vol. 2 (1906) p. 883 n. 11) que, lorsque *causa* revêt un aspect futur, elle désigne en réalité *res*.

⁷⁴⁹ SCHWARZ (1952) p. 124 estime cependant que *causa* signifie dans ce texte «*Voraussetzung*».

⁷⁵⁰ Pour GLÜCK (1905) pp. 540 s, *res* et *causa* sont souvent synonymes dans les textes parce que cette dernière peut viser autant le but que l'objet du contrat.

dans l'avenir, ce qui rend ambiguë la délimitation de la *causa* avec la notion de but. En somme, d'une part, la *sub causa* se réfère à un acte pas encore effectué et représente une attente. D'autre part, cet acte de rendre l'esclave se trouve être le fondement de la contre-prestation (*i.e.* dation de l'esclave) exprimée sous forme de but.

Un autre texte énonce une dimension future, mais cette fois sous la forme d'une *spes* (espoir):

ULPIANUS, D. 12.4.3.7

«[...] *quamquam constet, ut et ipse ait, eum qui dedit ea spe, quod se ab eo qui accepit remunerari existimaret vel amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum*».

[Q]uoiqu'il soit un fait établi, comme il dit lui-même aussi, que celui qui a donné dans l'espoir qu'il pensera être rémunéré par celui qui aura reçu ou avoir été plus attaché à lui, ne peut répéter parce qu'il fut trompé dans son espérance.

Ce texte ulpien, même s'il ne mentionne pas expressément le terme *causa*, le fait apparaître en filigrane⁷⁵¹. Il est fait référence à la *causa* de manière allusive parce qu'elle fonde l'exécution de la prestation. L'attente constitue une *causa* parce qu'elle est le fondement d'agir pour l'exécutant. Ce fragment présente une certaine ambivalence et semble remettre en question le caractère absolu de la distinction entre *res* et *causa*. En effet, le protagoniste a donné sur la base d'une attente de contre-prestation ou dans l'attente de plus de confiance ou d'amitié. Ces attentes se situent dans le présent et se réfèrent à un acte futur. Autrement dit, la contre-prestation espérée n'a pas encore été exécutée, mais, dans l'esprit de l'exécutant, se trouve dans un avenir proche. L'attente, habituellement comprise comme un but, revêt toutefois également une valeur de fondement: la contre-prestation visée par l'attente constitue donc non seulement le but, mais aussi la cause d'agir. Cette double fonction (à la fois le but et le fondement de donner) observée dans ce texte anticipe la conceptualisation du critère fonctionnel, que nous élaborerons en détail ultérieurement⁷⁵². L'essentiel à ce stade est de comprendre que la *causa* peut également viser une circonstance qui se trouve dans l'avenir, mais avec une fonction de fondement justificateur.

Par ailleurs, une valeur future de la *causa* se manifeste dans un fragment associant la *causa* à une condition (*condicio*)⁷⁵³ dans le cadre d'une convention dont une des obli-

⁷⁵¹ Pour considérer dans ce texte que la *datio* est *ob causam* parce qu'elle renvoie à un motif sans valeur juridique, voir SCHWARZ (1952) p. 123 et PERNICE (1892) p. 198 et n. 2, qui, quant à lui la voit comme une donation. Pour voir la *spes* non comme un motif objectif, mais comme un motif subjectif, cf. CHAUDET (1973) p. 63.

⁷⁵² Cf. *infra* pp. 188-197 et surtout p. 194.

⁷⁵³ La condition a une nature différente selon si elle constitue une simple charge (*modus*) ou une prestation obligatoire. Dans le sens généralement admis pour une condition se trouvant dans un

gations est une libéralité conditionnelle (*i.e.* il s'agit d'une structure hybride, une sorte de *negotium mixtum cum donatione*)⁷⁵⁴. Nous verrons que la condition a une valeur de fondement sur laquelle se base une partie pour exécuter sa propre prestation. La relation triangulaire contrat-*causa*-condition intervient ici dans le contexte d'un contrat intégrant une disposition testamentaire.

PAULUS, D. 12.6.65.3 *ab initio*⁷⁵⁵

«*Sed agere per conditionem propter condicionem legati vel hereditatis, sive non sit mihi legatum sive ademptum legatum, possum, ut repetam quod dedi, quoniam non contrahendi animo dederim, quia causa, propter quam dedi, non est secuta*».

Mais ce que j'ai donné en raison d'une condition [visant à me] léguer ou [m']instaurer héritier, s'il ne m'a pas été légué ou s'il m'a été légué [mais] retiré, je peux intenter une action pour répéter [ce que j'ai donné], puisque je n'ai pas donné par intention de contracter parce que la cause, en raison de laquelle j'ai donné, ne s'est pas produite.

Le renvoi de la *causa* à la condition apparaît clairement dans la locution *causa propter quam dedi* se référant à la condition décrite plus haut dans le texte (*propter conditionem legati vel hereditatis, sive non sit mihi legatum sive ademptum legatum*). Ce passage décrit la condition comme le fondement de la prestation. La *causa*, renvoyant à la condition comme élément qui détermine la contre-prestation et la justifie si elle se produit, contient une valeur future. Cet aspect futur découle de l'incertitude de sa réalisation, sa survenance ne s'étant pas encore produite: on donne une chose, parce que l'autre fera quelque chose pour nous si la condition se réalise. Si certains ont refusé d'attribuer une valeur future à la *causa* dans ce texte⁷⁵⁶, nous considérons cependant

contexte contractuel, la condition («*Bedingung*») doit être comprise au sens d'un événement futur et incertain, duquel on ferait dépendre l'entrée en vigueur d'effets juridiques (cf. KASER (1971) p. 253). Cet auteur précise pourtant que certaines formulations conditionnelles ne sont pas de vraies conditions comme celles qui sont caractéristiques de la relation juridique, car ce type d'expression est superflu. WINDSCHEID (1850) p.48 considère que la *condicio* («*Voraussetzung*») porte sur la contre-prestation, cette dernière s'exprimant par *res*, et non sur *causa* qui, elle, désigne le motif («*Beweggrund*»).

KASER (1971) p. 259 différencie la condition («*Bedingung*») de la charge («*Auflage*»), cette dernière comportement déterminé exigé en échange d'une faveur qu'il rattache au contexte de la donation et de la dation testamentaire. A notre sens, la différence de contexte ne change rien au fait que la structure du rapport est très similaire à celle d'une convention (sur ce point, cf. nos développements *infra* pp. 221 ss).

⁷⁵⁴ Sur la définition de la condition et sa nature dans la relation juridique traitée par PAULUS, D. 12.6.65.3, cf. *infra* pp. 215 ss.

⁷⁵⁵ Pour une analyse détaillée du fragment, cf. *infra* pp. 215 ss.

⁷⁵⁶ PERNICE (1892) p. 242 n. 4 voit une trace d'interpolation: il concède que la *causa* ait une valeur future dans le texte de PAULUS, D. 12.6.65.3, mais il estime qu'elle est un substitut de *res*. Dans le même sens, mais sans qualifier ce phénomène d'interpolation, cf. PELLECCHI (1998) p. 98 et HARKE (2003) p. 57. Pour plus de détails sur les différentes théories avancées pour expliquer l'emploi du terme *causa* dans ce texte, cf. *infra* pp. 216 s.

qu'il ne faut pas y renoncer et qu'il faille plutôt chercher une interprétation conciliatoire, que nous détaillerons plus avant⁷⁵⁷.

Par ailleurs, le fragment d'ULPIANUS, D. 12.4.5 pr. *ab initio* est singulier parce qu'il renvoie le terme *causa* à une prestation non encore exécutée. En effet, le texte relie *causa* à une proposition assortie d'une valeur finale, dont l'acte représente un élément non encore exécuté, soit futur⁷⁵⁸.

Mentionnons aussi D. 19.1.11.6 *in fine*⁷⁵⁹, qui concerne le cas particulier de la dation d'un anneau en guise d'arrhes pour assurer l'exécution future des prestations d'un contrat de vente.

1.1.2.3. Les autres séquences temporelles de la *causa*

Pour revenir à des considérations d'ordre plus général sur la temporalité de la *causa*, celle-ci peut aussi viser des circonstances présentes et immédiates. Il existe des cas où il est fait référence à la *causa* et des cas où aucune chronologie des actions ne se dessine en raison de la formulation du texte générale et abstraite.

Des formulations contenant la *causa* explicitement ou implicitement expriment la simultanéité d'un acte par rapport à l'autre. La prestation et sa contre-prestation s'effectuant parfois avec immédiateté, il n'existe pas de rapport d'ascendance temporelle, mais simplement un rapport causal ; les deux actes, simultanés, étant à la fois la cause et le but l'un de l'autre, créent un parallélisme parfait, sans dimension chronologique.

Une relation d'échange immédiat est attestée en particulier dans le texte d'ULPIANUS, D. 19.5.15 *ab initio*⁷⁶⁰, où elle est décrite de manière générale sans indication

⁷⁵⁷ Cf. *infra* pp. 232 ss.

⁷⁵⁸ Pour le texte et sa traduction, cf. *infra* p. 202. Une analyse approfondie de ce texte sera conduite *infra* pp. 201 ss.

⁷⁵⁹ ULPIANUS, D. 19.1.11.6 *in fine* : « *si anulus datus sit arrae nomine et secuta emptione pretioque numerato et tradita re anulus non reddatur, qua actione agendum est, utrum condicatur, quasi ob causam datus sit et causa finita sit, an vero ex empto agendum sit. Et Iulianus diceret ex empto agi posse: certe etiam condici poterit, quia iam sine causa apud venditorem est anulus* » (Moi, je demande ceci : si on donne un anneau en guise d'arrhes et que l'anneau n'est pas rendu après que la vente a été exécutée, le prix payé et la chose transmise, quelle action dois-je intenter, est-ce une *condictio*, comme si on avait donné en vertu d'une cause et que la cause avait pris fin, ou doit-on alors intenter une action *ex empto*? Et IULIANUS dirait qu'une action *ex empto* est possible : il sera même certainement possible de faire une *condictio*, parce que l'anneau est déjà chez le vendeur sans cause).

⁷⁶⁰ ULPIANUS, D. 19.5.15 *ab initio* : « *Solent, qui noverunt servos fugitivos alicubi celari, indicare eos dominis ubi celentur: quae res non facit eos fures. Solent etiam mercedem huius rei accipere et sic indicare, nec videtur illicitum esse hoc quod datur. Quare qui accepit, quia ob causam accepit nec improbam causam, non timet condictionem* » (Ceux qui connaissent le lieu où les esclaves fugitifs se cachent ont coutume de révéler à leur maître où ceux-ci se trouvent : ceci ne fait pas d'eux (*i.e.* les délateurs) des voleurs. Ils sont même dans l'usage à recevoir une récompense pour ceci (*i.e.* l'information), et ainsi d'en révéler la cachette, et ce qui est donné

sur l'ordre de l'exécution des actions. En l'espèce, *ob causam accepit* fait référence à la dénonciation de la cachette des esclaves fugitifs en échange d'une récompense (*merces*) donnée par le *dominus*. La *causa* renvoie à la contre-prestation qui semble avoir été exécutée dans un rapport d'immédiateté avec la dation en argent.

D'autres formulations, plus implicites, font état de relations contractuelles d'échange immédiat dont la contre-prestation visée sert de *causa* au sens de fondement pour justifier l'exécution de la première prestation. L'échange de prestations, qu'il soit simultané ou simplement prévu de manière abstraite sans indication sur le stade d'exécution des prestations, contient une telle *causa*. Ce cas de figure prend la tournure suivante: *si indicasset adprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur*⁷⁶¹. Ce passage évoque l'immédiateté de l'échange des prestations parce qu'il n'est pas possible d'établir de hiérarchie chronologique des actes d'exécution. Dans ce genre de configuration, les prestations sont effectuées simultanément et il n'apparaît pas que le but ou le fondement soient en pratique dissociés.

Pour d'autres textes, moins explicites, où le terme *causa* est employé, aucune chronologie n'est décrite. Cependant, un rapport d'immédiateté pourrait être imaginé en raison de cette absence d'indication du déroulement des événements. C'est le cas de D. 12.6.23.3⁷⁶², où l'antériorité d'une prestation sur l'autre ne peut être aisément déduite des termes du texte par manque de précision à cet égard. Si l'on sait que les deux prestations ont été exécutées, on ignore encore dans quel ordre. De même, D. 39.5.19.5⁷⁶³ et D. 12.7.4⁷⁶⁴ n'indiquent pas le déroulement des actions. Enfin, D. 12.7.1.1⁷⁶⁵ ne mentionne pas d'antériorité puisque la prestation attendue ne s'est pas produite. Ainsi, parce qu'aucune des prestations n'est intervenue, on ne peut arguer non plus, dans ce dernier texte, que la *causa* vise une prestation se trouvant dans le passé. Pour tous ces textes, quelle que soit l'hypothèse envisagée, l'assurance certaine que la chronologie n'est pas déterminante demeure.

Au-delà de ces cas, il est à remarquer que peu de textes témoignent d'une distinction entre *res* et *causa* dans des cas de simultanéité des prestations. Cette absence de dis-

n'apparaît pas comme illicite. C'est pourquoi, celui qui a reçu, parce qu'il a reçu en vertu d'une cause et qui n'est d'ailleurs pas malhonnête, ne craint pas la *condictio*).

⁷⁶¹ ULPIANUS, D. 19.5.15 *in medio*.

⁷⁶² Pour le texte et sa traduction, cf. *supra* p. 150 n. 675.

⁷⁶³ ULPIANUS, D. 39.5.19.5: «*Sed et hae stipulationes, quae ob causam fiunt, non habent donationem*» (Et ces stipulations, qui se produisent en vertu d'une *causa*, ne sont pas des donations). Ce texte sera étudié plus en détail *infra* pp. 174 ss.

⁷⁶⁴ AFRICANUS, D. 12.7.4: «*Nihil refert, utrumne ab initio sine causa quid datum sit an causa, propter quam datum sit, secuta non sit*» (Il n'importe nullement de savoir ni ce qui a été donné sans cause dès le départ ni si la cause pour laquelle on a donné n'a pas été suivie).

⁷⁶⁵ ULPIANUS, D. 12.7.1.1: «*Sed et si ob causam promisit, causa tamen secuta non est, dicendum est condictioem locum habere*» (Mais même si on a promis en vertu d'une cause et que l'exécution n'a pas suivi, il faut dire que la *condictio* n'a pas lieu).

tion peut résulter d'un manque d'utilité pratique : l'exécution complète et en bonne et due forme des prestations ne posait pas de problème pratique. Cette constatation n'empêche pas que l'immédiateté de l'échange est une configuration possible.

1.1.2.4. Synthèse

En somme, l'antériorité chronologique attribuée à la *datio ob causam* dans POMPONIUS, D. 12.6.52⁷⁶⁶ ne peut constituer la règle. Nous avons vu qu'il existe des attestations d'autres séquences temporelles de la *causa*, future⁷⁶⁷ ou simultanée⁷⁶⁸, et que la valeur passée n'est pas mentionnée clairement ou retenue dans un certain nombre de textes⁷⁶⁹. Il ne paraît par conséquent pas justifié d'élaborer une définition générale de la *causa* sur la base d'un critère temporel qui n'est pas présent dans un si grand nombre de textes. Les auteurs romains semblent adopter une autre clé de délimitation de cette notion avec celle de *res*.

Aussi, au-delà du critère temporel, la situation particulière prenant une forme illustrative générique ainsi que la spécificité du cas d'une *falsa causa* ne nous permettent pas d'arriver à la conclusion que ce fragment ait une valeur générale et abstraite. POMPONIUS part d'une distinction générale entre *ob rem* et *ob causam*, qu'il éclaire par des cas expliqués en termes génériques. Pour toutes ces raisons, une distinction entre *res* et *causa* basée sur la chronologie n'est pas admissible, pas plus que l'approche par auteur, à ce stade.

1.1.3. La position d'ULPIANUS : la distinction comme indicateur d'asynonymie

En plus de toutes les observations allant à l'encontre d'une synonymie entre les dations *ob rem* et *ob causam*, deux textes d'ULPIANUS contribuent aussi à cette conclusion (D. 39.5.19.5 et D. 39.5.19.6).

La consécration de deux normes juridiques spécifiques à une stipulation *ob rem* d'une part et à une stipulation *ob causam* d'autre part, tend à montrer que les deux termes sont distincts, même si le contraire a parfois été soutenu⁷⁷⁰. D'autant plus qu'une synonymie est difficile à établir au vu du peu d'éléments suffisants dans ces textes.

⁷⁶⁶ La valeur passée de la *causa* est aussi observable dans d'autres textes : D. 12.6.65.2, D. 12.6.65.3 *in fine* et D. 12.6.23 pr. *ab initio*, à noter que dans ce dernier texte, la *causa* est fictive et que dans l'esprit de celui qui s'exécute, la contre-prestation est en train de se produire ou s'est déjà produite : on ignore si l'on s'agit d'un cas d'antériorité ou de simultanéité fictive.

⁷⁶⁷ D. 12.6.65.3 *ab initio* ; D. 12.4.3.7 ; D. 12.4.15 *ab initio*.

⁷⁶⁸ D. 19.5.15 *ab initio cum in medio* ; D. 39.5.19.6.

⁷⁶⁹ D. 12.5.1 ; D. 12.7.4 ; D. 12.7.1.1 ; D. 12.6.23.3 ; D. 39.5.19.5.

⁷⁷⁰ GUZMÁN BRITO (2001) pp. 250 s estime que ces deux textes sont la marque d'une interchangeabilité des termes : *causa* serait utilisée pour désigner *res* dans D. 39.5.19.5. De même qu'ARCHI (1960) p. 24, qui semble considérer *ob rem* et *ob causam* comme désignant la même chose, soit, selon lui, une contre-prestation. Dans le même ordre d'idées, voir aussi CHAUDET (1973) p. 116, qui pense que, parce qu'*ob rem* et *ob causam* sont opposés à la do-

ULPIANUS, D. 39.5.19.5

«*Sed et hae stipulationes, quae ob causam fiunt, non habent donationem*».

Et ces stipulations, qui se produisent en vertu d'une *causa*, ne sont pas des donations.

ULPIANUS, D. 39.5.19.6

«*Denique Pegasus putabat, si tibi centum spopondero hac condicione, si iurasses te nomen meum laturum, non esse donationem, quia ob rem facta est, res secuta est*».

Enfin, PEGASUS pensait que, si je t'avais promis cent à la condition que tu eusses juré que tu porterais mon nom, ce n'était pas une donation parce que la prestation a été faite dans un but et s'est réalisée.

Il est vrai que ces deux textes arrivent à une conclusion similaire, à savoir que la stipulation n'est pas une donation. En revanche, cette seule analogie ne permet pas, à notre sens, de déduire que *causa* dans D. 39.5.19.5 signifie *res*. Au contraire, les éléments du textes mènent à penser que *res* et *causa* ne sont pas synonymes.

Les deux textes restent divergents, autant sur la forme que sur le fond. ULPIANUS, D. 39.5.19.5 se présente de manière très contrastée par rapport au texte D. 39.5.19.6 quant à la manière d'exposer la situation juridique et le niveau de précision du cas traité.

Le texte d'ULPIANUS, D. 39.5.19.5, en particulier, est rédigé de façon générale et abstraite; il est alors difficile de déterminer le contenu ainsi que le champ d'application de la notion *ob causam*. De la même manière, on ignore si celle-ci se réfère concrètement à un acte à exécuter ou déjà exécuté. De surcroît, aucune indication n'est donnée concernant l'existence d'une éventuelle condition ou antériorité temporelle d'un acte sur l'autre.

Dans le fragment D. 39.5.19.6, ULPIANUS écrit de manière beaucoup plus précise et prend un cas concret auquel il appose un principe juridique. En effet, la particularité du cas réside dans la description précise du contenu de la stipulation et de la contre-stipulation: *tibi centum spopondero hac condicione, si iurasses te nomen meum laturum*. A noter que la contre-stipulation s'est produite parce qu'il est mentionné plus loin que la prestation a été exécutée (*quia ob rem facta est, res secuta est*). Elle a été réalisée, par ailleurs, en poursuivant un but (*ob rem*). Ce but, *ob rem*, se réfère à la réalisation d'une condition visant la promesse de porter le nom du premier stipulant (*si iurasses te nomen meum laturum*).

nation et qu'ils visent le même objet matériel (soit la contre-prestation), ils sont synonymes. Cette dernière opinion a fait l'objet d'une exposition et commentaire détaillés *supra* pp. 121 ss.

Cependant, si, à notre avis, ces deux textes attestent un sens différent entre *ob rem* et *ob causam*⁷⁷¹, le critère sur lequel se base la distinction reste flou. Ces deux fragments sont en particulier peu utiles pour confirmer la thèse de la distinction chronologique au regard de leur teneur.

Plus précisément, soit ils s'avèrent imprécis sur le déroulement des actions dans le temps (D. 39.5.19.5), soit ils marquent une simultanéité dans la survenance des prestations (D. 39.5.19.6: *ob rem facta est, res secuta est*), avec un aspect futur du but par le renvoi à la condition.

On pourrait, sur la base de cette différence, argumenter que l'existence d'une condition constituerait une spécificité de la *datio ob rem*. Néanmoins, un critère fondé sur le caractère futur de *res* en raison de la présence d'une condition par opposition à la *causa* qui n'en est pas munie dans ce contexte ne paraît pas soutenable. Cette hypothèse ne semble pas correspondre à celle des textes mentionnant aussi une condition lors d'une dation faite *ob causam*⁷⁷². La condition ne semble pas l'apanage d'une *datio ob rem*. Nous reviendrons dans des développements ultérieurs sur l'impact de la condition sur la distinction entre *ob rem* et *ob causam*⁷⁷³. Nous verrons alors qu'une explication possible à ce phénomène consiste en une distinction relative entre *res* et *causa*, en raison de leur coexistence et de leur proximité conceptuelle⁷⁷⁴.

En résumé, les deux textes, par un traitement spécifique respectif à *ob rem* et *ob causam*, montrent qu'ils visent des situations différentes, alors qu'ils arborent un contexte juridique similaire. Dans les deux cas, il est question de la stipulation, acte juridique à différencier de la donation⁷⁷⁵. Même si l'on observe des éléments de divergences, il n'est toutefois pas possible d'établir un critère clair de distinction entre *ob rem* et *ob causam*, qui serait propre à ULPIANUS.

1.1.4. Synthèse

En somme, si trois auteurs que sont POMPONIUS, PAULUS et ULPIANUS affirment une distinction entre *res* et *causa*, ils n'indiquent pourtant pas précisément sur quel critère elle se base, excepté le texte de POMPONIUS, D. 12.6.52 qui semble, lui, admettre un critère chronologique.

⁷⁷¹ Selon SCHWARZ (1952) p. 128, il faudrait comprendre qu'*ob causam* de D. 39.5.19.5 est un équivalent d'*ob rem* mentionné dans D. 39.5.19.6.

⁷⁷² D. 12.6.65.3; D. 39.5.2.7, où la *causa* est implicite.

⁷⁷³ Cf. *infra* pp. 214 ss.

⁷⁷⁴ Cf. *infra* p. 255.

⁷⁷⁵ Pour TIMBAL (1924) p. 26, la *stipulatio ob causam* est un contrat innommé de la forme *facio ut des*.

Une approche par auteur révèle ses limites, puisqu'on peut dénoter des contradictions dans les textes d'un même auteur⁷⁷⁶.

Aussi, à cette occasion, nous avons observé qu'une approche chronologique n'est pas non plus convaincante, car le terme *causa* ne se réfère pas nécessairement au passé ni *res* au futur, en dépit de son aspect prévisionnel.

Bien que dans le texte spécifique de POMPONIUS, D. 12.6.52, la temporalité joue un rôle important dans la décision d'accorder un droit de répétition, celle-ci ne paraît cependant pas être un critère généralisable et semble liée à la spécificité du cas d'espèce. Même si ce texte met en évidence un critère chronologique, il n'écarte pas pour autant l'existence d'un autre critère de distinction. En effet, un tel critère temporel n'écarte pas la possibilité abstraite et concrète d'une *causa* coexistante à *res*⁷⁷⁷, puisque nous verrons avec l'approche fonctionnelle que le but visé peut aussi être désigné comme une cause⁷⁷⁸. L'aspect temporel, tel qu'il a été abordé, ne semble pas être décisif et déterminant pour établir une distinction entre les *dationes ob rem* et *dationes ob causam*. Si ces deux types de dation sont distingués explicitement sur une base chronologique dans quelques cas, cela ne signifie pas pour autant que le critère de distinction ne se trouve pas ailleurs.

Il convient alors de déceler un critère de distinction global et transversal qui permette de tenir compte de la pensée de chaque auteur, mais aussi de construire une conception des termes *res* et *causa* qui corresponde à la casuistique. Une telle approche offrirait une marge d'interprétation plus grande et une vision étendue de ce que ces termes ont pu représenter pour les juristes romains.

1.2. Approche transversale: recherche et évaluation de divers critères de distinction

Comme explicité précédemment, la distinction établie par POMPONIUS, D. 12.6.52 entre la *datio ob causam* et *datio ob rem* ne semble pas se fonder sur un critère chronologique de portée générale. D'autres critères de distinction peuvent être envisagés. Il s'agira, dans les pages qui suivent, de tester le critère de l'exécution effective, celui de la conséquence juridique liée au type de dation (*ob rem* ou *ob causam*), ainsi que celui de la fonctionnalité. Le critère de la gratuité de l'acte défendu principalement par SCHWARZ⁷⁷⁹ et celui de la temporalité défendu par la doctrine majori-

⁷⁷⁶ POMPONIUS D. 12.6.52 s'oppose à POMPONIUS, D. 12.4.15 *ab initio*; ULPIANUS, D. 39.5.19.5 et 6 ne sont pas clairs face à ULPIANUS, D. 12.6.23 pr. et D. 12.6.23.3: les fragments d'ULPIANUS ne permettent pas d'établir un critère de distinction autre que le critère fonctionnel.

⁷⁷⁷ Cf. D. 19.5.5 pr.; D. 19.5.15 *ab initio*; D. 19.5.15 *in medio*; D. 2.14.7.2.

⁷⁷⁸ Cf. les textes qui assimilent la *causa* à une attente qualifiée de condition ou d'espoir: D. 12.4.3.7; D. 12.6.65.3; D. 12.4.5 pr.; D. 12.4.15 *ab initio*.

⁷⁷⁹ Défendue par SCHWARZ (1952) (cf. *supra* pp. 97 ss) et reprise partiellement par PELLECCHI (1998) (cf. *supra* pp. 123 ss).

taire⁷⁸⁰, bien que transversaux, ne feront pas l'objet d'une analyse dans cette partie de l'étude, ayant déjà été suffisamment abordés.

1.2.1. Le critère de l'exécution effective (*secuta* ou *non secuta*)

Le premier critère qu'on pourrait proposer serait celui de l'exécution effective des prestations (*secuta/non secuta*) qui déterminerait le type de dation *ob rem* ou *ob causam*. Autrement dit, il vise à vérifier s'il existe un lien entre le stade d'exécution du contrat et le type de dation. Dans cette perspective, il faudrait vérifier principalement deux hypothèses. La première, si l'exécution complète des prestations (elles seraient *secutae*, voire *finalitae*) exige une dation *ob causam*. La seconde, si l'exécution partielle des prestations (la contre-prestation serait *non secuta*) conduit à qualifier la dation d'*ob rem*.

Sur la base de POMPONIUS, D. 12.6.52, il serait envisageable d'élaborer une distinction se fondant sur le stade d'exécution du contrat. Ce texte pomponien mentionne d'une part, un cas d'exécution complète des prestations corrélée avec une dation *ob causam* et d'autre part, un cas d'exécution partielle liée à la dation *ob rem*. Un autre exemple de texte dénotant ce critère pour employer l'expression *ob causam* est celui de PAULUS, D.12.6.65.2. Ce fragment traite d'une dation par une partie parce qu'elle pense avoir été aidée dans ses affaires par quelqu'un d'autre, alors que cela ne correspondait pas à la réalité⁷⁸¹. Dans ce cas d'espèce, la partie qui donne apprend plus tard que la contre-prestation qui fondait la sienne était purement fictive, ce qui conduit notamment PAULUS à considérer cet acte comme une donation irrépétibile⁷⁸². Cependant, cette particularité n'empêche pas de s'intéresser à la qualification donnée par PAULUS de l'acte exécuté, la dation *ob causam*, comme une réponse à une contre-prestation (qu'elle soit fictive ou non)⁷⁸³. Le critère qui définit *ob causam* ne semble donc pas être ici la conséquence juridique en tant que telle, mais plutôt l'exécution (complète ou partielle) de la relation juridique consentie.

Néanmoins, le critère de l'exécution complète, si on le réservait à l'utilisation de la locution *ob causam*, reviendrait à admettre qu'on se baserait uniquement sur un nombre assez restreint de textes⁷⁸⁴. Cette approche aurait aussi pour inconvénient de

⁷⁸⁰ Cf. *supra* pp. 93 ss.

⁷⁸¹ PAULUS, D. 12.6.65.2 *ab initio*: «*Id quoque, quod ob causam datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donari volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse*» (Ceci aussi lorsqu'on donne en considération d'une cause, par exemple, lorsque j'ai cru que mes affaires ont été aidées par l'intermédiaire de quelqu'un, bien que ce ne fut pas le cas, il n'y a pas lieu à la répétition, parce que j'ai voulu faire un présent, quoique je fusse faussement persuadé).

⁷⁸² Pour une analyse détaillée de cette question, cf. *supra* p. 112.

⁷⁸³ A ce propos nous renvoyons au découpage analytique élaboré pp. 111 ss.

⁷⁸⁴ POMPONIUS, D. 12.6.52 (*ob causam ... cum ideo do ... quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est*); PAULUS, D. 12.6.65.3 *in fine* (*causa propter quam dedi est ap-*

négliger des fragments attestant d'emplois de *secuta* ou *non secuta* indépendamment du type de dation⁷⁸⁵. Sur la base des tableaux présentés ci-après, il est difficile d'établir une tendance claire de l'application systématique de *ob causam* pour désigner l'exécution du contrat et de *ob rem* pour l'inexécution de celui-ci.

Il existe une proportion certes plus grande de combinaison *ob causam* et exécution complète (*secuta*) (x 7) qu'*ob rem* et exécution complète (*secuta*) (x 3⁷⁸⁶), mais il existe aussi plus de cas *ob causam* en cas d'exécution partielle (x 5) qu'*ob rem* en cas d'exécution partielle (x 4). Cette constatation ne permet pas d'affirmer qu'*ob causam* se présente toujours en cas d'exécution complète. Par conséquent, un critère fondé sur cet argument n'est pas admissible.

Cette conclusion s'impose d'autant plus qu'on trouve des contre-exemples dans les deux cas, autant pour *ob rem* que pour *ob causam*.

Des textes attestent d'une part que l'emploi de *ob causam* n'est pas réservé aux situations-types *secuta* (contrat pleinement exécuté)⁷⁸⁷. En ce sens, il existe aussi des attestations d'*ob rem* liée à l'exécution totale des prestations⁷⁸⁸. D'autres cas sont moins manifestes, parce que, dans certaines situations d'exécution complète (*secuta*), le type de dation n'est pas spécifié⁷⁸⁹, ce qui contribue à faire douter d'un critère fondé sur le stade d'exécution. On peut présenter ces observations sous la forme schématique suivante:

plicable par analogie à la conclusion du troisième cas de figure analysé par PAULUS, soit *hoc casu secuta res est*; ULPIANUS, D. 12.6.23.3 *in fine* (*quod ob causam datum est causa secuta*); PAULUS, D. 12.5.1.2 (*causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit*); ULPIANUS, D. 19.1.11.6 (*quasi ob causam datus sit et causa finita*).

⁷⁸⁵ Cf. *infra* catégorie des «cas non spécifiés» dans les tableaux n° 2 et n° 3, p. 180 et p. 181.

⁷⁸⁶ Cf. les cas *ob rem* indifféremment si le contrat est exécuté *causa secuta* ou *res secuta*: PAULUS, D. 12.5.9 pr.; ULPIANUS, D. 12.4.1 pr.; ULPIANUS, D. 39.5.19.6.

⁷⁸⁷ Cas de *ob causam* assorti de l'idée d'un contrat exécuté (*causa* ou *res secuta*): POMPONIUS, D. 12.6.52; PAULUS, D. 12.6.65.2 (la prestation consistant en le fait d'avoir aidé dans la gestion des affaires de l'auteur n'est qu'une fiction, mais celui qui donne est convaincu d'avoir répondu à une prestation déjà exécutée; il s'agit ici d'un texte particulier qui nécessite une double clé de lecture (cf. *supra* pp. 111 ss) et c'est pour cette raison qu'on doit le placer dans les deux catégories); PAULUS, D. 12.6.65.3; PAULUS, D. 12.5.1.2 (*turpis causa*); ULPIANUS, D. 19.1.11.6 (*quasi ob causam datur; causa finita*); ULPIANUS, D. 12.6.23.3 (le premier cas de figure traité par l'auteur: «*sane quidem ob causam dedit neque repeti solet quod ob causam datum est causa secuta*»).

⁷⁸⁸ Cas d'*ob rem* assorti de l'idée d'un contrat exécuté (*secuta*): PAULUS, D. 12.5.9 pr.; ULPIANUS, D. 12.4.1 pr.; ULPIANUS, D. 39.5.19.6.

⁷⁸⁹ PAULUS, D. 12.6.65.3; ULPIANUS, D. 12.4.6.

	<i>Ob rem</i>	<i>Ob causam</i>	Cas non spécifiés : <i>ob rem ou ob causam ?</i>
<i>secuta</i>	D. 12.5.9 pr. (<i>propter rem</i>); D. 12.4.1 pr.; D. 39.5.19.6	D. 12.6.52; D. 12.6.23.3; D. 19.1.11.6 (<i>quasi ob causam datur; causa finita</i>); D. 12.6.65.2 (<i>ob causam</i> , la contre-prestation a été fictivement exécutée ⁷⁹⁰); D. 12.5.1.2 (<i>si turpis causa</i>)	D. 12.4.6; D. 12.6.65.3 <i>in fine</i>

Tableau n° 2: Combinaisons relatives à l'exécution entière des prestations (cas *secutae*)

Inversement, l'emploi d'*ob rem* n'est pas réservé aux situations d'inexécution des prestations (*non secuta*)⁷⁹¹, car des textes mentionnent l'usage d'*ob causam* aussi dans cette configuration d'exécution partielle⁷⁹². En outre, une source particulière traite d'inexécution sans spécifier s'il s'agit d'une situation *ob causam* ou *ob rem*⁷⁹³, ce qui à nouveau affecte une éventuelle régularité du critère d'exécution. Ces différentes combinaisons mélangeant *res*, *causa* et cas d'inexécution peuvent être dressées dans ce second tableau schématique :

⁷⁹⁰ PAULUS, dans le texte D. 12.6.65.2 qualifie expressément la dation d'*ob causam*, mais ne précise pas que la contre-prestation est *secuta*. C'est le protagoniste qui donne croyant fausement à la bonne exécution de la contre-prestation.

⁷⁹¹ Au nombre de ces cas, figurent: PAULUS, D. 12.4.14; CELSUS, D. 12.4.16; PAULUS, D. 12.5.1.1; POMPONIUS, D. 12.6.52.

⁷⁹² ULPIANUS, D. 12.6.23 pr. *ab initio* (la première situation dépeinte par l'auteur désigne un cas où la contre-prestation n'a jamais été exécutée, puisque selon ULPIANUS la *causa est falsa*: «*transactionem factam vel ab eo cui heres est vel ab eo cui procurator est et quasi ex transactione dederit, quae facta non est [...] et ait repeti posse: ex falsa enim causa datum est*»), ainsi que la passage *in fine* (deuxième cas de figure abordé par ULPIANUS: *transactio secuta non fuerit*); PAULUS, D. 12.6.65.2 (la prestation consistant en le fait d'avoir aidé dans la gestion des affaires de l'auteur ne s'est pas réellement produite: la version correspondant à la réalité est alors à considérer comme n'ayant pas existé (PAULUS emploie le terme *falsa* pour qualifier cette situation)); PAULUS, D. 12.6.65.3 (la première situation concerne une inexécution: *causa, propter quam dedi, non est secuta*); ULPIANUS, D. 12.7.1.1 (cas de la promesse en vertu d'une *causa: ob causam promisit, causa tamen secuta non est*); ULPIANUS, D. 12.6.23.3 *in fine* (cas d'une transaction faite avant un jugement, où le demandeur cherche à obtenir plus que ce qu'il était prévu par la transaction: *sed hic non videtur causa secuta, cum transactioni non stetur*); AFRICANUS, D. 12.7.4 (simple mention de la formulation abstraite *causa, propter quam datum sit, secuta non sit* avec la conclusion de répétibilité).

⁷⁹³ HERMOGENIANUS, D. 12.4.2 (*causa non secuta*).

	<i>ob rem</i>	<i>ob causam</i>	Cas non spécifiés: <i>ob rem</i> ou <i>ob causam</i> ?
<i>non secuta</i>	D. 12.4.14; D. 12.4.16; D. 12.5.1.1; D. 12.6.52	D. 12.6.23 pr.; D. 12.6.23.3; D. 12.6.65.2 (exécution fictive/inexécution réelle); D. 12.6.65.3; D. 12.7.1.1; D.12.7.4	D. 12.4.2; D. 39.6.35.3

Tableau n° 3: Combinaisons relatives à l'inexécution des prestations (cas *non secutae*)

En somme, toutes ces occurrences attestant d'une irrégularité d'emplois entre les locutions *ob causam/ob rem* et *secuta/non secuta*, le critère d'exécution ne semble pas avoir d'impact sur la distinction d'une dation *ob rem* et *ob causam*. L'exécution n'est donc pas déterminante pour expliquer la différence d'emploi entre *ob rem* et *ob causam*. Nous avons vu dans les tableaux n° 2 et n° 3 que la seule exécution ou inexécution ne semble pas propre à l'une ou l'autre de ces expressions. Pour ces raisons, ce critère ne paraît ni approprié ni pertinent pour distinguer de manière absolue les dations faites *ob rem* ou *ob causam*.

1.2.2. Le critère de la conséquence juridique

Il convient à présent d'examiner le critère de la conséquence juridique. D'abord nous étudierons si, pour chaque cas, la conséquence juridique, c'est-à-dire l'attribution d'une action répétition ou non, a un lien avec le type de dation en cause⁷⁹⁴. En d'autres termes, il s'agira de vérifier si la conséquence juridique détermine la nature de la dation (*ob rem* ou *ob causam*) et inversement. Ensuite, nous analyserons si le stade d'exécution peut jouer un rôle et modifier les résultats auxquels nous sommes parvenus dans la première configuration.

Dans cette perspective et pour mettre en évidence l'interaction de ces divers éléments, les apparitions des différents termes seront d'abord classées sous forme de tableau à double entrée, dont les données seront ensuite interprétées.

1.2.2.1. La conséquence juridique et le type de dation

Un premier tableau indique le type de dation (*ob rem* ou *ob causam*) en fonction de la conséquence juridique attribuée :

⁷⁹⁴ Cette hypothèse a été défendue par PELLECCHI (1998) pp.69-160, théorie que nous avons déjà commentée, cf. *supra* pp. 126 ss.

	Conséquence juridique : répétibile	Conséquence juridique : irrépétibile
<i>ob causam</i>	D. 19.1.11.6 (<i>quasi ob causam; causa finita</i>); D. 12.5.1.2 (si <i>turpis causa</i>); D. 12.6.23 pr. <i>ab initio</i> (inexécution réelle/ <i>ex falsa causa</i>); D. 12.6.23.3 <i>in fine</i> (cas de figure 2: <i>ob causam; non secuta</i>) ⁷⁹⁵ ; D. 12.6.65 pr.; D. 12.6.65.3 <i>ab initio (causa propter quam)</i> ; D. 12.7.1.1 (<i>ob causam promissit</i>); D. 12.7.4 (<i>causa propter quam</i>); D. 12.7.1.2 (<i>causa promittendi</i>)	D. 12.6.52 (<i>ob causam; falsa causa</i>); D. 12.6.65.2 (<i>ob causam; falso existimans</i>); D. 12.6.23.3 <i>in fine</i> (cas de figure 1: <i>ob causam; secuta</i>)
<i>ob rem</i>	D. 12.5.9 pr. (<i>propter rem</i>); D. 12.4.14; D. 12.4.16; D. 12.5.1.1 (<i>res propter quam datur</i>); D. 12.6.52; D. 19.5.5.1 (<i>quasi ob rem</i>)	D. 12.4.1 pr.; D. 12.6.35
Cas non spécifiés (<i>ob rem</i> ou <i>ob causam</i> ?)	D. 19.4.1.4 (<i>quasi non secuta</i>); D. 39.6.35.3; D. 12.4.2; D. 12.5.2/3	D. 12.6.65.3 <i>in fine</i> ; D. 12.5.4 pr./1/3/4 <i>ab initio</i>

Tableau n° 4: Combinaison du type de dation en fonction de la conséquence juridique

Le tableau n° 4 montre clairement une répartition irrégulière des termes *ob causam* et *ob rem* parce que tous deux peuvent mener à un droit de répétition ou non⁷⁹⁶. Cette constatation prouve l'absence de lien direct entre le type de dation et la conséquence juridique.

Les textes indiquent que la répétition peut être accordée en cas de dation *ob rem*⁷⁹⁷, mais aussi en cas de dation *ob causam*⁷⁹⁸, ainsi que dans des cas où ni l'une ni l'autre

⁷⁹⁵ Pour une analyse de ce fragment, cf. *supra* pp. 127 s et pp. 150 ss.

⁷⁹⁶ Cette observation a même été admise par PELLECCHI (1998) pp. 88 s pour quelques textes des *Digesta*.

⁷⁹⁷ PAULUS, D. 12.4.14; CELSUS, D. 12.4.16; PAULUS, D. 12.5.1.1 (*res propter quam datur*); PAULUS, D. 12.5.9 pr. (*propter rem*); D. 12.6.52; PAULUS, D. 19.5.5.1 (*quasi ob rem*).

⁷⁹⁸ ULPIANUS, D. 12.6.23 pr., cas où l'inexécution est réelle mais l'exécutant croit faussement à la bonne exécution, d'où la qualification de *falsa causa*: «*quasi ex transactione dederit, quae facta non est, an locus sit repetitioni. Et ait repeti posse: ex falsa enim causa datum est*»;

ne sont spécifiées parce qu'on ignore le type de dation dont il est question⁷⁹⁹. Les deux locutions sont par ailleurs attestées dans des cas où la répétition n'est pas accordée⁸⁰⁰. Le droit de répétition comme critère unique n'est donc pas caractéristique d'une dation *ob rem* et ne peut déterminer le type de dation en cause.

1.2.2.2. La conséquence juridique, le type de dation et le stade d'exécution

Il reste encore à déterminer si le critère peut être double: *quid* d'un critère prenant en compte la solution juridique envisagée (droit de répéter ou non) ainsi que, cumulativement, le stade d'exécution des prestations (exécution (*secuta*)/inexécution (*non secuta*))? La conséquence juridique aurait-elle une influence sur le stade d'exécution ou inversement, puis sur le type de dation en question? Pour pouvoir répondre à ces questions, il sied de s'appuyer sur une table recensant l'apparition des différents emplois du type de dation (*ob rem* ou *ob causam*), du stade d'exécution des prestations (*secuta* ou *non secuta*), ainsi que de la conséquence juridique y relative (répétition ou non).

1.2.2.2.1. La conséquence juridique, le type de dation et l'inexécution de la contre-prestation (*non secuta*)

Dans un premier temps, il faut examiner le cas de figure mélangeant les datations répétibles et irrépétibles lorsque la contre-prestation n'a pas été exécutée (*non secuta*).

Le tableau suivant recense les occurrences combinant *ob rem* ou *ob causam* en cas d'inexécution (*non secuta*) en fonction de la conséquence juridique (répétition admise; répétition non admise):

ULPIANUS, D. 12.6.23.3 *in fine* (cas de figure 2: *ob causam* + *non secuta*): «*Sane quidem ob causam dedit neque repeti solet quod ob causam datum est causa secuta: sed hic non videtur causa secuta, cum transactioni non stetur. Cum igitur repetitio oritur, transactionis exceptio locum non habet: neque enim utrumque debet locum habere et repetitio et exceptio*»; PAULUS, D. 12.6.65 pr., où la faculté de répéter est admise de manière générale (en ce sens, cf. aussi DALLA MASSARA (2004) p. 251); PAULUS, D. 12.6.65.3 *ab initio* (*causa propter quam*): «*ut repetam quod dedi, quoniam non contrahendi animo dederim, quia causa, propter quam dedi, non est secuta*»; ULPIANUS, D. 12.7.1.1 (*ob causam promisit*): «*Sed et si ob causam promisit, causa tamen secuta non est, dicendum est conditionem locum habere*»; AFRICANUS, D. 12.7.4, la faculté de répéter l'objet est sous-entendue par *nihil refert* reprenant la conclusion du fragment précédent: «*Nihil refert, utrumne ab initio sine causa quid datum sit an causa, propter quam datum sit, secuta non sit*»; ULPIANUS, D. 12.7.1.2 (*causa promittendi*): «*causa promittendi quae finita est vel secuta non est, dicendum est conditioni locum fore*»; ULPIANUS, D. 19.1.11.6 (*quasi ob causam; causa finita*); PAULUS, D. 12.5.1.2 (*si turpis causa*).

⁷⁹⁹ Dans les cas suivants, le type de dation (*ob rem* ou *ob causam*) n'est pas mentionné: PAULUS, D. 19.4.1.4; PAULUS, D. 39.6.35.3; HERMOGENIANUS, D. 12.4.2.

⁸⁰⁰ Pour les datations *ob causam*: PAULUS, D. 12.6.65.2; POMPONIUS, D. 12.6.52; ULPIANUS, D. 12.6.23.3 *in fine* (cas de figure 1: *ob causam* + *secuta*). Pour les datations *ob rem*: ULPIANUS, D. 12.4.1 pr.; IULIANUS, D. 12.6.35. Dans un cas de dation indéterminée: PAULUS, D. 12.6.65.3 *in fine* (*ob rem* ou *ob causam*?).

	Conséquence juridique : répétibile	Conséquence juridique : irrépétibile
<i>ob causam + non secuta</i>	D. 12.6.23 pr. <i>ab initio</i> (inexécution réelle/ <i>ex falsa causa</i>); D. 12.6.23.3 <i>in fine</i> (cas de figure 2: <i>ob causam; non secuta</i>); D. 12.6.65.3 <i>ab initio (causa propter quam)</i> ; D. 12.7.1.1 (<i>ob causam promisit</i>); D. 12.7.4 (<i>causa propter quam</i>); D. 12.7.1.2 (<i>causa promittendi</i>)	D. 12.6.65.2 (<i>ob causam; falso existimans</i>)
<i>ob rem + non secuta</i>	D. 12.4.14; D. 12.4.16; D. 12.5.1.1 (<i>res propter quam datur</i>); D. 12.6.52; D. 19.5.5.1 (<i>quasi ob rem</i>)	
Cas non spécifiés (<i>ob rem</i> ou <i>ob causam</i>) + <i>non secuta</i>	D. 19.4.1.4 (<i>quasi non secuta</i>); D. 39.6.35.3; D. 12.4.2	

Tableau n° 5: Combinaison du type de dation en cas d'inexécution en fonction de la conséquence juridique

A la lecture du tableau n° 5, on peut observer qu'à chaque fois que l'exécution n'est pas terminée et que la première prestation a été faite pour un motif honnête, la répétition est toujours possible, que l'acte exécuté soit *ob rem* ou *ob causam*. En d'autres termes, une situation d'exécution partielle, dont la seule prestation a été faite pour un motif honnête, mène toujours à un droit de répétition, indépendamment de la nature de la dation, à une exception près. Nous commenterons cette exception dans les paragraphes suivants.

Un cas fait exception à ce qui semble prendre la forme d'une règle. En effet, on ne recense pas de cas d'irrépétibilité lors de l'exécution d'une seule dation hormis celui de D. 12.6.65.2. Dans ce cas, la contre-prestation est inexécutée parce qu'en réalité elle est inexistante; elle existe seulement dans la pensée de l'exécutant, qui croit fausement répondre à un avantage qu'il aurait reçu⁸⁰¹. Dans l'esprit de l'exécutant, lorsqu'il fait sa propre dation, la contre-prestation a déjà eu lieu, alors que la réalité est tout autre. En effet, l'activité espérée ne s'est pas réalisée (la *causa est falsa*); la contre-prestation n'existant pas, elle ne peut être considérée comme exécutée. Cette

⁸⁰¹ PAULUS, D. 12.6.65.2: « *quod ob causam datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donari volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse* ».

constatation explique la particularité de ce cas d'être catégorisable dans les deux configurations que sont *secuta* et *non secuta* (comme constaté dans nos précédents tableaux⁸⁰²). Pour cette raison, nous avons rangé ce texte dans les deux tableaux (n° 2 et n° 3) selon la séquence temporelle considérée: 1) soit la situation juridique au moment de la dation, alors que le *dans* n'est pas conscient de son erreur; 2) soit la situation juridique après la dation, lorsque le *dans* s'est rendu compte de son erreur⁸⁰³.

Par contre, la situation est quelque peu différente ici, car les critères pris en compte sont non seulement le type de dation et le stade d'exécution, mais aussi la conséquence juridique. Si l'on en croit la logique de PAULUS, ne pas accorder la répétition serait préférable, parce que la contre-prestation n'a été que fictivement exécutée et l'intention de donner constitue une raison suffisante pour justifier l'attribution patrimoniale. Dans ce fragment, PAULUS fait jouer un rôle central à l'intention de donner en écartant l'inexécution effective de la contre-prestation, ce qui l'amène à considérer l'acte comme une donation⁸⁰⁴. La contre-prestation n'existant pas dans les faits, il faut accorder une importance particulière à l'intention objective de donner et sur cette base il ne serait pas déraisonnable d'accorder un droit de répétition. PAULUS privilégie ainsi le caractère effectif et objectif de la situation pour proposer la solution juridique qu'il a jugée la plus appropriée, soit ne pas accorder un droit de répétition. Il est donc légitime de ne placer ce texte seulement dans la section *non secuta* lorsqu'on ajoute le critère de la conclusion juridique.

Il est vrai que cette solution paulienne est d'autant plus singulière qu'elle se trouve en contradiction avec la solution privilégiée par ULPIANUS, D. 12.6.23 pr.⁸⁰⁵, texte que nous avons aussi placé dans la catégorie des actes *non secuta* (cf. tableau n° 4). ULPIANUS, à l'inverse de PAULUS, accorde un droit de répétition dans un cas de *falsa causa* et de contre-prestation effectivement inexistante (*non secuta*). Plus précisément, ce texte aborde le cas d'une personne effectuant un paiement, dont elle se

⁸⁰² Cf. tableaux n° 2 et n° 3 sur l'exécution, *supra* pp. 181 s.

⁸⁰³ Cf. *supra* pp. 111 ss.

⁸⁰⁴ L'importance de l'intention de donner a aussi été observée par PELLECCHI (1998) p. 138, qui va même plus loin en ajoutant que celle-ci élude totalement le critère de la véracité ou non de la conviction du *dans* dans le choix de ne pas accorder un droit de répétition.

⁸⁰⁵ ULPIANUS, D. 12.6.23 pr.: «*Eleganter Pomponius quaerit, si quis suspicetur transactionem factam vel ab eo cui heres est vel ab eo cui procurator est et quasi ex transactione dederit, quae facta non est, an locus sit repetitioni. Et ait repeti posse: ex falsa enim causa datum est. Idem puto dicendum et si transactio secuta non fuerit, propter quam datum est: sed et si resoluta sit transactio, idem erit dicendum*» (POMPONIUS pose élégamment la question de savoir s'il y a lieu de répéter, si quelqu'un pense que la transaction a été faite par celui dont il est l'héritier ou par celui dont il est le procureur et qu'il a donné comme sur la base d'une transaction, qui n'a pas été faite. Et il dit qu'il est possible de répéter: car il a été donné en vertu d'une fausse cause. Je pense qu'il faut dire la même chose, même si la transaction en vertu de laquelle il a été donné n'a pas été exécutée: mais même si la transaction a été résolue, il faudra dire de même).

croit faussement endettée en raison d'une transaction conclue par son aïeul ou par celui dont elle est le *procurator*. Comme dans le cas de PAULUS, l'individu croit faussement devoir une prestation et a implicitement l'intention de donner. La conclusion juridique est pourtant différente parce qu'ULPIANUS admet la répétition dans un tel cas. La raison exacte de cette divergence de doctrine entre les auteurs romains nous échappe. Il est probable que, comparé à PAULUS, ULPIANUS considère que l'erreur de celui qui donne (le *dans*) joue un rôle plus central que la seule intention de donner, au point de permettre la répétition⁸⁰⁶.

1.2.2.2.2. La conséquence juridique, le type de dation et l'exécution de la contre-prestation (*secuta*)

Dans un second temps, il faut encore analyser les cas combinant le type de dation (*ob rem* ou *ob causam*) lorsque la contre-prestation a été exécutée (*secuta*) en fonction de l'octroi ou non d'une action en répétition.

Dans un dernier tableau (tableau n° 6), nous recensons les combinaisons intégrant les dations *ob rem* ou *ob causam* lors d'une prestation déjà exécutée (*secuta*), pour lesquelles une répétition est soit accordée soit déniée :

	Conséquence juridique : répétible	Conséquence juridique : irrépétible
<i>ob causam</i> + <i>secuta</i>	D. 19.1.11.6 (<i>quasi ob causam; causa finita</i>) D. 12.5.1.2 (<i>si turpis causa accipientis</i>)	D. 12.6.52; D. 12.6.23.3 <i>in fine</i> (cas de figure 1)
<i>ob rem</i> + <i>secuta</i>	D. 12.5.9 pr. (<i>propter rem</i>)	D. 12.4.1 pr.
Cas non spécifiés (<i>ob rem</i> ou <i>ob causam</i> ?) + <i>secuta</i>	D. 12.4.6	D. 12.6.65.3 <i>in fine</i>

Tableau n° 6: Combinaison du type de dation en cas d'exécution en fonction de la conséquence juridique

Lorsqu'il y a exécution complète des prestations, la conséquence juridique donnée ne détermine pas le type de dation en cause. En effet, nous notons une absence de régularité des usages d'*ob causam* ou d'*ob rem*, si les prestations ont été exécutées des deux côtés : la dation est qualifiée tantôt d'*ob rem* tantôt d'*ob causam*.

En ce sens, contrairement à ce qu'on aurait pu croire si l'on ne se basait que sur D. 12.6.52 et D. 12.6.23.3 *in fine* (cas de dation *ob causam* jugée irrépétibile), la sanc-

⁸⁰⁶ A propos de la notion d'*error*, nous renvoyons à la littérature citée *supra* p. 109 n. 457.

tion d'irrépétibilité n'est pas la conséquence exclusive de la dation *ob causam*. D'une part, cette dernière peut, dans certains cas, être répétée et d'autre part, la dation *ob rem* peut aussi être soumise à la sanction juridique d'irrépétibilité.

En résumé, l'attribution ou non d'un droit d'action ne détermine pas le type de dation, lorsque les prestations sont *secutae*. Inversement, le type de dation, *ob rem* ou *ob causam*, n'importe peu pour déterminer un droit d'action en répétition lorsque les prestations sont *secutae*.

1.2.2.3. Synthèse

En somme, le critère de la conséquence juridique (répétible; irrépétible)⁸⁰⁷, seul ou cumulé à celui de l'exécution (*secuta*; *non secuta*), n'est pas approprié, puisqu'il(s) ne joue(nt) pas de rôle décisif dans la détermination du type de dation. Nous sommes arrivé à trois résultats particuliers.

Premièrement, le fait d'accorder ou dénier un droit de répétition n'a pas de lien direct avec la nature de la dation; la nature de celle-ci ne détermine pas le bénéfice d'un droit de répéter l'objet.

Deuxièmement, les critères du stade d'exécution et de la conséquence juridique n'influencent pas non plus le type de dation. Comme nous l'avons vu, les datations *ob causam*, de même que les datations *ob rem*, peuvent être répétibles ou irrépétibles⁸⁰⁸ et ce, indépendamment du degré d'exécution du contrat (complet, *secuta* ou partiel, *non secuta*). Inversement, la conséquence de répétibilité n'est pas liée à un état de fait-type (dation *ob rem*/dation *ob causam* + (*non*) *secuta*), mais semble plutôt être accordée au cas par cas.

Troisièmement, une ultime conclusion nuance cependant ce deuxième point. Malgré ces emplois irréguliers de *res* et *causa* en fonction de la conséquence juridique, on observe tout de même une tendance entre la répétition et le stade d'exécution. Les textes ont montré que, sans égard au type de dation (*ob rem* ou *ob causam*), l'inexécution conduit nécessairement à un droit d'action en répétition, à une exception près. Néanmoins, s'il existe une régularité, celle-ci n'a pas d'influence sur la détermination du type de dation en cause.

En définitive, le choix d'accorder une action semble dépendre d'un ensemble de facteurs, dont la spécificité du cas d'espèce: il faut considérer la situation dans sa globalité.

⁸⁰⁷ Cf. nos développements *supra* pp. 126 ss.

⁸⁰⁸ PELLECCHI (1998) pp. 88 s, suivi par DALLA MASSARA (2004) p. 250, admet que la *datio ob causam* puisse être répétibile, mais seulement dans des cas de *causa finita* ou *causa* qui ne se réalise finalement pas; cette idée est à notre sens artificielle, car il nous semble que ce dernier cas de figure ressemble étrangement à la structure de ce qu'il qualifie de *datio ob rem*.

1.2.3. Le critère de la fonction : confirmation de l'approche, interprétation et portée

1.2.3.1. Principes généraux

Une autre possibilité serait d'envisager la distinction entre *datio ob rem* et *datio ob causam* sur la base de la fonction des termes *causa* et *res*. Les définitions fonctionnelles ont été élaborées précédemment sur la base de nombreux textes⁸⁰⁹. Même si certains textes demeurent ambigus sur la fonction de chacun des deux termes, ceux-ci ne sont que peu nombreux⁸¹⁰. Une approche fonctionnelle permet, selon nous, de trouver une certaine consistance et cohérence de l'usage des mots *res* et *causa* dans la plupart des cas.

La fonction à attribuer aux mots *res* et *causa* peut, dans certains textes, être révélée par la perspective⁸¹¹ de chacune des parties. En clair, la fonction s'exprime par la perspective, parce que cette dernière revient à différencier d'une part, la raison justificative pour laquelle on donne (*ob causam*)⁸¹² et, d'autre part, dans quel but (*ob rem*). La perspective des parties indique un usage différent des termes, donc exprime une fonction spécifique pour chacun des deux termes *res* et *causa*.

1.2.3.2. Réaffirmation du principe par l'interprétation des textes

Au-delà des textes où le critère de la fonction a déjà fait ses preuves⁸¹³, le texte de POMPONIUS, D. 12.6.52⁸¹⁴ est particulièrement intéressant. En effet, il nourrit cette définition fonctionnelle, en attestant les deux fonctions téléologique et étiologique.

A notre sens, pour comprendre la distinction entre l'usage général d'*ob rem* et d'*ob causam*, il faut mettre en exergue les deux points de vue différents visés dans ce fragment de POMPONIUS, D. 12.6.52. Pour le premier, POMPONIUS prend la perspec-

⁸⁰⁹ Cf. nos développements *supra* pp. 144 ss.

⁸¹⁰ D. 12.5.1 pr. ; D. 12.5.2.

⁸¹¹ Pour une ébauche ancienne de l'idée de perspective différente de chaque partie dans une relation contractuelle, mais selon l'ordre d'exécution de la prestation, cf. ACCARIAS (1866) p. 103. Pour une définition basée sur un lien entre la fonction de la *datio ob causam* et la nature contractuelle et réciproque de la relation (« *sinallagmaticità* ») afin d'éclaircir son caractère ir-répétibile, cf. SACCOCCIO (2002) p. 224, même si cet auteur n'a pas développé de manière très approfondie cette idée.

⁸¹² DALLA MASSARA (2004) p. 255 arrive aussi à une conclusion de la *causa* comme indiquant une raison justifiant l'attribution, mais avec effet rétroactif.

⁸¹³ Cf. *supra* pp. 144-157.

⁸¹⁴ POMPONIUS, D. 12.6.52: « *Damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit: ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit* ». Nous donnons ou en vertu d'une cause, ou en vue d'une chose: en vertu d'une cause passée, par exemple, lorsque je donne parce que j'ai reçu quelque chose de toi ou parce que tu as fait quelque chose, de sorte que, même si la cause est fautive, la répétition de cet argent n'a pas lieu: en vue d'une chose, pour que quelque chose se réalise, pour laquelle, si cette chose ne se produit pas, la répétition peut avoir lieu.

tive d'une des deux parties pour déterminer ce qui fonde l'acte de celle-ci. En l'espèce, le fragment concentre l'attention sur celui qui a reçu et s'est exécuté selon les termes du contrat. Pour le second, la perspective prise est celle de celui qui s'exécute en poursuivant un but⁸¹⁵. *In casu*, le texte met en évidence la vision de celui qui a déjà donné, mais qui n'a pas encore reçu.

Plus précisément, dans la première configuration (formulation avec *ob causam*), *quia* (parce que) comporte un aspect causal et justificateur: on fait un acte en vertu d'une raison. La *causa* désigne le fondement de la prestation qui est en train d'être exécutée (*do, i.e. je donne*). Concrètement, cette base consiste en la prestation déjà exécutée par l'autre partie (*aliquid a te consecutus sum, aliquid a te factum est*). Par conséquent, la formulation contenant *ob causam* exprime une idée de fondement justificateur d'une prestation par rapport à l'autre. La seconde configuration (formulation avec *ob rem*) est pourvue d'un aspect final, grâce à la présence de la conjonction *ut* introduisant généralement une subordonnée manifestant le but (*ob rem vero datur, ut aliquid sequatur*). Chaque acte manifeste le but de l'une des parties et le fondement de l'autre à s'exécuter.

Concernant la temporalité des actions et leur lien avec la *causa*, il est à noter que la première partie du texte est d'une clarté limpide parce qu'elle indique expressément qu'une prestation a été exécutée avant l'autre. La *causa* est *praeterita* parce qu'elle se réfère à une action se trouvant dans le passé; la contre-prestation s'est déjà produite. Ce passage du texte consacre la contre-prestation désignée en tant que *causa* comme un élément antérieur à l'autre prestation. Dans la seconde partie du texte (cas de figure avec *ob rem*), l'emploi du verbe *sequi* indique qu'une chose est donnée en vue d'un résultat, qu'un but est poursuivi: ceci traduit une attente d'exécution de la contre-prestation. La temporalité est orientée vers le futur pour la *datio ob rem* de D. 12.6.52.

Cependant, l'antériorité n'est pas caractéristique de la *causa* pour deux raisons. Premièrement, d'autres textes montrent que la *causa* se réfère à des prestations se situant dans d'autres séquences temporelles que dans le passé⁸¹⁶. Deuxièmement,

⁸¹⁵ Sur ce point, les traductions allemandes et anglaises sont intéressantes: HAUSMANINGER, in: BEHREND/SKNÜTEL/KUPISCH/SEILER (1999) p. 127 ad D. 12.6.52: «*Wir geben entweder wegen eines Grund oder wegen eines Erfolges; wegen des in der Vergangenheit liegenden Grundes, wenn ich zum Beispiel deshalb etwas gebe, weil ich etwas von dir erhalten habe oder weil etwas von dir getan worden ist, so daß, auch wenn der Grund sich als unrichtig erweist, eine Rückforderung dieses Geldes nicht stattfindet. Wegen eines Erfolges wird dagegen gegeben, damit [künftig] ein Erfolg eintritt; wenn dieser nicht eintritt, findet eine Rückforderung statt*»; WATSON vol. 1 (1998) p. 386 ad D. 12.6.52: «*We give either on a basis or for a purpose. An example of giving on a basis founded in the past is where I give because I have obtained something from you or because something has been done by you. Here there is no recovery even though the basis proves false. But a giving for a purpose is done in order that something shall happen and if it does not happen, recovery lies*».

⁸¹⁶ Cf. nos développements *supra* pp. 94 s, p. 141, pp. 168-174.

POMPONIUS présente des cas particuliers, illustrant ce qui peut être qualifié d'*ob rem* ou d'*ob causam*, sans intention d'ériger la chronologie comme un principe général et abstrait⁸¹⁷. Comme nous l'avons déjà évoqué⁸¹⁸, la particularité du cas d'espèce est constituée par la présence de *praeteritam* (description d'une cause se situant dans le passé), de *veluti* (par exemple), de *vel* (ou), ainsi que par la problématique particulière de la *falsa causa* et son éventuel impact sur le type de relation juridique décrite. Ces éléments combinés dépeignent une situation particulière non nécessairement généralisable à d'autres cas d'espèce. La temporalité utilisée dans D. 12.6.52 ne peut donc constituer une règle absolue.

Bien qu'on considère le cas décrit par POMPONIUS comme particulier, rien ne nous empêche cependant d'en induire des éléments fondamentaux qu'on retrouverait de manière commune et généralisée dans d'autres textes. Comme nous l'avons vu précédemment⁸¹⁹, un grand nombre de textes attestent d'une différence de sens entre *res* et *causa* fondée sur leur fonction propre : l'une est téléologique, l'autre est étiologique. Cette idée ressort également de ce texte pomponien et apparaît dans la plupart des textes de manière systématique, ce qui n'est pas le cas du critère chronologique.

En outre, pour mener plus avant notre raisonnement, on remarque que, dans le texte de POMPONIUS, ces deux fonctions sont coexistantes. Ces dernières sont gouvernées par une interaction rationnelle «interne», dont il conviendra d'expliquer la terminologie dans les paragraphes qui suivent.

Si d'une part, *ob causam, quia* et *ob rem ... ut* indiquent respectivement une dimension justificatrice de la locution incluant *causa* et téléologique de celle contenant *res*, d'autre part, ces expressions donnent un aperçu de la relation qui les unit. Il en découle que les deux expressions *ob rem* et *ob causam* interagissent de manière rationnelle. En d'autres mots, il ressort en filigrane des perspectives de chacune des parties, exprimant une notion de but et de fondement, que la *causa* justifie le but et que le but est la conséquence rationnelle de la *causa*. Pour ainsi dire, il existe un lien de causalité entre le but poursuivi par l'acte et la raison qui le fonde. Ce rapport causal est interne, car il se situe dans la structure constitutive du motif de contracter.

L'idée de perspective liée à la fonction émerge également d'autres textes contenant le même type de formulations : *do ut des/do quod des* ou *facio ut des/do quod facias*. A titre d'exemples, PAULUS, D. 19.5.5 pr. et ULPIANUS, D. 2.14.7.2 mentionnent ces formulations de manière explicite.

⁸¹⁷ Pour une application non généralisée du critère temporel, visant à orienter *causa* vers le passé et *res* vers l'avenir, cf. aussi PELLECCHI (1998) p. 139 s n. 213.

⁸¹⁸ Cf. *supra* pp. 166 ss.

⁸¹⁹ Cf. *supra* pp. 144-160.

PAULUS, D. 19.5.5 pr.⁸²⁰ décrit d'une part le contrat atypique *facio ut des* (je fais pour que tu donnes) qui est le point de vue inversé de *do quia/quod facias* (je donne parce que tu fais) de POMPONIUS. D'autre part, PAULUS énonce la formulation *do ut des*, renversement du *do quod des* de POMPONIUS – exprimé par ce dernier sous la forme *do, quod aliquid a te consecutus sum* (je donne parce que j'ai obtenu quelque chose de toi).

ULPIANUS, D. 2.14.7.2⁸²¹ utilise également la formule *do ut des* (renversement de *do quod des*) sans l'expliquer concrètement. Par contre, il en va différemment de *do ut facias*, dont le sens est illustré par ULPIANUS par un exemple concret: *dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas* (je t'ai donné Stichus afin que tu affranchisses Pamphilus).

On retrouve ainsi dans le *do ut des/do ut facias* de D. 2.14.7.2 et D. 19.5.5 pr. le point de vue renversé du *do quod des* et *do quod facias* de POMPONIUS, D. 12.6.52. Ces formulations indiquent la perspective de chacune des parties au contrat. Pour chacune d'elles, la contre-prestation désignée par *do quod des* est le fondement d'une partie pour agir, en même temps que la contre-prestation attendue désignée par la formulation *ut des* est le but abstrait auquel tend la partie qui s'exécute. Si l'on procède à une interprétation globale de tous ces fragments, on constate que *do ut des* et *do quod des* sont les pendents l'un de l'autre et qu'ils forment en réalité un acte participant à une entité unique qu'est le contrat. Le contrat contient les deux formulations, chacune correspondant à la prestation vue depuis la perspective d'une partie. Chaque type d'expression (*do ut des/do ut facias/do quod des/facio quod des*) décrit le contenu de la prestation à effectuer par le cocontractant. Mais chacune de ces formules exprime tantôt le but poursuivi, tantôt le fondement sur lequel se base la prestation du cocontractant.

La question de la perspective, correspondant à chacune des expressions *ob rem* ou *ob causam*, est particulièrement adaptée au fragment D. 12.6.52. Néanmoins, cette correspondance n'empêche pas la possibilité d'une double perspective chez la même personne. En effet, la même personne donne à la fois dans un but et sur la base d'une cause.

⁸²⁰ PAULUS, D. 19.5.5 pr.: «*Naturalis meus filius servit tibi et tuus filius mihi: convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres et ego tuum: ego manumisi, tu non manumisisti: qua actione mihi teneris, quaesitum est. In hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspicere potest. Qui in his competit speciebus: aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias: in quibus quaeritur, quae obligatio nascatur*» (Mon fils naturel était ton esclave et ton fils était le mien: il fut convenu entre nous que toi, tu affranchirais le mien et moi le tien: moi je l'ai affranchi, toi, tu ne l'as pas affranchi: la question est «par quelle action es-tu tenu envers moi?»). Pour cette question, la prestation convenue donnée dans un but peut être examinée toute entière. Cette configuration se rencontre dans ces cas: en effet, ou bien je donne pour que tu donnes, ou bien je donne pour que tu fasses, ou bien je fais pour que tu donnes, ou bien je fais pour que tu fasses: dans ces cas, on demande quelle obligation naît).

⁸²¹ Pour le texte et sa traduction, cf. *supra* pp. 43 s.

Il en découle que la prestation, en tant que telle, regroupe ces deux notions et qu'elle est à la fois le but et le fondement d'agir animant le cocontractant. Ainsi, la prestation est l'extension, la manifestation extérieure et concrète de la représentation abstraite individuelle que sont le but et le fondement d'agir du cocontractant. En d'autres mots, chaque prestation est la concrétisation de ces entités abstraites (notions de but et de fondement) présentes dans l'esprit des parties au moment de contracter.

La lecture du schéma suivant illustre l'application de notre thèse au point de vue d'un cocontractant, soit au travers d'une dimension purement individuelle et abstraite.

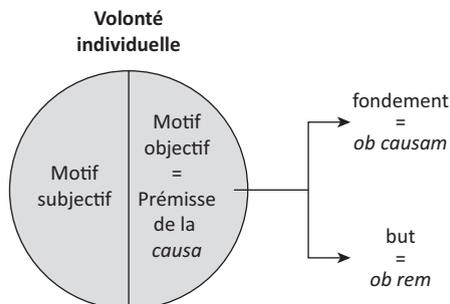


Schéma n° 7: Composantes de la volonté individuelle durant la relation contractuelle (sphère individuelle abstraite)

Comme l'indique ce schéma, la volonté de chaque partie est composée de motifs subjectifs⁸²² et objectifs⁸²³. Comme défini dans notre chapitre précédent, le motif objectif individuel constitue une prémisse de la *causa*. Lorsque les motifs individuels deviennent communs, ils correspondent au consensus et la relation juridique prendra la voie du *contractus*⁸²⁴.

En étant exprimés soit par la forme *ob causam* (*causa* au sens strict de fondement justificateur) soit par la forme *ob rem*, ces motifs objectifs et communs, qu'on pourrait qualifier de «*causa* au sens large» déjà décrite dans notre premier chapitre⁸²⁵, émanent du contrat ainsi que des prestations concrètes. Ainsi, *de facto*, *res* et *causa* au sens strict peuvent viser le même objet, mais auront une signification respective différenciée par leur fonction, selon ce que les parties veulent exprimer (cf. schéma 8).

Le schéma suivant (schéma n° 8) représente cette motivation individuelle dans le déroulement causal du passage à l'acte dans le cadre d'un contrat atypique. L'acte en tant que prestation représente et symbolise concrètement d'une part, le but poursuivi

⁸²² Cf. *supra* pp. 44 ss.

⁸²³ Cf. *supra* pp. 44 ss et pp. 75 ss.

⁸²⁴ Cf. *supra* pp. 75 ss.

⁸²⁵ Cf. *supra* p. 81.

par le cocontractant qui doit exécuter sa contre-prestation et, d'autre part, le fondement sur lequel cette dernière repose. La prestation de l'un est à la fois le but et fondement d'agir de l'autre cocontractant.

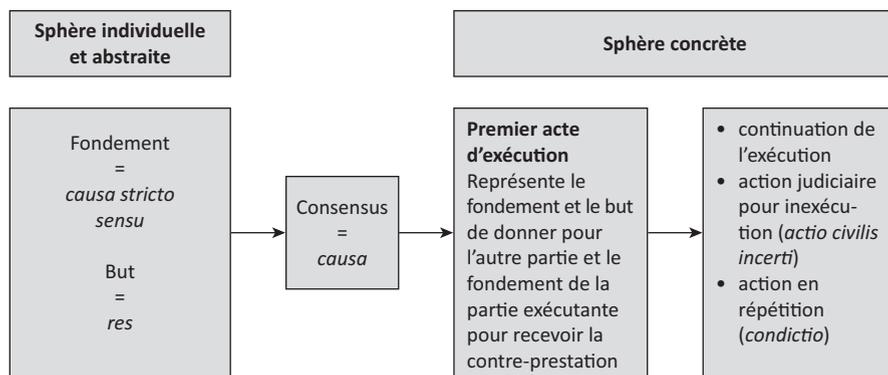


Schéma n° 8: Superposition des sphères concrète et individuelle abstraite lors du déroulement d'une relation contractuelle

Il faut préciser que, dans chaque acte juridique dont la *causa* n'est pas libérale (*i.e.* n'est pas une pure donation), le but et le fondement existent de manière simultanée et connexe dans l'esprit respectif des parties (dimension abstraite). La réalisation de la prestation ne constitue alors qu'une manifestation extérieure et concrète de ces deux éléments.

Chaque prestation contient les deux notions de but et de fondement, qui se dégagent des formulations contractuelles atypiques⁸²⁶ *do ut des/do quod des*.

L'exemple-type *do ut des* survient à plusieurs reprises et est souvent concrétisé dans des cas spécifiques. Cette expression est attestée dans tous les textes précédemment analysés en se déclinant de trois manières différentes, chacune reflétant une fonction de la *causa contractus*:

- 1) je donne pour que tu donnes (*do ut des*)⁸²⁷;
- 2) je donne parce que tu donnes (*do quod des*)⁸²⁸;
- 3) je reçois en vertu d'une cause (*ob causam accepit*)⁸²⁹.

Plusieurs éléments se dégagent de cette triade et sont éclairants sur l'essence d'une relation juridique à double prestation d'échange.

⁸²⁶ Atypiques, par opposition aux contrats typiques, dont on a expliqué la terminologie *supra* pp. 49 ss.

⁸²⁷ D. 12.6.52; D. 2.14.7.2; D. 19.5.5; D. 12.4.16. Pour les textes utilisant *ob rem* attestant d'une fonction téléologique, voir *supra* pp. 145 ss.

⁸²⁸ D. 12.6.52; D. 12.6.65.2; D. 12.6.65.3. Pour les textes utilisant *ob causam* attestant d'une fonction étiologique, voir *supra* pp. 148 ss.

⁸²⁹ D. 19.5.15; D. 12.4.5 pr. *ab initio*.

D'abord, dans l'expression *do ut des*, la locution *ut des* renvoie abstraitement au but, qui désigne matériellement une contre-prestation. Dans l'expression *do quod des*, la locution *quod des* exprime le fondement justificatif et abstrait d'agir, qui renvoie aussi concrètement à la contre-prestation. A propos de la troisième expression *ob causam accepit*, la *causa* se réfère à la propre prestation de celui qui reçoit⁸³⁰. Chaque élément volitif a un caractère objectif parce qu'il désigne un élément objectivement reconnu par le droit⁸³¹.

Ensuite, la corrélation des trois éléments montre qu'on donne dans un but, mais aussi pour une raison. Par extension, cela signifie que la dation de l'un est à la fois le but et le fondement de la contre-dation et que la dation du premier justifie la prestation du second. Aussi, le but de l'un correspond matériellement à l'objet de la prestation, cette dernière représentant le fondement de recevoir de l'autre : la dation de ce dernier justifie sa propre réception de l'objet donné par l'autre partie.

Cette idée de double fonction de la prestation, c'est-à-dire à la fois l'expression matérielle du but et celle du fondement, est également démontrée par l'ambivalence d'ULPIANUS, D. 12.4.3.7 et de POMPONIUS, D. 12.4.15 *ab initio*⁸³². Dans ces textes, l'espoir, voire l'attente de prestation, est le fondement pour exécuter la prestation, tandis qu'il est aussi le but dans lequel on agit. Désigner une attente par la *causa*, qualification que nous avons préalablement attribuée exclusivement à *res* sur la base d'un grand nombre de textes, pourrait remettre en question la théorie de la fonction. Cependant, le fait que *causa* puisse également renvoyer à une attente – qui se trouve dans une sphère abstraite – n'empêche pas de considérer l'existence d'une fonction étilogico-justificatrice que représente concrètement cette attente. En effet, cette dernière joue un rôle de raison justificatrice. En résumé, cela signifie que, pour chacune des parties, chaque prestation renferme à la fois une fonction de but et de fondement pour donner et recevoir.

Il ressort d'une part des expressions *do quod des* et *ob causam accepit* l'existence d'une double justification matérielle :

- 1) le fondement qui justifie l'exécution de la prestation de l'un est la dation de l'autre (*do quod des*);
- 2) le fondement de recevoir pour quelqu'un est sa propre prestation (*ob causam accepit*).

⁸³⁰ Cf. nos développements *infra* pp. 206 ss.

⁸³¹ Cf. *supra* pp. 75 ss.

⁸³² ULPIANUS, D. 12.4.3.7: «[...] *quamquam constet, ut et ipse ait, eum qui dedit ea spe, quod se ab eo qui acceperit remunerari existimaret vel amiciores sibi esse eum futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum*» ([Q]uoi qu'il soit un fait établi, comme il dit lui-même aussi, que celui qui a donné dans l'espoir qu'il pensera être rémunéré par celui qui aura reçu ou avoir été plus attaché à lui, ne peut répéter parce qu'il fut trompé dans son espérance). Ce texte a déjà fait l'objet d'une analyse, cf. *supra* p. 170. Pour le texte D. 12.4.15, cf. analyse *supra* pp. 169 s.

Il résulte d'autre part de nos analyses que :

- 1) *do ut des* = *datio ob rem* = but;
- 2) *do quod des* = *datio ob causam* = fondement.

Sur la base de ces informations, recréer un cas basique permettrait d'expliciter de manière pratique, d'une part, le critère de la fonctionnalité. D'autre part, un cas fictif permettrait de mettre en lumière l'idée que l'objet est porteur de l'intention de l'auteur, soit que la prestation est une concrétisation de la pensée de chaque cocontractant.

Nous avons choisi un cas illustrant la forme *do ut des* – *do quod des* (indépendamment de la chronologie des actes) : B donne une pomme à A contre un outil⁸³³.

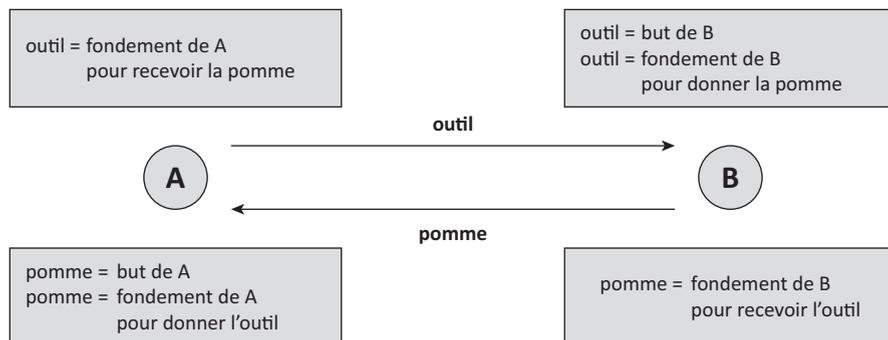


Schéma n°9: exemple de relation d'échange

Cette représentation montre une coexistence et concomitance des termes *res* et *causa*, mais pas leur synonymie: ils restent distincts, car leur fonction respective demeure. La distinction n'apparaît pas de manière explicite, mais en filigrane, car on pourrait croire qu'ils sont synonymes, puisqu'en apparence les deux termes visent le même objet matériel qu'est la prestation. Nonobstant, le fait qu'on vise le même objet ne signifie pas pour autant que la perspective de chacune des parties soit identique. En effet, si l'on suit ce schéma, quand A voudra justifier son acquisition de la pomme, le terme de *causa* sera employé pour désigner la contre-prestation qu'est l'outil. L'outil sera le fondement de A pour recevoir la pomme, mais la pomme sera le fondement de A pour donner l'outil. En revanche, lorsque A voudra exprimer dans quel but il a donné l'outil, il désignera l'acquisition de la pomme par le terme *res*. Dans la perspective de B, c'est la situation inverse. D'une part, si B veut désigner le but dans lequel il agit, *res* sera employée. D'autre part, si B veut justifier son acquisition (recevoir l'outil) et le fondement de son propre acte, qu'est la dation de la pomme, le terme *causa* sera utilisé.

⁸³³ A noter que ce cas est applicable quelle que soit la temporalité des actions: que l'exécution des prestations ait lieu immédiatement ou soit différée dans le temps n'a pas d'incidence.

Si l'on procède méthodiquement à l'interprétation du cas susmentionné⁸³⁴, les formulations des textes ci-dessus⁸³⁵ nous amènent à élaborer les constatations suivantes :

- 1) Le but (*res*) de B est la prestation de A, soit l'outil.
- 2) Le but (*res*) de A est la prestation de B, soit la pomme.
- 3) Le fondement (*causa*) de A de donner est la prestation de B, soit la pomme.
- 4) Le fondement (*causa*) de B de donner est la prestation de A, soit l'outil.
- 5) Le fondement (*causa*) de A de recevoir la pomme est sa propre prestation, soit l'outil.
- 6) Le fondement (*causa*) de B de recevoir l'outil est sa propre prestation, soit la pomme.

Il résulte de leur fonction propre que l'alternative entre les datations *ob rem* et *ob causam* ne relève pas d'une exclusion mutuelle, mais d'une coexistence, dans le sens où l'alternative serait inclusive. Les deux termes se complètent et sont tous deux concomitants dans chaque relation juridique à double rapport d'échange. Ils se situent dans un rapport de causalité « interne », puisque la raison justifie le but. En ce sens, la raison précède rationnellement le but et permet de se servir de lui comme justification, que ce soit de manière rétrospective, présente ou prospective⁸³⁶.

1.2.3.3. Synthèse

En somme, le critère de la fonction exprimant la perspective des parties – et que cette dernière par ailleurs révèle – semble être adapté et apte à englober le plus de situations possibles. Ainsi, l'argument chronologique de principe ne serait pas le plus pertinent. On discerne plutôt un enchaînement rationnel ou causal « interne » du déroulement des événements et non nécessairement chronologique. L'adoption d'un critère chronologique permettant de distinguer *ob causam* d'*ob rem* (i.e. que la *causa* aurait une valeur passée et *res* une valeur future), aurait pour effet de négliger des textes décrivant des situations où la *causa* aurait une valeur future ou se situant dans le présent. Inversement, le critère de la fonction présente l'avantage d'englober une grande diversité de cas, y compris des configurations présentant une différence temporelle entre les actes à exécuter ou exécutés par les parties. La distinction élaborée chez POMONIUS, D. 12.6.52 ne serait donc qu'une configuration parmi d'autres, et non le principe général.

Une distinction sur la base du critère purement fonctionnel se justifie selon nous, dans la mesure où la *causa* correspond à un élément étiologique et justificatif dans des acceptions explicites (usages de *quia*, *quod*, *propter* (conjonctions marquant la

⁸³⁴ Cf. schéma n° 9 p. 243.

⁸³⁵ D. 12.6.52; D. 12.6.65.2; D. 12.6.65.3; D. 2.14.7.2; D. 19.5.5; D. 12.4.16; D. 19.5.15; D. 12.4.5 pr. *ab initio*; D. 12.4.3.7; D. 12.4.15 *ab initio*; D. 39.5.2.7; D. 39.5.19.5/6.

⁸³⁶ Pour une explication de cette terminologie, voir nos développements *supra* pp. 78 s. A propos de la doctrine qui considère l'élément chronologique indispensable pour distinguer entre la valeur de but ou de fondement que revêt la *causa contractus*, cf. *supra* p. 78 n. 350 et n. 352.

causalité)⁸³⁷), et *res* à un élément téléologique (usage de *ut* (conjonction marquant la finalité)⁸³⁸).

Sur la base de l'ensemble des fragments contenant les formules *do ut des/do quod des/ob causam accipit*, on se rend compte qu'en réalité chacune d'elle constitue un pan de la même relation juridique, mais avec une fonction spécifique. Cela signifie qu'un contrat se compose toujours de ces trois éléments et que ces derniers sont indissociables dans la mesure où, si un contrat est conclu dans un but, il est forcément fondé sur une raison.

Dans la perspective de chaque cocontractant, la formule *do ut des* n'est en réalité que la pointe de l'iceberg, cachant le reste de la formule *do quod des*. Cela a pour conséquence que cette dernière est la suite sous-entendue de *do ut des* et qu'elle est l'autre versant de la structure des contrats innommés.

En effet, ces locutions paradigmatiques témoignent de l'existence d'une extension de la rationalité siégeant dans l'esprit des parties à un élément extérieur et concret: l'acte en lui-même est censé réaliser la volonté individuelle objective. Concrètement, «je donne pour que tu donnes» signifie que la manifestation extérieure de la cause qui pousse à agir réside dans le fait que l'autre partie doit donner et inversement. Le fondement de l'acte et le but sont les deux faces de la même médaille dans un tel contexte.

Même si les deux notions *ob rem* et *ob causam* renvoient matériellement à la prestation, elles n'en sont pas pour autant synonymes. Elles s'en distancient, parce que la prestation matérielle n'est qu'un vecteur du motif, sa simple extension métonymique. La fonction de chacune reste différente si l'on en croit un grand nombre de textes.

1.3. Synthèse intermédiaire

De manière générale, dans la première partie de ce sous-chapitre, il a été question de la nature de la distinction entre *ob rem* et *ob causam* par une étude fonctionnelle. D'autres critères ou méthodes ont été évalués, notamment l'approche analytique du sens de ces expressions pour chaque juriste romain. Cependant, cette méthode, qui a été souvent utilisée par la doctrine contemporaine, a montré ses limites pour ce sujet d'étude. Au contraire, une approche fonctionnelle et transversale de ces deux expressions sur l'ensemble des textes permet de saisir toutes ses composantes.

A ce stade, nous avons déjà constaté que des emplois irréguliers des deux locutions rendaient parfois flous les contours de cette distinction. Cette irrégularité d'usage était telle qu'elle instaurait le doute sur une éventuelle synonymie entre *causa* et *res*. Si leurs usages respectifs ne respectent pas toujours une délimitation claire, cela ne signifie pas pour autant qu'ils soient synonymes.

⁸³⁷ Cf. *supra* p. 149 et p. 247 n. 1006.

⁸³⁸ Cf. *supra* p. 71 n. 323.

Il a été observé que ces emplois suivaient tout de même une certaine logique. Dans les textes étudiés, *causa* renvoie toujours à une idée d'origine de l'acte, dans un aspect justificateur de celui-ci, tandis que *res* renvoie à celle de but abstrait poursuivi par l'acte. Par ailleurs, leur opposition ressort de manière particulièrement claire dans certains textes⁸³⁹, ce qui empêche également de conclure à la synonymie. Cette observation nous a conduit à reléguer la distinction d'une part sur le plan volitif individuel, qu'est le motif qui pousse la partie à contracter, échanger avec autrui, motif qui deviendra commun. D'autre part, la distinction s'établit également sur un plan pratique et concret, cette volonté transparait et se manifeste dans la réalité factuelle en un acte ou une prestation. Les termes *causa* et *res* renvoient tous deux à la contre-prestation, mais chacun avec une fonction particulière : d'un côté, une idée de légitimation et de l'autre, une perspective de but. Même si, en pratique, elles renvoient au même objet (la contre-prestation), cette fonction permet de connaître la perspective prise par les parties à l'échelle individuelle et la valeur que lui accorde l'ordre juridique à chaque cas particulier. Leur proximité conceptuelle et leurs usages dans des contextes similaires⁸⁴⁰ sont des raisons de penser qu'ils correspondent à la même chose : la *causa* au sens large dépeinte par ULPIANUS, D. 2.14.7.2. Mais chacun renvoie à ce concept en révélant un de ses aspects, qu'il soit téléologique ou étiologique.

Il convient à présent de préciser et reprendre toutes les conclusions auxquelles nous sommes parvenus dans ce sous-chapitre.

La constatation majeure tient à ce que *res* et *causa* semblent prendre chacune une forme particulière similaire à la *causa contractus* étudiée au premier chapitre. Ces deux facettes, respectivement étiologique et téléologique, constituent ensemble le noyau de la *causa* comme motifs objectifs communs et déterminés de contracter. Nous avons vu que chaque expression a une fonction plus ou moins régulière qui lui est propre. L'utilisation de l'une ou de l'autre semble dictée par la réalité pratique du cas d'espèce.

Nous avons examiné, par ailleurs, le bien-fondé de trois autres critères qui auraient pu être déterminants dans la distinction entre *ob rem* et *ob causam* : les critères de la temporalité, de l'exécution et de la conséquence juridique. Nos analyses nous amènent à rejeter ces trois critères. Le critère de la conséquence juridique (soit l'attribution d'un droit d'action en répétition) ne semble pas jouer de rôle dans l'emploi d'*ob rem* ou d'*ob causam*. L'irrégularité des différents éléments dans les textes démontre que l'usage d'*ob causam* ou d'*ob rem* ne conditionne pas l'attribution d'un droit de répétition. En effet, les sources font état de solutions disparates à propos de l'applicabilité

⁸³⁹ D. 12.6.52; D. 12.5.1 pr.; D. 12.6.65 pr.; D. 39.5.19.5/6.

⁸⁴⁰ La proximité conceptuelle du but et du fondement a également été soulevée par KASER (1971) p. 597 n. 42.

de la *condictio* en fonction du type de *datio* (*ob rem* ou *ob causam*), ce qui empêche de faire ressortir une tendance claire. En outre, aucun lien n'a pu être établi entre le type de dation (*ob rem* ou *ob causam*) et le stade d'exécution de la relation juridique (exécutée ou inexécutée). Aucune tendance ne s'est dessinée, si ce n'est que le stade d'exécution (complète ou partielle) pris individuellement semblait déterminer l'attribution d'un droit de répétition. Aussi, nous avons observé que la chronologie d'un acte par rapport à l'autre n'influait pas significativement leur définition respective. Ces trois critères de distinction ne fonctionnent donc pas complètement. L'absence de régularité des emplois d'*ob rem* ou d'*ob causam* en lien avec un droit d'action en répétition accordé ou non pourrait s'expliquer d'une part, par la prise en compte des circonstances particulières des cas d'espèce et d'autre part, par une évolution des besoins de la pratique au fil des siècles.

Nous soutenons que ces deux notions revêtent un sens distinct en raison de leur différence fonctionnelle (*causa* est étiologique; *res* est téléologique) et de leur emploi alternatif dans les procédures de *condictiones*⁸⁴¹. Bien qu'elles demeurent coexistantes durant la relation juridique, elles obéissent cependant à une causalité interne, par laquelle le fondement justifie causalement le but. En d'autres termes, de manière générale, le critère distinctif se résume non en une hiérarchie chronologique de principe⁸⁴² – bien qu'elle puisse exister dans quelque cas, mais plutôt en une relation causale et fonctionnelle du fondement sur le but (cf. POMPONIUS, D. 12.6.52). A partir de fragments contenant des formulations spécifiques (*do ut des/do quod des/ob causam accipit*)⁸⁴³, nous avons montré qu'elles étaient reliées entre elles, ce qui implique que chaque acte contient en lui-même et manifeste en même temps le fondement et le but. L'acte est en pratique porteur de la *causa*, sans être nécessairement son générateur. La *causa* peut d'ailleurs désigner et se matérialiser en un acte qui s'est déjà produit, donc être assortie d'une valeur passée. En ce sens, une chronologie entre la *causa* et le but ne peut être totalement exclue⁸⁴⁴. Nonobstant, cette observation ne peut pas être érigée en principe applicable à toutes les situations, puisqu'il existe des cas où *res* et *causa*, désignant concrètement par extension la contre-prestation, se produisent chacune simultanément à la contre-prestation⁸⁴⁵, dans l'avenir⁸⁴⁶ ou dans des cas indéterminés⁸⁴⁷.

⁸⁴¹ D. 12.5.1 pr.; D. 12.6.52; D. 12.6.65 pr.

⁸⁴² Textes ne présentant pas de hiérarchie chronologique entre *ob rem* et *ob causam*: D. 12.5.1; D. 12.6.65.2; D. 12.7.2; D. 12.7.4; D. 12.7.1.1; D. 12.6.23.3; D. 39.5.19.5 et 6.

⁸⁴³ *Do quod des*: D. 12.6.52; D. 12.6.65.2; D. 12.6.65.3. *Do ut des*, notamment: D. 12.6.52; D. 2.14.7.2; D. 19.5.5; D. 12.4.16. *Ob causam accipit*: D. 19.5.15.

⁸⁴⁴ Exemple de POMPONIUS, D. 12.6.52.

⁸⁴⁵ D. 19.5.15. En particulier pour *res*: D. 39.5.19.6.

⁸⁴⁶ ULPIANUS, D. 12.4.3.7; D. 12.4.15 *ab initio*; PAULUS, D. 12.6.65.3 *ab initio*.

⁸⁴⁷ C'est le cas pour certains textes où il est difficile de se prononcer sur la séquence temporelle des actions ou lorsque les fragments ne mentionnent simplement pas l'antériorité d'un acte sur l'autre: D. 12.5.1; D. 12.7.4; D. 12.7.1.1; D. 12.6.23.3; D. 39.5.19.5.

Ces éléments permettent d'affirmer qu'*ob rem* et *ob causam*, dans le cadre des *condictiones*, ne sont pas synonymes, mais dissociés sur la base de leurs fonctions divergentes. Les formulations *do ut des* et *do quod des* nous ont appris que *res* et *causa* sont aussi coexistantes, autant d'un point de vue abstrait (la valeur attribuée volitivement) que concret (la prestation manifestant *res* ou *causa*; la prestation est la *causa* ou la *res* par extension). Ces fonctions, exprimant la perspective de l'individu durant la relation juridique, désignent cependant le même objet matériel. En effet, la contre-prestation représente le fondement de l'exécution de la prestation ainsi que le but poursuivi par l'exécutant. La notion de fondement se recoupe avec celle du but.

Une opposition entre les termes, marquée clairement dans certains textes⁸⁴⁸, ne signifie pas pour autant que ces deux notions ne vivent pas en interaction. La rigidité de la distinction devrait selon nous être assouplie. D'autres textes⁸⁴⁹, tout aussi clairs, ne les opposent pas forcément, mais suggèrent d'adopter une distinction souple; ils relèguent la distinction à la fonction propre de chaque terme. Cette absence d'opposition directe devrait être interprétée comme une nuance à leur distinction catégorique. Ainsi, *ob causam* et *ob rem* ont certes une fonction distincte sur la base de certains fragments, mais ils restent indissociables et coexistants. En d'autres termes, il ne s'agit pas d'une distinction absolue et imperméable, mais plutôt relative. Pour cette raison, une approche fonctionnelle semble se prêter à la nature du sujet parce qu'elle a l'avantage de prendre en compte une telle spécificité.

2. Le modèle fonctionnel à l'épreuve des textes les plus ambivalents : la proximité conceptuelle remet-elle en cause l'approche fonctionnelle ?

2.1. Introduction

Dans ce présent sous-chapitre⁸⁵⁰, nous examinerons les textes les plus ambigus, ce qui accentuera davantage la nécessité d'adopter une approche fonctionnelle. Nous chercherons à établir si une conciliation entre ces usages confus de *res* et *causa* demeure possible. La proximité conceptuelle des termes sera par ailleurs mise en exergue par les textes qui semblent *a priori* confondre les notions de *res* et *causa*. Il s'agira d'établir s'il existe une véritable confusion indiquant une synonymie occasionnelle des termes ou si elle ne serait qu'une marque de proximité conceptuelle, tempérant et relativisant le caractère absolu de la distinction.

⁸⁴⁸ D. 12.6.65 pr.; D. 12.6.52; D. 12.5.1 pr.

⁸⁴⁹ Nous renvoyons aux textes qui viennent d'être analysés, excepté le texte de POMPONIUS, D. 12.6.52, qui participent à la définition fonctionnelle, cf. *supra* pp. 145-157.

⁸⁵⁰ Cf. *infra* pp. 200-255.

Dans cette perspective, nous examinerons d'abord les textes mélangeant *ob causam* et la finalité (2.2), puis les textes intégrant la notion de condition comme élément futur et son lien avec les notions de *res* et *causa* (2.3). Enfin, les formulations spécifiques utilisées autant avec *ob rem* qu'avec *ob causam* seront étudiées (2.4).

2.2. *Ob causam* et finalité: marqueur de coexistence avec *ob rem*?

La distinction entre *causa* et *res* n'est pas totalement nette et stricte dans certains textes⁸⁵¹. On trouve parfois des attestations d'*ob causam* (en vertu d'une cause) en présence d'une notion finale, assortie de *ut*, alors que la finalité constitue en général la caractéristique d'*ob rem* (pour un but)⁸⁵².

Comment doit-on interpréter ces attestations? Cela remet-il en question les définitions que nous avons attribuées respectivement à *ob rem* et *ob causam*? Doit-on nuancer notre opinion et parvenir à la conclusion d'une distinction relative? Serait-ce simplement une marque de leur coexistence dans la même relation juridique? Ou alors, cela signifie-t-il qu'il faille admettre leur synonymie?

Nous soutenons que la présence d'*ob causam* avec une finalité dans une même phrase ne signifie pas qu'il faille la confondre avec *ob rem*. Il faudrait plutôt comprendre cette apparente confusion comme un marqueur indicatif de leur coexistence, ces deux éléments étant à l'origine d'une relation juridique contractuelle et agissant comme composants structurels de celle-ci.

Afin de pouvoir répondre à ces questionnements, nous procéderons à l'analyse de ces textes associant *ob causam* et notion finale. Ces exégèses seront utiles pour déterminer la nature du lien entre *ob causam* et la finalité, ainsi que pour décider si cela doit conduire à considérer *res* et *causa* comme synonymes. Nous analyserons d'abord les textes confus en apparence, qui, après un examen approfondi, révéleront une fonction correspondant à celle qui ressortait des textes étudiés dans le premier chapitre⁸⁵³. Ensuite, nous poursuivrons avec des textes ambivalents sur l'emploi de *res* et *causa*, où il n'est véritablement pas aisé d'expliquer leur raison d'être.

2.2.1. Textes d'apparence ambivalente

2.2.1.1. ULPIANUS, D. 12.4.5 pr. *ab initio*

Le texte d'ULPIANUS, D. 12.4.5 pr. *ab initio* présente un certain intérêt parce qu'il mentionne autant la finalité que le fondement (exprimé par *ob causam*).

Une difficulté particulière ressort du fait que le terme *causa* dans ce texte renvoie à une contre-prestation exprimée sous forme finale. Il en résulte une certaine difficulté

⁸⁵¹ Contre l'idée d'une opposition radicale, voir DALLA MASSARA (2004) p. 253.

⁸⁵² Cf. *supra* pp. 145 ss.

⁸⁵³ Cf. *supra* pp. 81 ss.

à comprendre comment s'articulent ces deux éléments finalité-fondement ce qui pourrait suggérer que leur usage est variable.

Cet obstacle a mené la doctrine à considérer que le terme *causa* de ce texte devrait être substitué par *res* parce que cette dernière exprime une finalité⁸⁵⁴.

Nous verrons cependant qu'une interprétation visant à admettre une double perspective fonctionnelle pourrait pallier cette difficulté et tend à confirmer notre modèle. L'existence des deux fonctions résulterait de la prise en compte de la perspective de chaque partie. La finalité est exprimée du point de vue d'une partie, alors que le terme *causa* est utilisé comme fondement justificateur de la perspective de l'autre partie. Une double perspective permettrait ainsi de saisir la cohérence de l'emploi de *causa* et réaffirmer sa fonction d'étiologie justificatrice.

ULPIANUS, D. 12.4.5 pr. *ab initio*

«Si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas, deinde parato tibi ad proficiscendum condicio temporis vel valetudinis impedimento fuerit, quo minus proficisceris, an condici possit, videndum: et cum per te non steterit, potest dici repetitionem cessare: sed cum liceat paenitere ei qui dedit, procul dubio repetetur id quod datum est, nisi forte tua intersit non accepisse te ob hanc causam pecuniam».

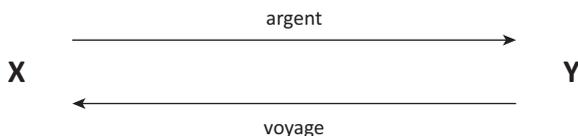
Si tu as reçu de l'argent pour aller à Capoue, et qu'ensuite, lorsque tu étais prêt à partir, le temps ou ta santé ne te l'a pas permis, examinons s'il [celui qui t'a donné] peut répéter [la somme que tu as reçue]. On pourrait dire que la répétition ne s'applique pas, puisque ça ne dépendait pas de toi [que le voyage n'ait pas eu lieu]. Mais, comme il est permis à celui qui a donné de se rétracter, il n'y a pas de doute qu'il répétera ce qu'il a donné, à moins que par hasard il soit dans ton intérêt de ne pas avoir reçu la somme d'argent en vertu de cette cause.

En substance, ULPIANUS se pose la question de savoir si une somme d'argent déjà donnée peut être récupérée si la contre-prestation attendue ne s'est pas produite.

D'abord, l'auteur décrit l'état de fait pour lequel il proposera une solution juridique. Il est question de deux individus qui négocient une affaire visant à donner de l'argent en échange d'un voyage à Capoue. En l'espèce, l'argent est donné, mais la contre-prestation n'a pas été exécutée en raison d'intempérie ou maladie.

La relation juridique peut être exprimée schématiquement de la manière suivante, où X est la personne qui donne l'argent et Y est celui qui doit effectuer le voyage à Capoue:

⁸⁵⁴ Il semble que pour cette raison, SCHWARZ (1952) p. 128 considère l'expression *ob causam* dans ce texte comme une interpolation.



Ensuite, ULPIANUS précise la partie en droit en commençant par énoncer tout généralement que, dans ce genre de cas, la répétition ne devrait pas avoir lieu. Il poursuit en justifiant la raison de l'application d'une telle solution, puis propose une solution particulière par rapport à deux cas de figure. Dans le premier cas (*sed cum liceat ... repetetur id quod datum est*), l'auteur justifie la répétition par la possibilité de rétractation de la volonté de donner de X (celui qui donne l'argent). Dans le second (*nisi forte tua intersit ... ob hanc causam pecuniam*), il détermine l'attribution ou non d'un droit de répétition selon la perspective de Y (celui qui reçoit) en utilisant le terme *causa* pour parler de la contre-prestation qu'est le voyage.

Le mot *causa* renvoie par *hanc causam* («cette cause») à une prestation (le voyage à Capoue) exprimée sous forme de but (*ut Capuam eas*). Mais cette constatation n'empêche pas de considérer que la *causa* ait une fonction de fondement de recevoir dans sa structure d'origine.

Cette dernière idée s'explique par un renversement de perspective effectué par ULPIANUS. La différence de perspective entre les deux sujets acteurs de la relation juridique permet de légitimer l'usage du terme *causa* comme fondement de recevoir et d'agir et non *causa* comme but. En effet, la perspective des parties X et Y est déterminante pour la compréhension de ce texte.

Le début du passage concentre l'attention sur le point de vue de X parce qu'il est le seul à effectuer sa prestation et, dans cette mesure, ULPIANUS cherche à savoir s'il peut récupérer ce qu'il a déjà donné. En revanche, la fin du passage, parce que l'auteur entend montrer l'importance accordée par Y à sa propre prestation, indique un changement de perspective en la personne de Y. Avec ce regard, il nous faut désormais analyser la *causa* en relation avec la proposition finale introduite par *ut*.

Du point de vue de X, le fait qu'Y aille à Capoue représente son propre but, soit une forme d'attente de contre-prestation. Le voyage à Capoue, bien qu'il constitue en soi son but, exprime par ailleurs la justification de sa propre prestation en argent. Autrement dit, le début du passage est vu avec les yeux de X, pour qui le fondement de sa propre prestation en argent est le voyage à Capoue. X donne l'argent parce que Y ira à Capoue. En somme, pour X, le but et le fondement de donner se manifestent dans le même objet matériel.

ULPIANUS se focalise ensuite sur la perspective de Y. L'auteur utilise la volonté de Y comme élément déterminant pour attribuer un droit de répétition à l'autre partie (X).

La volonté de Y porte sur l'existence d'un intérêt à recevoir de l'argent contre une prestation comme le voyage à Capoue. Si cette activité est tout aussi importante que de recevoir l'argent aux yeux de Y, elle est une contre-prestation constituant le fondement pour Y de recevoir l'argent.

De cette manière, ULPIANUS tente de justifier l'attribution ou non d'un droit de répétition. S'il existe, pour le défendeur Y, un intérêt à recevoir l'argent en échange précisément d'une prestation, la répétition sera accordée au demandeur X. C'est-à-dire que si la contre-prestation, en tant que fondement de recevoir l'argent, était déterminante pour Y dans la relation juridique, l'autre partie aura le droit de répéter.

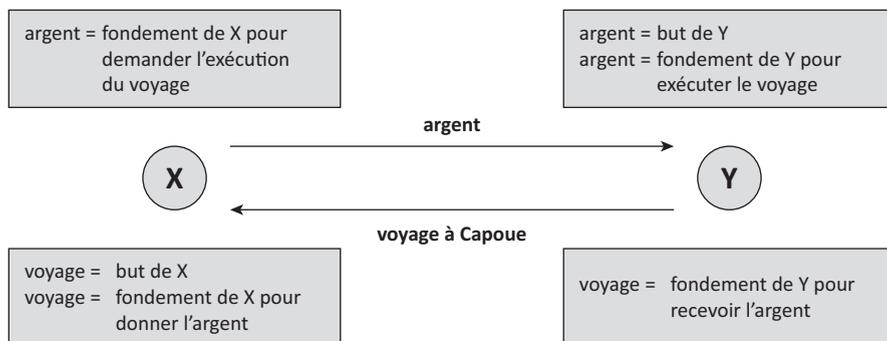
Alors que, s'il n'est pas important pour Y de recevoir l'argent en vertu de cette cause qu'est le voyage à Capoue, la répétition ne sera pas accordée.

Autrement dit, ULPIANUS attribue une certaine importance à la volonté de Y : la dation en argent ou l'exécution du voyage à Capoue. Si le voyage à Capoue n'est pas si important aux yeux de Y, il ne doit pas être considéré comme une contre-prestation. Ceci suggère d'ailleurs indirectement que, si, pour Y, seule la dation de l'argent est importante, la relation juridique s'apparenterait à une donation et que le terme *causa* ne doit pas être comprise au sens de «contre-prestation». Dans ce cas, le rapport juridique ne serait pas à considérer comme une sorte de convention atypique, mais comme une donation parce que seule la dation en argent compte pour Y.

En outre, pour répondre à la doctrine préconisant la substitution de *causa* par *res*, s'il est vrai que *hanc* va corrélérer *causa* à *ut Capuam eas* et donc à la contre-prestation exprimée sous forme finale, cela ne signifie pas que, de la perspective de Y, l'objet désigné constitue son but. En effet, aller à Capoue représente le but poursuivi par la partie qui fournit la prestation en argent (soit X). Or, dans la perspective de Y, recevoir l'argent constitue son but, tandis que le voyage à Capoue représente son fondement à recevoir l'argent.

Concrètement, les deux perspectives se recoupent par la désignation du même objet : le voyage à Capoue. Pour X, le voyage à Capoue constitue à la fois son but et le fondement de sa propre prestation. Pour Y, le voyage justifie la réception de la prestation de X (l'argent), cette dernière constituant aussi le but de Y. Le but de l'un est le fondement de l'autre pour justifier sa réception de la prestation. A cet égard, le terme *causa*, désignant une justification dans la perspective de Y pour recevoir sa prestation, est légitime : on ne doit pas le définir comme un but.

Cette interprétation du fragment peut être schématisée de la manière suivante :

Schéma n° 10: relation d'échange entre X et Y *ad D. 12.4.5 pr. ab initio*

Ce schéma représente les deux perspectives en jeu. D'abord, dans la perspective de X, le voyage à Capoue (but de X) l'oblige à une prestation, consistant en une somme d'argent (fondement de donner de X). Ensuite, dans celle de Y, recevoir l'argent est son but et sa propre prestation, le voyage à Capoue, est le fondement de recevoir permettant de justifier l'acquisition de l'argent. Ainsi, le but de X est que Y aille à Capoue, alors que celui de Y est de recevoir l'argent.

Pour ainsi dire, le but de l'un correspond au fondement de l'autre pour recevoir ou pour donner.

Dans cette logique, on peut mieux comprendre qu'ULPIANUS ait usité du terme *causa*. D'une part, la *causa* sert à justifier la réception de l'argent pour Y et, d'autre part, cet acte de recevoir trouve son fondement dans la propre prestation de Y – qui, elle, est par ailleurs considérée comme le but de X. Selon ULPIANUS, si l'on prend le point de vue de Y, l'emploi du terme *causa* se justifie, car il renvoie à sa raison de recevoir (*accipere*) l'argent, soit sa propre prestation (le voyage à Capoue).

En somme, nous soutenons que la fonction étiologico-justificatrice serait de mise dans ce texte, même si le terme *causa* renvoie matériellement à un élément représentant la finalité de X. Dans cet ordre d'idées, la confusion fonctionnelle entre le but et le fondement suggérée par le texte n'en serait en réalité pas une.

Ce texte, comme celui de D. 19.5.15, montre un double élément de justification: la raison de donner pour chacune des parties et celle de recevoir. La fonction du terme *causa* est donc toujours la même (*i.e.* l'étiologie justificatrice). L'idée de justification manifestée par le terme *causa* exprime d'une part le fait que la réception de l'argent par Y était fondée sur sa propre prestation et, d'autre part, que la prestation déjà effectuée par X (l'argent) avait un fondement (le voyage). On comprend alors que la notion de *causa* trouve tout son sens, autant dans la vision de X que celle de Y.

En effet, dans la dernière phrase du passage, ULPIANUS précise qu'il est reçu en vertu d'une *causa* (soit le voyage à Capoue), ce qui exprime bien l'idée d'origine et de justification de la réception de l'argent. Et ce, même si l'auteur ne lui accorde que peu d'intérêt pour la conséquence juridique visée (l'irrépétibilité).

Les deux fonctions finale et étilogico-justificatrice sont ainsi bien présentes dans la relation juridique, sans pour autant s'assimiler. Leur coexistence s'explique en raison du fait que les prestations de chacun sont à la fois le but de l'un et la cause de l'autre. Cependant, la désignation par le terme spécifique de *causa* permet d'attribuer une valeur différente à la prestation matérielle.

2.2.1.2. ULPIANUS, D. 19.5.15 *ab initio*

Le fragment d'ULPIANUS, D. 19.5.15 *ab initio* prend la tournure suivante.

«Solent, qui noverunt servos fugitivos alicubi celari, indicare eos dominis ubi celentur: quae res non facit eos fures. Solent etiam mercedem huius rei accipere et sic indicare, nec videtur illicitum esse hoc quod datur. Quare qui accipit, quia ob causam accipit nec improbam causam, non timet conditionem».

Ceux qui connaissent le lieu où les esclaves fugitifs se cachent ont coutume de révéler à leur maître où ceux-ci se trouvent: ceci ne fait pas d'eux (*i.e.* les délateurs) des voleurs. Ils sont même dans l'usage à recevoir une récompense pour ceci (*i.e.* l'information), et ainsi d'en révéler la cachette, et ce qui est donné n'apparaît pas comme illicite. C'est pourquoi, celui qui a reçu, parce qu'il a reçu en vertu d'une cause et qui n'est d'ailleurs pas malhonnête, ne craint pas la *condictio*.

Dans ce texte, il faut admettre qu'un aspect final se dégage de la formulation particulière décrivant le but poursuivi par chacune des parties (*mercedem huius rei accipere* et l'information de la cachette des esclaves fugitifs). Cette notion finale, indiquant une perspective de réalisation d'une attente, aurait dû normalement impliquer la présence de *res* et non de *causa*⁸⁵⁵. Cependant, la présence du terme *causa* est justifié par la structure du rapport juridique (qui suppose la présence des notions de but et de fondement) et l'objectif de justification d'ULPIANUS.

D'abord, il faut noter que la nature du rapport entre les parties revêt implicitement une structure synallagmatique⁸⁵⁶. En l'occurrence, la prestation consistant à recevoir une récompense se combine à celle visant à donner des informations sur la cachette des esclaves fugitifs. Implicitement, le but d'obtenir de l'argent est contrebalancé par le

⁸⁵⁵ Selon DALLA MASSARA (2004) p.227, l'attribution patrimoniale attendue doit être considérée comme un événement futur, ce qui caractérise *res*.

⁸⁵⁶ En revanche, pour DALLA MASSARA (2004) p.230, le caractère implicite de la relation synallagmatique est attribuable plus au deuxième cas de figure présenté par ULPIANUS, D. 19.5.15 *in fine* qu'au premier.

fondement en vertu duquel on reçoit, exprimé par la formule *ob causam accipere* (recevoir en vertu d'un fondement)⁸⁵⁷. La *causa* renvoie en l'occurrence à la contre-prestation faite par les délateurs: la dénonciation de la cachette des esclaves fugitifs. Le fait de recevoir en vertu d'une *causa* reflète en réalité une formulation inversée du modèle contractuel «donner dans un but ou en vertu d'un fondement» (*do ut des/do quod des; do ut facias/facio ut des*) présent dans d'autres fragments⁸⁵⁸. La structure du rapport qui ressort en filigrane ressemble à celui d'une situation contractuelle du type *do ut facias/facio ut des*, même si la protection contractuelle n'est pas invoquée⁸⁵⁹. Le rapport juridique, comme un contrat atypique, prend la forme de l'échange d'intérêts ou de prestations, chacune étant le but et le fondement d'agir de l'autre. En l'espèce, à supposer que A (les délateurs) sache où se cache les esclaves fugitifs, son but est que l'autre partie (le maître) lui donne l'argent. En outre, la raison qui justifie le but de A est sa propre prestation (soit l'indication de la cachette des esclaves). De cette manière, le but de A se confond avec le fondement de l'autre partie. Ainsi, la relation juridique prend la forme d'un contrat atypique synallagmatique.

Ces considérations nous amènent à penser que, selon ce texte et comme déjà observé pour D. 12.4.5 pr. *ab initio*, la justification de recevoir l'argent est concrètement la propre prestation du délateur. En d'autres mots, il reçoit parce qu'il donne: le terme *causa* prend tout son sens dans ce genre de configuration.

Une autre dimension justificative émane par ailleurs du terme *causa* dans ce contexte particulier: l'auteur cherche à justifier pourquoi *in casu* le témoin ne se verra pas intenter une *condictio*. En l'espèce, ULPIANUS justifie la non-application de la *condictio* parce qu'il a reçu en vertu d'une cause existante et honnête (*quia ob causam accipit nec improbam causam*)⁸⁶⁰.

Ainsi, la désignation de la contre-prestation, non sous forme de but qui impliquerait la présence de *res* au lieu de *causa*, mais sous forme *ob causam* est compréhensible. En effet, il découle de ces constatations que le cas d'espèce dénote une structure synallagmatique où le but et la notion de fondement justificateur sont forcément présents. En l'occurrence, le but de l'un se confond avec le fondement de l'autre. Le but est une notion connexe à celle de *causa*, qui apparaît en filigrane, car il n'y a pas de but sans fondement causal. Le type de contrat à double prestation nous en donne un indice:

⁸⁵⁷ Parce qu'*ob causam* renvoie à un élément final dans ce texte, SCHWARZ (1952) p. 128 la considère comme une interpolation et préconise de la substituer par *ob rem*.

⁸⁵⁸ Cf. analyse *supra* pp. 191 s et pp. 193 ss.

⁸⁵⁹ DALLA MASSARA (2004) p. 228 voit cette relation juridique comme une négociation, mais pour laquelle n'est pas invoquée la protection contractuelle en exécution de la contre-prestation. Pour lui, ce fragment n'atteste pas d'un cas contractuel.

⁸⁶⁰ DALLA MASSARA (2004) p. 226 justifie la présence du terme *causa* au lieu de *res* en raison de la stabilité de l'attribution que la *causa* suppose.

l'un des protagonistes donne des informations pour obtenir une récompense. D'une part, le but du témoin est de recevoir l'argent et il se base sur le don d'information. D'autre part, le but de celui qui cherche les esclaves est d'obtenir ces informations et, pour les obtenir, il se fonde sur sa prestation en argent.

2.2.1.3. PAPINIANUS, D. 19.5.9 *ab initio*

Le texte de PAPINIANUS, D. 19.5.9 *ab initio* est ambigu sur le sens qu'il faudrait attribuer au mot *causa* parce qu'il semble lui assortir un caractère final.

PAPINIANUS, D. 19.5.9 *ab initio*

« *Ob eam causam accepto liberatus, ut nomen Titii debitoris delegaret, si fidem contractus non impleat, incerti actione tenebitur* ».

Quelqu'un a été libéré de sa dette pour la cause de déléguer celle-ci à l'un de ses débiteurs nommé Titius ; s'il ne remplit pas l'engagement du contrat, il sera tenu par l'*actio incerti*.

Ce texte aborde le cas d'une convention entre un créancier et son débiteur disposant que ce dernier sera libéré de sa dette lorsqu'il la délèguera à un tiers. En d'autres termes, le débiteur sera libéré en échange d'une délégation de sa dette à un tiers.

Le sens à donner au terme *causa* dans ce texte est rendu difficile par la présence d'une valeur finale (par *ut*) et la mention d'une certaine *causa* (*ob eam causam*)⁸⁶¹.

Une interprétation basée sur les perspectives respectives des parties, comme pour le texte D. 12.4.5 pr.⁸⁶², permet de comprendre l'emploi successif du terme *causa* et de la finale introduite par *ut*. Il appert qu'une telle interprétation légitimerait l'emploi du terme *causa*.

Il semble en effet que le fragment prenne la perspective du créancier pour désigner la contre-prestation : la délégation de la dette du débiteur à Titius (*ut nomen Titii debitoris delegaret*), prestation du débiteur, constitue le but du créancier. Même si le terme *causa* semble aussi désigner cette contre-prestation, elle représente pour le créancier le fondement de sa propre prestation, *i.e.* la libération de dette. Par ailleurs, il résulte de la nature de ce type de contrat que, s'il existe un but, celui-ci se base forcément sur une raison, une *causa*.

⁸⁶¹ La difficulté posée par ce passage a amené SCHWARZ (1952) p. 164 à considérer qu'*ob eam causam accepto liberatus, ut nomen Titii debitoris delegaret* était interpolé.

⁸⁶² Cf. *supra* pp. 201 ss.

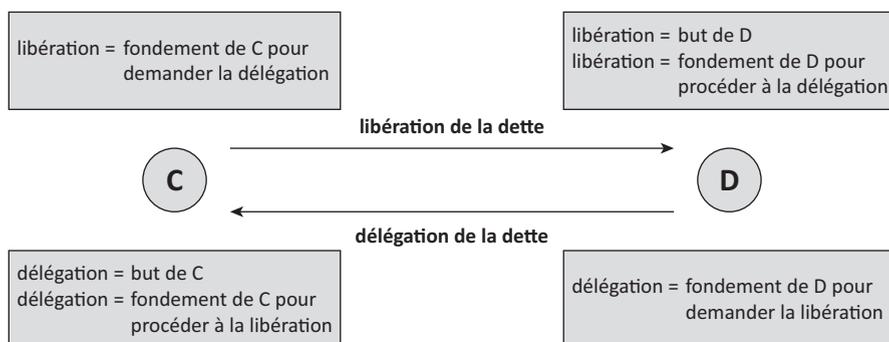


Schéma n° 11: relation d'échange entre C et D *ad D. 19.5.9 ab initio*

Grâce à cette vision bipartite, on observe que chaque prestation remplit une double fonction. D'un côté, la délégation de la dette est à la fois le fondement d'agir et le but du créancier. De l'autre, la libération de la dette est à la fois le fondement d'agir et le but du débiteur. En l'occurrence, la perspective prise serait celle du créancier: pour celui-ci, la *causa* de la libération de la dette désigne concrètement la contre-prestation, soit le but visé.

En somme, si l'on considère les perspectives de chacune des parties révélant la fonction de la *causa* et la nature du contrat, le fragment paraît plus compréhensible. Le terme *causa* renvoie à la prestation du débiteur, exprimée sous forme de but pour le créancier (*i.e.* la délégation de la dette à un tiers). Autrement dit, cela signifie que la prestation du premier motive et légitime la prestation du second (*i.e.* la libération de la dette). Par une telle interprétation, l'emploi du mot *causa* renvoie indirectement à la notion de but et induit ainsi une certaine proximité conceptuelle entre les deux notions que sont la finalité et la causalité au sein de la même relation contractuelle.

2.2.2. Textes réellement ambivalents: PAULUS, D. 12.5.1 pr. et 2

Outre les textes D. 12.4.3.7 et D. 12.4.15 *ab initio* que nous avons déjà abordés⁸⁶³, d'autres demeurent vagues, complexes à interpréter et rendent confus l'emploi de *res* et *causa* pour diverses raisons.

PAULUS, D. 12.5.1 pr.⁸⁶⁴, disposant une alternative entre une *datio ob rem* et une *datio ob causam*, règle le principe de répétition d'une dation malhonnête (*turpis*), qu'il

⁸⁶³ Cf. analyse *supra* pp. 168 ss.

⁸⁶⁴ PAULUS, D. 12.5.1 pr.: «*Omne quod datur aut ob rem datur aut ob causam, et ob rem aut turpem aut honestam: turpem autem, aut ut dantis sit turpitude, non accipientis, aut ut accipientis dumtaxat, non etiam dantis, aut utriusque*» (Tout ce qu'on donne, l'est soit pour avoir une chose, soit en vertu d'une cause, et [quand on donne pour une chose,] la chose qu'on veut avoir est soit honnête, soit déshonnête: elle est déshonnête, soit du fait de celui qui donne et non de celui qui reçoit, soit du fait de celui qui reçoit seulement et non de celui qui donne, soit du fait de tous les deux).

qualifie de *datio ob rem*⁸⁶⁵. Le texte n'est pourtant pas clair à deux égards. Premièrement, la seule alternative ne permet pas de comprendre si ce principe est applicable également à une *datio ob causam*. Secondement, la formulation du texte laisse planer le doute sur l'applicabilité de l'aspect final uniquement à *ob rem* en vertu de la conjonction *ut* ou s'il faudrait aussi l'appliquer à *ob causam*⁸⁶⁶.

ULPIANUS, D. 12.5.2 pose un problème similaire d'interprétation : on ignore lequel du but (*res*) ou du fondement (*causa*) est qualifié de *turpis*⁸⁶⁷. En effet, il est difficile de savoir si ces cas font référence à l'acte de donner ou de recevoir, et encore s'ils se rapportent au but ou au fondement qu'il faudrait alors qualifier de *turpis* pour engendrer un droit d'action.

ULPIANUS, D. 12.5.2

«pr. *ut puta dedi tibi ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas. In qua specie Iulianus scribit, si tibi dedero, ne hominem occidas, condici posse: 1. item si tibi dedero, ut rem mihi reddas depositam apud te vel ut instrumentum mihi redderes. 2. Sed si dedi, ut secundum me in bona causa iudex pronuntiaret, est quidem relatam condictioni locum esse: sed hic quoque crimen contrahit (iudicem enim corrumpere videtur) et non ita pridem imperator noster constituit litem eum perdere*».

Pr. Par exemple, je t'ai donné pour que tu ne commettes pas de sacrilège, ni de larcin et que tu ne tues pas un homme. Dans ce cas, IULIANUS écrit que, si je t'ai donné pour que tu ne tues pas un homme, la *condictio* est possible : 1. De même si je t'ai donné pour que tu me rendes une chose placée en dépôt chez toi ou pour que tu me rendes un instrument. 2. Mais si j'ai donné pour qu'un juge se prononce en ma faveur dans une bonne cause, on rapporte assurément qu'il y a lieu d'intenter une *condictio* : mais là aussi on commet un crime (en effet, on voit qu'il corrompt le juge) et il n'y a pas si longtemps notre empereur a décidé qu'un jugement le perdait.

La première incertitude vient du fait qu'ULPIANUS, D. 12.5.2 commence par *ut puta* (locution à valeur illustrative). ULPIANUS ne précise pourtant pas quel principe de base il entend illustrer : un droit d'action découlant de *ob rem turpem datur* ou *turpis causa accipientis*? Ensuite, un autre problème réside en la systématique et le contenu de ces fragments ulpiens. En effet, ces textes sont situés à la suite d'un fragment

⁸⁶⁵ HONSELL (1974) p. 74 et p. 77 ainsi que KUPISCH (1987) p. 429 soutiennent que la *datio ob turpem causam* serait un cas particulier de *datio ob rem*.

⁸⁶⁶ SCHWARZ (1952) p. 118 attribue la finalité uniquement à *ob rem*.

⁸⁶⁷ SCHWARZ (1952) p. 119 estime que les textes de D. 12.5 contenant *ut* sont à ranger sous *ob rem dare*, et que cette classification résulterait de la main des compilateurs. Il précise par ailleurs p. 119 n. 8 que cette catégorisation n'était pas forcément valable pour les auteurs classiques.

de PAULUS mentionnant en dernier lieu la *turpis causa accipientis*^{868/869}, alors qu'ils indiquent eux-mêmes la finalité de l'acte incriminé ou non. Les textes ulpiens D. 12.5.2 ne sont pas clairs s'il est question d'*ob rem datur* ou d'*ob causam accipientis*.

Concernant la première problématique soulevée, ce flou interprétatif est engendré par l'imprécision de la place de la locution *ut puta*⁸⁷⁰ (i.e. par exemple) de ULPIANUS, D. 12.5.2 pr. *ab initio* par rapport à la subdivision des paragraphes. Le problème réside dans le fait qu'on ignore à quel principe général *ut puta* se réfère. La question est d'autant plus problématique que l'auteur du texte contenant *ut puta* diffère. Il s'agit ici d'ULPIANUS, alors que les textes précédents, de contenu relativement général et abstrait, sont attribués à PAULUS, D. 12.5.1. Le texte d'ULPIANUS semble avoir été retranché, puisque la phrase commence par un élément descriptif dont il est d'usage qu'il entre en continuité avec un élément le précédant, en raison de sa qualité illustrative⁸⁷¹. Dès lors, on ne sait pas quel cas est visé: *turpitude accipere* ou *turpitude dare*? Ou *ob causam turpitude dare/accipere*, ou encore *ob rem turpitude dare/accipere*? Cette hésitation persiste même si MOMMSEN/KRUEGER ont proposé une ponctuation suggérant une énumération par l'usage des deux points («:») à la fin de D. 12.5.1.2⁸⁷².

Si l'on retenait *turpiter dare*, un problème d'incohérence apparaîtrait entre les textes d'ULPIANUS, D. 12.5.2.1 et PAULUS, D. 12.5.3⁸⁷³. En effet, les deux situations font état d'actes de donner contraires au droit. Néanmoins, s'il est certes question d'actes de donner et non de recevoir, la conclusion juridique attribuée pour chacun des deux textes est différente.

Chez ULPIANUS, l'acte *turpis* concerne le fait de rendre un bien soumis à un contrat de dépôt. Vu le manque d'information supplémentaire à ce propos dans le texte, on peut supposer que cet acte constitue une violation du contrat. Dans un tel cas, le *dans* aurait droit à la *condictio*.

⁸⁶⁸ PAULUS, D. 12.5.1.2: «*Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest:*» (Si la cause de celui qui reçoit est déshonnête, même si la chose est exécutée, il est possible de répéter:).

⁸⁶⁹ Cf. aussi D. 12.5.4.2, qui contient aussi cette locution.

⁸⁷⁰ Selon le OLD (1968) p. 2112, «*ut puta*» introduit «*a particular case in illustration of general statement*».

⁸⁷¹ *Ibid.*

⁸⁷² MOMMSEN/KRUEGER (1988) p. 201.

⁸⁷³ PAULUS, D. 12.5.3: «*Ubi autem et dantis et accipientis turpitude versatur, non posse repeti dicimus: veluti si pecunia detur, ut male iudicetur*» (Or, quand la malhonnêteté est le fait à la fois de celui qui donne et de celui qui reçoit, nous affirmons qu'il n'est pas possible de répéter: comme si lorsqu'on donnait de l'argent pour qu'il soit mal jugé).

PAULUS, après avoir débuté par *ubi autem et dantis et accipientis turpitude versatur*, poursuit en donnant un exemple concernant un acte *turpitude dantis*. Cet exemple porte sur le fait de donner une somme d'argent pour influencer une décision judiciaire. La conséquence juridique consistera en l'impossibilité de se voir accorder la *condictio*. Il est difficile de savoir si PAULUS entend en particulier faire résulter cette conclusion juridique du fait de donner et recevoir, ou simplement du fait de donner; les propos de PAULUS demeurent ambigus sur cette question.

Si ces deux cas d'espèce semblent répondre à une problématique similaire (*turpiter dare*), la conséquence juridique des deux situations est pourtant différente: dans l'une, celui qui donne (le *dans*) peut répéter et dans l'autre, il ne le peut pas.

D'ailleurs, si l'on privilégiait *turpiter accipere*, c'est-à-dire si l'on considérait que les textes d'ULPIANUS, D. 12.5.2 sont réellement une suite logique et énumérative de D. 12.5.1.2 et dont l'application serait confortée par D. 12.5.4.2⁸⁷⁴, ceci aurait pour conséquence d'écarter les cas *turpiter dare*. Cette conclusion est problématique, car on a peine à comprendre pourquoi seul le comportement de l'*accipiens* serait réglé par le droit et non celui du *dans*.

Même si PELLECCHI a essayé de fournir une explication⁸⁷⁵, ces points restent selon nous énigmatiques; il est difficile de trancher pour un cas ou pour un autre. Peut-être que, pour les compilateurs, cette structure paraissait évidente, mais pour les juristes modernes que nous sommes, cette subtilité nous échappe.

La seconde indétermination réside dans l'objet à qualifier de *turpis*. En effet, il n'est pas très clair s'il s'agit de *causa* ou de *res*. Est-ce l'attente du *dans* qui n'est pas validée par le droit (but) ou simplement l'acceptation de la contre-prestation (fondement)? A notre connaissance, sans plus de précision dans les textes, la réponse demeure floue⁸⁷⁶.

⁸⁷⁴ Il est intéressant de noter que, à notre connaissance, hormis D. 12.5.1.2, un seul cas vise cette hypothèse de *turpiter accipere*. Elle est en effet expressément prévue par ULPIANUS, D. 12.5.4.2 («*Quotiens autem solius accipientis turpitude versatur, Celsus ait repeti posse: veluti si tibi dedero, ne mihi iniuriam facias*» (Or, chaque fois que la malhonnêteté est uniquement le fait de celui qui reçoit, CELSUS dit qu'il est possible de répéter: par exemple, si je t'ai donné pour que tu ne commettes pas d'*iniuria* à mon rencontre)).

⁸⁷⁵ PELLECCHI (1998) pp. 94 s n. 92 aborde aussi ce problème du silence du droit sur cette question et considère que l'explication pourrait venir du fait que l'ordre juridique n'accorde pas de droit d'action dans ces cas (*turpiter dare*); le silence du droit serait ainsi volontaire et non une lacune involontaire.

⁸⁷⁶ La question de savoir si *turpis* de D. 12.5.1.2 désigne le but ou du fondement divise les traducteurs modernes. Selon HAUSMANINGER, in: BEHREND/S/KNÜTEL/KUPISCH/SEILER (1999) p. 104 *ad* D. 12.5.1.2, il faudrait traduire *turpis* par «*ein sittenwidriger Grund*», tandis que, pour WATSON vol. 1 (1998) p. 377 *ad* D. 12.5.1.2, il faudrait entendre «*an evil purpose*».

Si toutefois on envisageait qu'*ob causam turpem accipientis* s'appliquait à tous les cas traités dans ULPIANUS, D. 12.5.2, il en résulterait un élément d'autant plus troublant: une confusion entre *causa* et finalité. Il ressortirait de ces textes que la *causa* serait présente dans des relations juridiques caractérisant une finalité (grâce aux *ut* et *ne*). Autrement dit, si l'on appliquait *ob causam turpiter accipiens* à tous les textes de D. 12.5.2, cela aurait pour conséquence de définir *causa* par la finalité et, par là, considérer qu'elle soit synonyme de *res*. Cette conclusion serait d'autant plus problématique parce qu'elle ne tiendrait plus compte de la division établie par PAULUS⁸⁷⁷ et POMPONIUS⁸⁷⁸, ainsi que de l'utilisation différente de *res* et *causa* dans un grand nombre de textes analysés précédemment⁸⁷⁹.

Pour tenter de résoudre ce problème, on pourrait imaginer que cette apparente confusion constituerait une marque de coexistence de concepts plutôt qu'une preuve de leur synonymie. L'emploi du terme *causa* pourrait dans ce cas paraître cohérent, dans la mesure où l'on pose la question de savoir si le fait de recevoir de l'argent était justifié et légitime dans la relation juridique visée. Cela signifierait que l'acte déjà exécuté par le cocontractant servirait de fondement à l'acte encore à exécuter dans un but *turpis* et, en acceptant une telle prestation, l'*accipiens* procéderait à un acte *turpis*. Cependant, la preuve de cette hypothèse est difficile à apporter en raison de la systématique peu claire de certains textes et du fait qu'elle entre en contradiction avec d'autres textes.

Ces textes demeurent en somme énigmatiques quant au rapport exact entre *ut, ob causam* et *ob rem*. Le peu d'éléments présents pour résoudre ces problèmes ne nous permet pas de proposer une interprétation soutenable et respectueuse des textes. Il n'est en effet pas certain que les textes de D. 12.5.1.2 définissent une situation *ob rem* ou *ob causam*, car aucun des deux termes n'est employé. Entre autre, il reste également mystérieux de savoir quel comportement est visé par le qualificatif *turpis*: le comportement de celui qui donne ou de celui qui reçoit? Cette observation résulte du découpage et de la transition des textes de PAULUS, D. 12.5.1.2 et d'ULPIANUS, D. 12.5.2. Ces fragments ne permettent pas d'affirmer que les cas cités dans ULPIANUS, D. 12.5.2 ne se réfèrent qu'à des cas *turpis causa accipientis*. Aussi, si l'on devait considérer tous les actes décrits dans les fragments D. 12.5.2 comme tel, sachant qu'ils insistent sur la notion de but (*ut* ou *ne*), il en résulterait une contradiction avec d'autres textes⁸⁸⁰, attribuant la notion de finalité à *res* et non à *causa*.

⁸⁷⁷ D. 12.5.1 pr. et D. 12.6.65 pr. (pour les textes et leur traduction, cf. *supra* pp. 162 s).

⁸⁷⁸ D. 12.6.52 (pour le texte et sa traduction, cf. *supra* p. 165).

⁸⁷⁹ Cf. notamment D. 39.5.19.5/6 et textes mentionnés *supra* pp. 145-157.

⁸⁸⁰ Par exemple: D. 12.6.52; D. 12.5.1 pr.; D. 12.6.65 pr.; D. 39.5.19.5/6.

2.2.3. Synthèse

En somme, *ob causam* est certes parfois combinée ou juxtaposée à une notion finale, mais cela ne signifie pas qu'il faille lui attribuer une valeur finale, comme c'est le cas pour *ob rem*. En ce sens, on ne peut conclure à l'assimilation de *res* et *causa*. Au contraire, cette constatation paraît être une marque de leur coexistence et indissociabilité fonctionnelle. En effet, la plupart des emplois sont explicables en raison de leur fonction dans la phrase, même si quelques textes demeurent énigmatiques⁸⁸¹.

2.3. La condition comme révélateur fonctionnel et proximité conceptuelle de *res* et *causa*

Dans plusieurs textes, la condition (*condicio*), représentant une perspective future, est aussi bien combinée avec *causa* qu'avec *res*⁸⁸². Cette constatation pose la question de l'impact de la condition sur ces deux termes : est-ce un indice pour montrer leur équivalence ou simplement leur concomitance et coexistence⁸⁸³ ?

Pour tenter de répondre à cette question, nous étudierons brièvement la terminologie de la *condicio*, ce qu'elle signifie et ce qu'elle implique. Nous verrons que la difficulté à la définir de manière univoque provient de la multiplicité d'emplois et de contextes (par ex. : contractuel, dispositions pour cause de mort). La condition n'étant pas le sujet principal de ce travail, nous ne prétendons pas l'étudier de manière exhaustive. De cette manière, nous nous limiterons à soulever les problématiques et les répercussions qu'elles engendrent sur notre champ d'étude.

Malgré la complexité du sujet, nous verrons que la condition peut désigner le motif dans son aspect final ou justificatif de manière similaire à la *causa* présente chez ULPIANUS, D. 2.14.7.2, même si *a priori* certains fragments ne paraissent pas traiter du contexte contractuel. Nous examinerons différents fragments présentant la condition sous forme de but ou de fondement. En effet, nous verrons que la condition, dans un contexte testamentaire ou non, peut refléter les deux notions que sont le fondement justificatif et la finalité⁸⁸⁴.

Nous verrons que quelques fragments contenant la notion de condition s'articulent en particulier dans le contexte de la donation entre vifs ou pour cause de mort (*mortis causa*) et non pas seulement dans un contexte contractuel au sens strict.

Cela étant, la prise en considération de tels fragments se justifie en raison d'une part, de leur structure parfois explicitement analogue à un rapport contractuel atypique *do*

⁸⁸¹ D. 12.5.1 pr. ; D. 12.5.2.

⁸⁸² Pour *causa* : D. 12.6.65.3. Pour *res* : D. 39.5.19.6. Pour les deux à la fois : D. 39.5.2.7.

⁸⁸³ La question se pose aussi pour un texte qui attribue à la *causa* une valeur future (D. 12.4.3.7) : l'attente de contre-prestation serait le fondement de la prestation déjà exécutée et représenterait ainsi une dualité fonctionnelle (cf. *supra* p. 170 et p. 194).

⁸⁸⁴ Cf. *infra* pp. 215-244.

ut des/do ut facias et d'autre part, de la valeur obligatoire de la condition, rappelant l'effet d'une obligation contractuelle.

Ainsi, nous soutenons l'idée que la *condicio*, sans pour autant porter sur des actes explicitement définis comme contractuels et actionnables au sens de *contractus*, peut désigner le but et/ou le fondement des parties.

En ce sens, la *condicio* a pu renvoyer à la notion de *causa* soit au sens strict de fondement, soit comme un but qui compose un rapport d'échange d'intérêts – indépendamment de sa reconnaissance contractuelle explicite.

2.3.1. La condition comme fondement obligatoire dans le contexte testamentaire : le cas de PAULUS, D. 12.6.65.3

2.3.1.1. Introduction

Condicio, *causa* et *res* sont toutes trois mentionnées dans le texte de PAULUS, D. 12.6.65.3. Pour cette raison, ce texte revêt un intérêt particulier dans le cadre de cette étude.

Le texte doit son caractère épineux et complexe à son contexte, à sa formulation et à sa structure. Comme nous le verrons, il a soulevé de nombreux questionnements dans la doctrine qui propose diverses solutions.

Etudier ce fragment permettra tout au plus de lever le voile sur ses points d'obscurité, ou du moins les rediscuter pour juger de la pertinence de prendre en compte un tel texte au sein d'une étude sur la *causa contractus*.

En premier lieu, nous soutenons l'idée que la nature de la relation juridique abordée dans ce texte paulien est hybride. Elle est un mélange entre rapports contractuels et dispositions testamentaires. En second lieu, la fonction du terme *causa* est étiologique, dans le sens où elle exprime le fondement de l'acte, et justificatrice, puisqu'elle le rend légitime.

Avant de commencer l'analyse en tant que telle, il convient de se pencher sur le texte lui-même.

PAULUS, D. 12.6.65.3

«Sed agere per conditionem propter conditionem legati vel hereditatis, sive non sit mihi legatum sive ademptum legatum, possum, ut repetam quod dedi, quoniam non contrahendi animo dederim, quia causa, propter quam dedi, non est secuta. Idem et si hereditatem adire nolui vel non potui. Non idem potest dici, si servus meus sub conditione heres institutus sit et ego dedero, deinde manumissus adierit: nam hoc casu secuta res est».

Mais ce que j'ai donné en raison d'une condition [visant à me] léguer ou [m']instituer héritier, s'il ne m'a pas été légué ou s'il m'a été légué [mais] retiré, je peux tenter une

action pour répéter [ce que j'ai donné], puisque je n'ai pas donné par intention de contracter parce que la cause, en raison de laquelle j'ai donné, ne s'est pas produite. La même chose si je ne voulais pas ou ne pouvait pas accepter d'être héritier. Cependant, il ne peut pas en être dit de même si mon esclave eut été institué comme héritier sous condition [d'être affranchi] et après cela, moi, j'eus donné, [et] ensuite, ayant été affranchi, il eut accepté l'héritage : car, dans ce cas, la chose s'est réalisée.

Tout d'abord, il est à remarquer que le contexte du fragment est particulier. Il est question d'une dation faite en vue de remplir une condition visant à l'attribution d'un legs ou de la qualité d'héritier. Une difficulté d'interprétation est d'autant plus marquée, lorsqu'on sait qu'un auteur de la même période affirme qu'une dation *ob causam* n'est pas un acte de nature testamentaire ou donatoire⁸⁸⁵.

Outre le contexte, la spécificité du texte tient aussi aux justifications en cascade données par PAULUS à propos de la faculté de répéter l'objet déjà donné par le potentiel héritier, par les termes *quoniam non contrahendi animo dederim et quia causa, propter quam dedi, non est secuta*.

Ces deux formulations sont problématiques, car elles semblent paradoxales. En effet, d'une part, le déni de l'intention de contracter est utilisé comme argument justifiant la répétition. D'autre part, le recours à la *condictio* est justifié par l'expression *causa data non secuta*, visant pour la plupart des cas l'inexécution d'obligation découlant de contrats atypiques⁸⁸⁶. Pour remédier à ce paradoxe, la doctrine a eu recours au mécanisme de l'interpolation⁸⁸⁷.

⁸⁸⁵ Cf. ULPIANUS, D. 39.5.19.5.

⁸⁸⁶ Cette observation a été également émise par CHAUDET (1973) p. 81. Selon certains auteurs, la protection des accords atypiques s'est faite d'abord par la voie de l'action en répétition (*condictio*), puis par une action en fait (*actio in factum*) pour demander l'exécution du contrat atypique (cf. LÉGIER (1958) p. 237; cette idée est particulièrement développée par DALLA MASSARA (2004) pp. 243-263).

⁸⁸⁷ *Quoniam non contrahendi animo dederim* a été suspecté d'interpolation par PRINGSHEIM (1921) p. 283; ALBERTARIO (1936) pp. 79 ss n. 1; STURM (1983) p. 647; tandis que PEROZZI (1903) p. 101 n. 1 reste hésitant et se pose la question de savoir si l'exclusion du contrat ne serait pas due à l'inexécution du paiement. L'interpolation est par ailleurs réfutée par EHRHARDT (1930) p. 41; selon SCHWARZ (1952) p. 164, le passage devrait être maintenu, car on se trouve dans le contexte purement testamentaire et qu'il n'y a pas de contrat; HARKE (2003) p. 58 n. 22.

Pour les auteurs suivants, le passage *quia causa, propter quam dedi, non est secuta* est interpolé : PERNICE (1892) p. 242 n. 4, auteur d'ailleurs cité pour justifier l'hypothèse d'interpolation dans l'apparat critique de l'édition *minor* du Digeste de MOMMSEN/KRUEGER (1908) p. 205, mais pas dans l'édition *Maior* de MOMMSEN/KRUEGER (1877), ce qui montre que cette hypothèse d'interpolation n'était pas admise par MOMMSEN, mais par KRUEGER; DE FRANCISCI (1916) p. 408. Pour SCHWARZ (1952) pp. 132, 164 s et p. 168, l'interpolation se justifie parce que la *donatio mortis causa* n'est pas un acte synallagmatique : la *causa* n'étant pas un résultat attendu, mais plutôt une donation future qui va prendre effet en cas de mort du donateur.

PELLECCHI a tenté d'expliquer la présence de *causa* par l'argument de sa synonymie avec *res*, tout en considérant que les deux locutions problématiques doivent être laissées telles quelles⁸⁸⁸. La *datio propter conditionem* ne serait pas de nature contractuelle⁸⁸⁹. Pour cet auteur, *res* devrait être employée lorsqu'une condition est énoncée, et non pas *causa*⁸⁹⁰. Autrement dit, le terme *causa* dans D. 12.6.65.3 *ab initio* aurait selon lui été un substitut de *res* en raison d'une part, de l'emploi subséquent de *res* et non de *causa* dans PAULUS, D. 12.6.65.3 *in fine* et, d'autre part, de leur usage sans distinction chez PAULUS, D. 12.5.9 pr.⁸⁹¹. PELLECCHI tend donc à admettre une synonymie entre *res* et *causa* chez PAULUS⁸⁹². Il en résulte que la *condictio propter conditionem* serait un type spécifique de *condictio ob rem*, distincte de la *condictio ob causam*⁸⁹³.

Comme déjà vu brièvement⁸⁹⁴, cette théorie, même si elle répond à une certaine logique, manque d'ancrage: l'emploi de *res* chez PAULUS, D. 12.6.65.3 *in fine* n'implique pas nécessairement un tel corollaire. De surcroît, la *causa* ne paraît pas employée pour remplacer *res*. Les emplois de *res* et *causa* semblent bien justifiés par les cas analysés par PAULUS, D. 12.6.65.3. On voit donc mal pourquoi il faudrait entendre *res* à la place de *causa* chez PAULUS et inversement. Ainsi, la conclusion de PELLECCHI devrait à notre sens être nuancée.

Nous proposons une hypothèse qui évite de passer par l'expédient de l'interpolation parce que, selon nous, la partie du texte *causa propter quam dedi, non est secuta* ne devrait pas être supprimée du texte. Son maintien est au contraire justifié par la structure juridique du rapport visé: il s'agit d'une sorte de convention mixte (un mélange

Plus précisément, PERNICE (1892) p. 242 n. 4 concède que la *causa* ait une valeur future dans le texte de PAULUS, D. 12.6.65.3, mais il estime qu'elle est un substitut de *res*. En effet, il considère que d'une part, le terme *causa* n'est pas approprié dans le contexte du fragment et, d'autre part, ne correspond pas à la distinction habituelle entre *res* et *causa* que PAULUS ferait sur la base du critère chronologique, considérant *causa* comme nécessairement passée et *res*, future. Pour ces raisons, PERNICE y voit une trace d'interpolation. Dans le sens de la *causa* comme substitut de *res*, en raison de sa valeur future, mais sans qualifier ce phénomène d'interpolation, cf. PELLECCHI (1998) p. 98 et HARKE (2003) p. 57.

⁸⁸⁸ PELLECCHI (1998) p. 126 n. 184.

⁸⁸⁹ PELLECCHI (1998) p. 126.

⁸⁹⁰ PELLECCHI (1998) p. 98. En ce sens, voir aussi HARKE (2003) p. 57 et PERNICE (1892) p. 242 n. 4.

⁸⁹¹ PELLECCHI (1998) p. 88, pp. 97 s et pp. 102 s.

⁸⁹² SCHWARZ (1952) p. 132 le rejoint sur ce point pour les textes de PAULUS, D. 12.6.65.3 et D. 12.5.9 pr.; PERNICE (1892) p. 242 n. 4.

⁸⁹³ PELLECCHI (1998) p. 88, p. 98: «*la presenza in D. 12.6.65.3 del sintagma causa non secuta non impedisce di qualificare la datio propter conditionem come un'operazione disposta ob rem*»; p. 103: «*la datio propter conditionem, sotto il profilo formale della valutazione della sua ripetibilità, sembra costituire in Paul. 17 ad Plaut. D. 12.6.65 più che una classe autonoma, una sottospecie di quanto dato ob rem*». HARKE (2003) p. 58 arrive à la même conclusion.

⁸⁹⁴ Cf. *supra* p. 127.

entre une convention et une disposition testamentaire) analogue à la structure du *do ut des*, pour lequel un droit de répétition est généralement attribué. Par ailleurs, nous considérons que le second passage (*quoniam non contrahendi animo dederim*) ne doit pas non plus être supprimé et qu'il est justifié par les circonstances : refuser de continuer l'exécution du contrat paraît une conséquence possible et admissible si l'autre partie ne s'exécute pas.

2.3.1.2. Hypothèse de la nature hybride de la relation juridique : une forme de *negotium mixtum cum donatione* ?

La locution *quoniam non contrahendi animo dederim* de D. 12.6.65.3 pose une première difficulté d'interprétation liée au type de rapport à établir entre les parties, car elle rend incertaine la nature du rapport juridique. S'agit-il d'un rapport contractuel ou d'une disposition pour cause de mort (legs ou qualité d'héritier) soumis à la condition d'une *datio* du donataire ? Ou bien, est-ce une forme hybride, entre une disposition pour cause de mort et une convention (une sorte de *negotium mixtum cum donatione*⁸⁹⁵) ?

Certains ont considéré que ce type de relation n'était pas de nature conventionnelle et réciproque, mais unilatérale (dans le sens d'une *datio ob rem* autonome où préside la volonté individuelle, *i.e.* sans élément conventionnel en raison notamment du contexte testamentaire)⁸⁹⁶. Nous pensons néanmoins qu'un rapport conventionnel ne peut être totalement banni pour le cas décrit par PAULUS, D. 12.6.65.3 *ab initio*, et ce pour plusieurs raisons.

La première raison découle d'une part, de la structure du rapport envisagé qui se trouve être similaire au *do ut des* et, d'autre part, d'une trace d'un élément conventionnel trouvant parfois place dans les dispositions testamentaires. Ceci résulte d'un rapprochement de PAULUS, D. 12.6.65.3 avec des cas hybrides comme les fragments d'ULPIANUS, D. 39.5.18 et de PAULUS, D. 39.6.35.3⁸⁹⁷, avec lesquels il sera comparé.

⁸⁹⁵ Cette terminologie est présente chez ARISTO, rapporté par ULPIANUS, D. 39.5.18 pr.

⁸⁹⁶ EHRHARDT (1930) p. 41 ; SCHWARZ (1952) p. 164 ; HARKE (2003) p. 58 ; CORTESE (2013) pp. 50 s. Selon PELLECCHI (1998) p. 126, l'argent donné en vue de la réalisation de la condition ne crée pas un rapport « *negoziale* » fondant des expectatives réciproques, si l'on se réfère à ce que dit PAULUS (*non contrahendi animo dederim*) : l'attribution n'a pas de valeur obligatoire découlant d'une convention (p. 126 n. 184). Sur la condition rattachée à un contexte testamentaire sans qu'il soit question de ce fragment en particulier, voir KASER (1971) p. 259. Sur les conditions dans les testaments, qui seraient à considérer comme une charge imposée à l'héritier (*modus*), cf. BIONDI (1955) pp. 566 ss (*condicio* comme « *modalità della disposizione* ») ; en particulier dans le texte D. 28.7.8.7, cf. VOCI (1963) p. 620 n. 2, qui estime par ailleurs que la distinction entre la condition et le mode vient de la forme avec laquelle chacun de ce deux est exprimé (*si* pour la condition ; *ut* pour le mode).

⁸⁹⁷ Un autre cas attesté dans les sources est constitué par le premier cas de figure présenté par IULIANUS dans D. 39.5.2.7.

La seconde consiste en la conséquence juridique qu'est le droit de répéter l'objet donné, si le résultat ne s'est pas produit. Cette faculté sera déterminée *a contrario* par le critère de la prépondérance de la volonté du *dans* concernant la réalisation de la condition.

Ces considérations nous amèneront à soutenir l'idée que ce fragment paulien traite d'une relation conventionnelle mixte (une forme de *negotium mixtum cum donatione*), mêlant libéralité conditionnelle et convention⁸⁹⁸. Une telle qualification permettrait d'expliquer la présence de la locution *causa propter quam dedi, non secuta est* et de bannir l'hypothèse de sa suppression du texte.

Il restera encore à étudier la présence de l'expression *quoniam non contrahendi animo dederim* (2.3.1.3). A cet égard, nous examinerons si elle constitue un obstacle à la nature conventionnelle mixte et si, par conséquent, elle devrait être reconnue comme une interpolation. Nous verrons que sa présence est légitime si l'on considère qu'elle est une justification de la formulation *causa propter quam dedi, non est secuta*. Elle expliquerait la conséquence d'une telle considération sur le plan volitif du *dans*. En effet, dès que l'autre partie refuse de s'exécuter, cela produirait chez celui qui s'est déjà exécuté un refus de la continuation du contrat. Il en résulterait que la volonté de procéder à un retour intégral du patrimoine cédé expliquerait la présence des deux passages côte à côte.

2.3.1.2.1. Présentation du problème

La notion de *condicio* étant présente chez PAULUS, D. 12.6.65.3, il est important d'en dégager la nature, d'étudier son interaction avec le terme *causa* et son impact sur la qualification de l'acte juridique et sur la faculté d'intenter une action en répétition.

Si l'on se penche sur une éventuelle définition de la *condicio*⁸⁹⁹ dans le contexte des libéralités, elle est difficile à saisir dans les textes⁹⁰⁰. Il n'est pas certain que la notion

⁸⁹⁸ Pour une étude récente sur la notion de *negotium mixtum*, cf. SCEVOLA (2008).

⁸⁹⁹ Pour la *condicio*, non comme une condition déterminant un effet juridique, mais comme un simple *modus*, dont l'exécution n'est pas déterminante pour la validité de l'acte juridique donatoire, cf. BIONDI (1955) p. 567; GROSSO (1962) p. 468. Quant à KASER (1971) pp. 293 et 259, il estime que la condition dans le cadre testamentaire («*Auflage*») se différencie de la condition du contexte contractuel («*Bedingung*»), dont la survenance de cette dernière produit directement un effet juridique. Pour WINDSCHEID (1850) pp. 41 ss et p. 44, suivi par PERINICE (1892) p. 26, la condition comme charge (généralement appelée «*Auflage*»), mais que lui nomme «*Voraussetzung*») est une détermination de la volonté, dont l'efficacité (et non l'existence) est rendue dépendante de la réalisation d'un comportement ou état de fait. FLUME (1990) défend la thèse particulière que la *condicio* ne détermine pas seulement les effets juridiques, mais aussi la conclusion même de l'acte juridique; il est suivi par EFFER-UHE (2008) p. 145 qui applique cette théorie également pour certains actes successoraux conditionnels. Pour une étude questionnant la présence de la *condicio* dans les actes libéraux et testamentaires et leur éventuelle obéissance aux règles contractuelles, voir LÉGIER (1958) pp. 155-238. La nature contractuelle par une assimilation aux contrats innommés est attestée selon LÉGIER (1958) p. 237 dès le 3^e siècle après J.-C., en raison de l'attribution de l'*actio in factum* au dona-

de *condicio* soit univoque⁹⁰¹. Le caractère exécutoire de la *condicio* dans le cadre du legs conditionnel a en outre fait l'objet d'une controverse entre les Sabiniens et les Proculiens, ce qui témoigne de la difficulté de définir cette notion⁹⁰². Trancher entre une condition suspensive et une condition comme simple charge (*modus* ou «*Auf-lage*») est une tâche délicate, d'autant plus que cette décision implique les conséquences suivantes.

Si l'on estime que la condition n'est qu'un *modus*, cela signifiera que l'effet translatif de la donation ne dépend pas de la réalisation de la condition⁹⁰³. C'est plutôt la volonté du *dans* de donner qui prime. L'acte juridique sera une donation, sans possibilité de récupération patrimoniale par la *condictio* en cas de non-réalisation de la condition.

Alors que si la condition est obligatoire⁹⁰⁴, cela signifie que la volonté du *dans* n'est plus prépondérante et que l'attente de la réalisation de la condition lui est équivalente. Pour cette raison, dans certains textes, on doit considérer que cette attente correspond

teur pour demander l'exécution de la *condicio*. Mais, pendant la période classique, une libéralité conditionnelle est à considérer comme créant un rapport obligatoire prenant la forme d'une *datio ob rem* (pp. 174 ss; du même point de vue concernant la catégorisation de *datio propter condicionem* comme *datio ob rem*, voir aussi PELLECCHI (1998) pp. 116 ss).

⁹⁰⁰ Par exemple, le fragment suivant semble accorder plus d'importance à la volonté de donner du défunt qu'à la réalisation de la condition (la condition n'aurait ici pas de caractère obligatoire) : ULPIANUS, D. 28.7.8.7 : «*Mortuo autem vel manumisso Stichus vivo testatore qui ita heres institutus est, si iurasset se Stichum manumissurum, non videbitur defectus condicione heres, quamvis verum sit compellendum eum manumittere, si viveret. Idem est et si ita heres institutus esset quis: "Titius heres esto ita, ut Stichum manumittat" aut "Titio centum ita lego, ut Stichum manumittat". Nam mortuo Stichus nemo dicit summovendum eum: non videtur enim defectus condicione, si parere condicioni non possit: implenda est enim voluntas, si potest*» (Or, si Stichus était mort ou a été affranchi, alors que le testateur qui a été institué héritier à la condition qu'il jure d'affranchir Stichus était vivant, il n'apparaîtra pas que l'héritier fait défaut à la condition, bien qu'il soit vrai qu'il serait forcé de l'affranchir, s'il était vivant. C'est la même chose, même si on a institué un héritier ainsi : «*Que Titius hérite, de sorte à affranchir Stichus*» ou bien «*Je lègue cent à Titius, de sorte qu'il affranchisse Stichus*». En effet, Stichus étant mort, personne ne dira qu'il aura été écarté : en effet, il apparaît qu'il ne fait pas défaut à la condition, s'il n'est pas possible de se soumettre à la condition : en effet, il faut remplir la volonté si c'est possible).

⁹⁰¹ Comme WINDSCHEID (1850) pp. 41 ss, surtout p. 43 et p. 48, KASER (1971) p. 259 et BIONDI (1955) p. 567 l'ont évoqué, elle peut être synonyme de *modus*, sans valeur obligatoire, surtout dans le contexte de datation testamentaire. Pour une analyse qui témoigne de la difficulté de trouver une terminologie toujours consistante des termes *condicio* et *modus* à travers les textes, cf. GROSSO (1962) pp. 411 ss et p. 466.

⁹⁰² GAIVS, Inst. 2.220 et 2.244.

⁹⁰³ Pour une condition qui apparaît dans le contexte testamentaire, il a été jugé qu'elle ne produisait pas d'obligation susceptible de remettre en cause la validité de la donation ; elle a été pour cette raison qualifiée de *modus* (cf. BIONDI (1955) p. 567). Cependant, cette règle de la condition comme *modus* ne semble pas fonctionner dans tous les cas, notamment lorsqu'on pense aux fragments D. 12.6.65.3, D. 39.5.2.7, D. 39.6.35.3, D. 39.5.18.1.

⁹⁰⁴ En cas de condition suspensive, les obligations prennent effet et sont dues à l'avènement de la condition (cf. MONIER (1954) p. 293).

à la réalisation d'une sorte de «contre-prestation» correspondante (au sens de D. 2.14.7.2): la condition cache en réalité un intérêt objectif⁹⁰⁵. En effet, la condition aurait une telle importance dans la volonté du *dans*, qu'on ne peut la décrire comme une simple charge, et que la faculté de répéter doit être accordée. Il en découle qu'on devrait considérer le rapport des parties comme une sorte de convention atypique, mélangeant un acte de libéralité conditionnelle et une convention. Il en résulte que, si la chose est donnée et que la condition ne se réalise pas, l'action en répétition demeure possible.

2.3.1.2.2. Structure similaire au *do ut des/do ut facias* et consensualité de la libéralité conditionnelle: hypothèse d'une structure hybride

2.3.1.2.2.1. PAULUS, D. 12.6.65.3: hypothèse d'une structure analogue au contrat atypique

Si l'on se penche plus en détail sur le texte D. 12.6.65.3, le rapport entre les parties consiste en l'échange d'une somme d'argent contre un legs ou l'attribution de la qualité d'héritier. La structure de ce rapport paraît conventionnelle et synallagmatique, puisque deux prestations sont promises ou exécutées l'une en échange de l'autre⁹⁰⁶, bien que l'objet de l'accord ait une nature testamentaire⁹⁰⁷.

De la sorte, l'essence de la relation décrite par PAULUS correspond à la structure des conventions atypiques bilatérales (*do ut des/do ut facias*), c'est-à-dire un rapport d'échange de prestations ou d'intérêts. La particularité de ce texte, comme déjà esquissé⁹⁰⁸, tient au fait que le rapport consensuel est mêlé à une libéralité conditionnelle (rapport qu'on pourrait qualifier de mixte si l'on se base sur la terminologie employée par ULPIANUS, D. 39.5.18 pr.⁹⁰⁹). Nous verrons que le fragment D. 12.6.65.3 décrit une relation juridique conventionnelle dans laquelle s'insère une disposition testamentaire⁹¹⁰. Cette hypothèse d'hybridité repose sur deux analyses comparatives de D. 12.6.65.3 avec des fragments traitant de contextes similaires, ainsi que sur les traces de consensualité dans les actes libéraux.

⁹⁰⁵ A propos de la notion d'intérêt objectif et réciproque dans la relation juridique, notion qui est à la base de la reconnaissance d'une action civile pour demander l'exécution, cf. *supra* pp. 58 ss.

⁹⁰⁶ Sur cette question voir aussi CHAUDET (1973) p. 116, CERUTTI (2008) p. 116 et POTHIER (1819) p. 596 qui estiment qu'une dation faite en vertu d'une contre-prestation est un contrat innommé du type *do ut des/facias* et non une donation pure.

⁹⁰⁷ Sur ce point, voir également PELLECCHI (1998) p. 115, pour qui la *datio propter condicionem* présente une structure *negoziale* compatible avec la *datio ob rem* de D. 12.5.1.1.

⁹⁰⁸ Cf. *supra* p. 219.

⁹⁰⁹ ULPIANUS, D. 39.5.18 pr. *ab initio*: «*Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione*».

⁹¹⁰ A notre connaissance, le phénomène d'une disposition testamentaire conditionnelle mélangée à un contexte contractuel se présente également dans D. 12.1.19 pr., D. 39.6.35.3, D. 39.5.2.7, D. 39.5.18 pr./1.

2.3.1.2.2.2. Comparaison entre PAULUS, D. 12.6.65.3 et PAULUS, D. 39.6.35.3

Cette idée d'un rapport juridique mixte découle également d'un autre fragment de PAULUS (D. 39.6.35.3⁹¹¹). Dans ce texte, PAULUS procède à une analogie entre une libéralité conditionnelle et le *do ut des*, pour lui appliquer la même conséquence juridique qu'est un droit de répétition. PAULUS aborde le cas d'une relation entre vifs mêlant disposition libérale pour cause de mort conditionnelle (*donatio mortis causa*)⁹¹² et convention (*negotium gerit* + analogie avec *do ut des/do ut facias*)⁹¹³.

Plus précisément, ce texte traite d'une libéralité pour cause de mort, dont le retour de l'objet est soumis à la condition de la convalescence du potentiel *de cujus*⁹¹⁴, et du rapport *do ut des* auquel peut être attribué à certaines conditions une action en répétition. PAULUS, D. 39.6.35.3 apparente la donation *mortis causa* conditionnelle au *do ut des*, structure ayant, depuis ARISTO, un caractère contractuel en raison de sa structure similaire⁹¹⁵.

Ce cas d'espèce est légèrement différent de la situation décrite dans D. 12.6.65.3 *ab initio* parce que le donateur effectue une donation et oblige le donataire à rendre l'objet en cas de rétablissement de sa propre santé. Pour ainsi dire, dans ce dernier cas, il y a une clause de reddition de l'objet de la donation, clause conditionnée à la convalescence du *dans*. En revanche, dans D. 12.6.65.3, la *datio* est faite en vue de la réalisation de la condition consistant à se voir légué/institué héritier.

⁹¹¹ PAULUS, D. 39.6.35.3: «*Ergo qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit, scilicet ut, cum convaluerit, reddatur sibi: nec dubitaverunt Cassiani, quin condictione repeti possit quasi re non secuta propter hanc rationem, quod ea quae dantur aut ita dantur, ut aliquid facias, aut ut ego aliquid faciam, aut ut Lucius Titius, aut ut aliquid optingat, et in istis conditio sequitur*» (Donc celui qui fait un don pour cause de mort, dans la mesure où il pense à son propre intérêt, contracte une affaire, pour qu'évidemment on lui rende, s'il retrouve la santé: les Cassiens n'ont pas douté qu'il soit possible de répéter par une *conditio* comme si la chose n'avait pas été exécutée, en vertu du raisonnement qui dit que, ce qui est donné, est donné soit de sorte à ce que tu fasses quelque chose, soit de sorte à ce que soit moi soit Lucius Titius fassions quelque chose, soit de sorte à obtenir quelque chose; et, dans ces cas, on intente une *conditio*).

⁹¹² Pour des études sur la *donatio mortis causa* et son exécution conditionnelle, cf. RÜGER (2011) pp. 30 ss; ARCÉS (2013); AMELOTTI (1953) pp. 141 ss.

⁹¹³ Pour des auteurs qui considèrent le passage contenant l'aspect conventionnel de la donation *mortis causa* comme une interpolation, voir: PRINGSHEIM (1921) p.281; SCIALOJA (1931) p. 389; SIMONIUS (1958) p.226; de manière nuancée, voir AMELOTTI (1953) p. 142 n. 149.

⁹¹⁴ Sur la nature de la condition dans la *donatio mortis causa*, dont l'avènement doit dépendre soit d'une *imminente periculo commotus* soit d'une *sola cogitatione mortalitatis*, voir RÜGER (2011) pp. 26 ss et littérature.

⁹¹⁵ Dans un sens similaire voir VOIGT (1862) p.727, qui considère que la *donatio mortis causa* est construite comme une obligation, en se référant en particulier à D. 12.1.19 pr.

Divers éléments nous poussent cependant à élaborer l'hypothèse d'une nature mixte dans la relation décrite par PAULUS, D. 39.6.35.3, qui présenterait une certaine analogie avec l'état de fait présenté dans D. 12.6.65.3.

Tout d'abord, il est à remarquer que l'acte soumis à condition prend la forme d'une clause de *facere* de valeur obligatoire (soit de rendre l'objet donné), similaire à une obligation contractuelle atypique⁹¹⁶. PAULUS applique par analogie à ce rapport juridique des exemples types désignant des contrats atypiques pour lui attribuer une conclusion juridique similaire: *quod ea quae dantur aut ita dantur, ut aliquid facias, aut ut ego aliquid faciam, aut ut Lucius Titius, aut ut aliquid optingat*. De surcroît, PAULUS applique la formulation *quasi re non secuta* pour justifier l'attribution d'un droit de répéter, généralement utilisée pour désigner des relations juridiques conventionnelles⁹¹⁷. Il ressort de ces éléments que la valeur obligatoire de la condition (qu'elle soit suspensive ou résolutoire)⁹¹⁸ est utilisée pour illustrer et justifier l'application de la *condictio* à cette relation juridique. Cela signifie que, si le donataire ne s'exécute pas lorsque la condition s'est réalisée, le donateur aura la *condictio* pour récupérer l'objet. Pour ces raisons, il paraît soutenable d'admettre que la *donatio mortis causa* s'apparente à une structure mêlant *donatio* et accord.

Ensuite, l'analogie de ce type de libéralité avec une structure conventionnelle est d'autant plus étonnante que PAULUS emploie le terme même de *negotium gerere*⁹¹⁹ (*i.e.* mener une affaire), terminologie parfois utilisée pour caractériser une convention apte à contenir une *causa*⁹²⁰.

⁹¹⁶ Sur ce point, voir LÉGIER (1958) p. 169.

⁹¹⁷ A propos de la considération générale que la *condictio* s'applique surtout à des relations contractuelles, indépendamment de la question de savoir s'il faut les rattacher à la définition aristonienne, cf. CHAUDET (1973) p. 81. Pour une application de la *condictio* à des cas de libéralité conditionnelle, mêlée ou non d'une structure conventionnelle, voir aussi les textes suivants: D. 12.4.1.1/2; D. 12.4.9 pr.; D. 12.4.12; D. 39.5.2.7. Pour une mixité entre convention et *dotis datio*, cas dans lesquels la *condictio* est accordée: D. 12.4.6; D. 12.4.8; D. 22.1.38.1; D. 23.3.5.9.

⁹¹⁸ Sur le caractère résolutoire de la condition dans ce cas d'espèce, voir LÉGIER (1958) p. 169. SCHWARZ (1952) p. 164 ne considère pas cette condition comme une «*Bedingung*» parce qu'elle se trouve dans le contexte testamentaire et non contractuel.

⁹¹⁹ Sur la dualité entre donation et *negotium* dans ce texte, cf. ARCHI (1971) pp. 669 ss.

⁹²⁰ Par exemple, la présence du terme *negotium* dans le contexte contractuel est attestée D. 2.14.1.3 (*negotium contrahendi transigendique*); D. 39.5.18 pr.; D. 19.5.15 *in fine*; D. 12.6.33; D. 19.5.15 *in fine*. A propos des divergences doctrinales concernant la définition de ce terme, cf. *infra* p. 227 n. 934. BONFANTE, *Evoluzione* (1926) pp. 113 s a admis que la locution *negotiumgerere* ou *negotium contractum* pouvait désigner la notion de contrat. ARCHI (1971) p. 670 pense en revanche que les classiques n'attribuaient pas de sens technique au terme *negotium*. Par ailleurs, il ajoute p. 672 que des constitutions impériales de la période post-classique faisaient correspondre la donation à un *contractus*: la notion de *contractus* se serait ainsi élargie pour intégrer la donation.

Tous ces éléments suggèrent que PAULUS semble considérer les cas de D. 12.6.65.3 et D. 39.6.35.3 comme une relation hybride. Elle se compose pour le premier, à l'inverse du second, d'une libéralité s'insérant dans une convention du type *do ut des/do ut facias*⁹²¹.

2.3.1.2.2.3. Comparaison entre PAULUS, D. 12.6.65.3 et ULPIANUS, D. 39.5.18 pr./1 Par ailleurs, il est intéressant de mentionner un avis d'ARISTO, rapporté par ULPIANUS et auquel POMPONIUS se rallie, sans savoir exactement s'il était partagé par PAULUS⁹²². Ce texte d'ULPIANUS atteste de l'existence possible d'une structure juridique mixte entre le *negotium* et la *donatio*. Le fragment pose la question de savoir si la libéralité s'insère dans un contrat ou l'inverse: le texte aborde la problématique de leur coexistence au sein de la même relation juridique. Au contraire de ce que pense un auteur⁹²³, nous estimons que, dans les textes D. 39.5.18 pr./1 et D. 12.6.65.3, la libéralité s'insère dans un rapport contractuel, c'est-à-dire un acte conventionnel (*negotium*) ayant pour objet une libéralité⁹²⁴. Le fragment D. 39.5.18 pr. énonce que l'obli-

⁹²¹ Pour la conclusion inverse, cf. PELLECCHI (1998) pp. 116 ss.

⁹²² ULPIANUS, D. 39.5.18 pr.: «*Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est, et ita et Pomponius eum existimare refert*» (ARISTO dit que lorsqu'il y a une convention mêlée d'une donation, l'obligation n'est pas contractée à partir de ce cas qu'est la donation, et POMPONIUS rapporte qu'il le considère ainsi); ULPIANUS, D. 39.5.18.1: «*Denique refert Aristonem putare, si servum tibi tradidero ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas, non posse ante quinquennium agi, quia donatio aliqua inesse videtur: aliter atque, inquit, si ob hoc tibi tradidissem, ut continuo manumittas: hic enim nec donationi locum esse et ideo esse obligationem. Sed et superiore casu quid acti sit, inspiciendum Pomponius ait: potest enim quinquennium non ad hoc esse positum, ut aliquid donetur*» (Enfin, il rapporte qu'ARISTO pense que, si je t'ai transmis un esclave pour que tu l'affranchisses après un délai de cinq ans, il n'est pas possible d'intenter une action avant le délai de cinq ans parce que la donation semble inhérente: il en va autrement, dit-il, si je te l'avais transmis pour que tu l'affranchisses tout de suite: en effet, là, cela ne donne pas lieu à une donation et c'est pour cela qu'il y a obligation. Mais même dans le cas précédent, POMPONIUS dit qu'il faut examiner ce qu'il y a de fait: en effet, il est possible que le délai de cinq ans n'ait pas été établi pour que quelque chose fasse l'objet d'une donation). Pour une attestation d'une forme de *negotium mixtum cum donatione* qui prend la tournure de *causa commixta*, voir D. 24.1.5.2.

⁹²³ PELLECCHI (1998) pp. 116 ss considère la structure comme inversée: la dation s'insère dans un contexte testamentaire.

⁹²⁴ Cette interprétation du texte d'ULPIANUS est aussi proposée par BIONDI (1955) pp. 720 s; GROSSO (1962) p. 41; KASER (1971) p. 601 n. 3. En revanche, pour SCEVOLA (2008) p. 271, il existe une incompatibilité de structure entre la donation et le *negotium* pour la période classique, ce qui ne permet pas de les rassembler. Cet auteur estime qu'il s'agit bien d'un contrat contenant une libéralité, mais l'identifie plus comme un *admixtum* qu'un *mixtum* car, selon lui, la *causa donatione* reste la source d'attribution patrimoniale (pp. 271 s). Même s'il considère qu'il faille dissocier de manière stricte le régime contractuel du régime testamentaire, il admet cependant que la *mancipatio ut manumittas* du texte D. 39.5.18.1 constitue un contrat innommé du type *dedi ut aliquid facias* ou *datio ob rem* (p. 272). CERUTTI (2008) p. 116 estime que la transaction décrite dans D. 39.5.18.1, qu'il qualifie de donation modale, est un *synallagma*, ce qui l'amène à considérer qu'une donation modale n'était pas une simple

gation naît de la convention et non pas de la donation. Cette assertion suggère que la donation n'est pas génératrice en elle-même d'une obligation et que la présence d'un accord est nécessaire pour créer un rapport d'obligation. Cette idée est d'ailleurs illustrée par le passage suivant: *aliter atque, inquit, si ob hoc tibi tradidissem, ut continuo manumittas: hic enim nec donationi locum esse et ideo esse obligationem* (il en va autrement, dit-il, si je te l'avais transmis pour que tu l'affranchisses tout de suite: en effet, là, cela ne donne pas lieu à une donation et c'est pour cela qu'il y a obligation)⁹²⁵.

Il n'est pas certain que PAULUS connaissait ce principe d'ARISTO, par contre connu d'ULPIANUS et de POMPONIUS. Toutefois, une corrélation en raison du contenu de ces textes attribués à ces deux juristes reste possible pour justifier leur analogie. PAULUS, D. 12.6.65.3, tout comme ULPIANUS, D. 39.5.18 pr.⁹²⁶, présente un cas de libéralité conditionnelle intégrée dans une structure *do ut des*, où la libéralité conditionnelle constitue une sorte de contre-prestation, comme nous l'avons déjà suggéré⁹²⁷. En l'espèce, PAULUS traite du cas où l'on donne de l'argent à la condition qu'on soit institué héritier. La libéralité est une composante du rapport juridique créé et non son fondement. Elle s'insère dans une relation contractuelle pour former une sorte d'hybride qu'on pourrait comparer avec le *negotium mixtum cum donatione* accrédité par POMPONIUS et ARISTO dans ULPIANUS, D. 39.5.18 pr.

Cependant, la comparaison s'arrête là parce que la perméabilité et l'interaction concrète des deux éléments (*negotium* et *donatio*) ne sont pas aisées à saisir, lorsqu'on sait qu'ULPIANUS traite la donation comme un acte purement libéral et strictement distinct d'un rapport contractuel⁹²⁸. Il ne nous appartient pas de trancher de manière générale la question de la perméabilité de ces deux institutions juridiques, point qui dépasse le cadre de ce travail⁹²⁹. Le seul élément déterminant pour cette étude est d'observer que le cas traité par PAULUS, D. 12.6.65.3 est une structure hybride qui s'apparente à une relation conventionnelle intégrant une libéralité conditionnelle.

2.3.1.2.2.4. Traces de consensualité dans les actes libéraux ?

L'importance de la volonté des deux parties engagées dans un rapport de libéralité est indiquée dans plusieurs textes.

donation, mais un acte synallagmatique. Dans le sens d'une telle structure mixte correspondant aux contrats innommés, voir également POTHIER (1819) p. 596.

⁹²⁵ D. 39.5.18.1 *in medio*.

⁹²⁶ Pour la citation du fragment et sa traduction, cf. *supra* p. 224 n. 922.

⁹²⁷ Cf. *supra* p. 221.

⁹²⁸ Cf. D. 39.5.19.5 et 6. A propos d'une incompatibilité de structure entre le *negotium* et la *donatio* pour la période classique, qui amène à la considération qu'ils ne seraient pas un vrai *mixtum*, mais un *admixtum*, voir SCEVOLA (2008) p. 271.

⁹²⁹ Nous renvoyons aux travaux approfondis de SCEVOLA (2008) et (2011) pp. 247-330, qui a mené une vaste étude sur le sujet.

Ce qui s'apparenterait à un consensus ressort des formulations suivantes :

« *idem et si hereditatem adire nolui vel non potui* » ;

« *repudiauero hereditatem et legatum* »⁹³⁰.

Selon ce passage, si l'un décide d'attribuer l'héritage, l'acceptation de celui-ci est tout aussi déterminante pour la validation de la transaction.

En outre, selon l'adage ulpien D. 39.5.19.2 *non potest liberalitas nolenti adquiri* (la libéralité ne peut être acquise à celui qui ne veut pas), un élément volitif doit être présent chez chacune des parties.

L'intention du donataire semble aussi importante que celle du donateur, sans quoi l'effet translatif ne se produit pas. La donation *sub modo* n'est pas si différente des contrats dans le sens où elle dépend de la volonté du donateur, mais aussi de celle du donataire qui accepte ou non l'objet proposé. L'effet juridique semble dépendre d'un consensus entre les protagonistes sur la nature obligatoire de la réalisation de la condition.

Par ailleurs, si une des deux parties manifeste son intention de ne plus continuer la transaction, comme par l'inexécution de sa propre prestation ou par le refus de recevoir la prestation de l'autre, la *condictio* a lieu. Nous verrons dans les paragraphes suivants que cette conséquence juridique peut constituer *a contrario* une marque de l'importance de la volonté individuelle d'échanger qui devient commune⁹³¹.

2.3.1.2.3. Droit de répéter et prépondérance de la condition comme obligatoire pour le donateur : indices du caractère contractuel mixte

2.3.1.2.3.1. La solution de IULIANUS, D. 39.5.2.7

Pour remédier au dilemme de la nature juridique à attribuer à la condition dans le contexte testamentaire, IULIANUS, D. 39.5.2.7 suggère qu'il faille procéder par une analyse au cas par cas⁹³². L'idée julienne est de déterminer l'importance de l'intention de contracter (obligation résultant de l'avènement de la condition) face à celle d'effectuer une libéralité *sub modo* (donation conditionnelle). En d'autres mots, le critère utilisé doit être celui de la prépondérance pour savoir si l'on se trouve dans un cas (libé-

⁹³⁰ D. 12.4.1.1.

⁹³¹ Cf. aussi D. 12.4.1.1.

⁹³² Dans le même sens du critère de la prépondérance, voir aussi le texte d'ULPIANUS, D. 24.1.13.2 : « *Cum quis acceperit, ut in suo aedificet, condici ei id non potest, quia magis donari ei videtur: quae sententia Neratii quoque fuit: ait enim datum ad villam extruendam vel agrum serendum, quod alioquin facturus non erat is qui accepit, in speciem donationis cadere* » (Dans le cas où quelqu'un a reçu [de l'argent] pour bâtir en son nom, il n'est pas possible de lui intenter une *condictio* parce que cela ressemble davantage à un don : ce fut aussi l'avis de NERATIUS : en effet, il dit que ce qui est donné pour construire une ferme ou semer un champ, chose qu'autrement celui qui a reçu ne ferait pas, tombe dans la catégorie de la donation).

ralité *sub modo*) ou dans l'autre (libéralité conditionnelle mélangée avec convention). Ainsi, le critère de la prépondérance de la volonté du *dans* aura non seulement un impact sur la nature de la condition, la nature de la relation juridique, mais aussi sur la faculté de répéter selon IULIANUS, D. 39.5.2.7.

La détermination de ce critère va permettre d'établir si un droit de répétition doit être accordé ou non; la faculté de répéter est un corollaire de l'application de celui-là. Autrement dit, pour savoir s'il faut accorder un droit de répétition, on doit se baser sur la prépondérance de la volonté du *dans* quant à la réalisation de la condition ou à l'intention de donner en tant que telle. Si donner à l'autre partie est plus important aux yeux du *dans*, la *condictio* ne sera pas accordée en cas de non-réalisation de la condition. Alors que, si la réalisation de la condition s'avère être prépondérante pour le *dans*, elle sera de ce fait obligatoire. Cette conclusion est d'ailleurs confirmée par un autre texte de IULIANUS⁹³³, qui utilise le critère du *negotium contrahere/gerere*, soit un registre contractuel⁹³⁴, pour décider de l'application de la *condictio*. Par conséquent, l'intention du *dans* quant à l'importance de la réalisation de la condition agira comme une déclaration de volonté de procéder à un échange d'intérêts mutuels. Ce type de structure d'échange présente une similitude flagrante avec celle des rapports conventionnels du genre *do ut des/do ut facias* visés par D. 2.14.7.2.

Dans ce second texte de IULIANUS (D. 12.6.33 *ab initio*), la faculté de répéter en cas de non-réalisation de la condition⁹³⁵, ainsi que l'analogie structurelle du cas au *do ut des/do ut facias* peuvent constituer des indices pour admettre le caractère contraignant

⁹³³ IULIANUS, D. 12.6.33 *ab initio*: «*Si in area tua aedificassem et tu aedes possideres, condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur: nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit: cum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit*» (Si j'avais construit sur ton terrain et que tu as [ensuite] pris possession des bâtiments, la *condictio* n'aura pas lieu parce qu'il n'y avait aucune affaire contractée entre nous: car celui qui n'a pas payé la somme due mène une sorte d'affaire par cette omission: mais lorsque le maître occupe un bâtiment édifié sur son propre sol par un autre, il ne contracte aucune affaire).

⁹³⁴ *Pro*, parmi d'autres: TRAMPEDACH (1896) p. 114; PERNICE (1898) p. 165; SANFILIPPO (1943) p. 33; SANTORO (1983) pp. 251 s; DALLA MASSARA (2004) pp. 229 ss précise que le terme *negotium*, dans les textes D. 19.5.15 *in fine* et D. 39.5.18 pr./1, vise de manière allusive un sens de contrat synallagmatique obligatoire (en particulier p. 232) et l'auteur ajoute que «*non ogni negotium è un contratto che presenti questi caratteri [i.e. synallagma digne de protection par une action contractuelle], ma ogni contratto con questi caratteri è anche negotium*» (i.e. en substance que le sens de *negotium* n'est pas nécessairement à prendre comme un contrat, mais chaque contrat est un *negotium*). *Contra*: SACCOCCIO (2002) pp. 282 ss et littérature, qui ne voit le *negotium* ni comme une transaction juridique au sens moderne du terme, ni comme un synonyme de «contrat» moderne, mais plutôt comme un «acte qui met en relation les patrimoines de deux sujets».

⁹³⁵ D'autres fragments traitant de la dation dans le contexte testamentaire semblent dénoter une grande importance de la *condicio* parce que sa non-réalisation a un impact sur la faculté de répéter. Celle-ci est accordée dans le cadre d'acte de libéralité conditionnelle dans les textes suivants: D. 39.5.2.7; D. 12.6.65.3; D. 23.3.5.9; D. 39.6.35.3; D. 12.4.1.1/2; D. 12.4.9 pr.; D. 12.4.6; D. 12.4.8; D. 22.1.38.1.

de la dation conditionnelle. Ces deux éléments suggèrent qu'un rapport de libéralité conditionnelle obligatoire peut être conventionnel, puisque la condition subit un traitement similaire à une contre-prestation quant à la faculté de répéter.

Dans ce genre de cas, la condition est alors plus qu'une simple charge parce qu'elle porte sur une sorte d'attente de contre-prestation obligatoire, dont la non-réalisation ouvre la voie à l'action en répétition⁹³⁶. Ceci suggère que IULIANUS, D. 39.5.2.7, dans le second exemple, traite d'une donation conditionnelle et conventionnelle. S'il s'agissait d'une libéralité pure ou *sub modo* (« *mit einer Auflage* »), la répétition n'aurait pas lieu parce que la volonté de donner serait plus forte que l'attente de « contre-prestation ». Ce genre de libéralité présentée par IULIANUS semble s'opposer avec la notion même de donation ; IULIANUS précise que la libéralité conditionnelle dans sa forme *mortis causa* est un cas particulier⁹³⁷.

Le rôle du critère de la prépondérance de la volonté et son impact sur la qualification et le déroulement de la relation juridique peuvent être schématisés de la manière suivante :

Critère prépondérant = volonté du donateur (dans)	Conséquence sur la nature de la condition	Conséquence sur la nature de la relation juridique	Conséquence sur l'attribution d'un éventuel droit de répétition
Donner à l'autre	Condition pas obligatoire = <i>modus</i>	Donation <i>sub modo</i>	Pas de droit de répétition
Attente de réalisation de la condition	Condition obligatoire	<i>Negotium mixtum cum donatione</i>	Droit de répétition accordé

Tableau n° 7 : Critère de la prépondérance selon IULIANUS, D. 39.5.2.7

⁹³⁶ A noter qu'il existe d'autres facteurs contributifs dont dépend l'applicabilité de la *condictio*, comme la disparition de l'objet par cas fortuit, ces facteurs devant être analysés au cas par cas (par ex. D. 12.4.3.3 ; D. 12.4.5 pr./3/4).

⁹³⁷ IULIANUS, D. 39.5.1 pr. *in fine* : « *Dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit: non proprie donatio appellabitur, sed totum hoc donatio sub condicione est. Item cum quis ea mente dat, ut statim quidem faciat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit aut non fuerit, velit ad se reverti, non proprie donatio dicitur, sed totum hoc donatio est, quae sub condicione solvatur. Qualis est mortis causa donatio* » (Quelqu'un donne [de l'argent] pour qu'il devienne la propriété de celui qui reçoit, du moment que quelque chose a été exécuté : cela ne s'appellera pas proprement une donation, mais tout cela est une donation sous condition. De même, lorsque quelqu'un donne [de l'argent] dans l'idée qu'il le rend aussitôt propriété de celui qui reçoit, mais qu'il voudrait qu'il lui revienne, que quelque chose ait été fait ou non, ce n'est pas une donation à proprement parler, mais tout cela est une donation qui peut être dissoute sous condition. La donation pour cause de mort est de ce genre).

2.3.1.2.3.2. Application par analogie de la solution de D. 39.5.2.7 à D. 12.6.65.3

Pour revenir au fragment D. 12.6.65.3, plusieurs éléments nous permettent d'appliquer un raisonnement par analogie pour conclure à une nature mixte du rapport entre les parties.

Il est probable que PAULUS ait connu le principe utilisé par IULIANUS, car on observe qu'un autre texte de PAULUS, dont le contenu a été analysé ci-avant, utilise le même procédé, mais dans le cas d'une *donatio mortis causa*⁹³⁸. Par ailleurs, ULPIANUS, auteur de la même période que PAULUS, applique aussi ce principe du critère de la prépondérance de la volonté du *dans* pour attribuer un droit de répétition⁹³⁹.

Ensuite, les cas d'espèce traités dans D. 12.6.65.3, même s'ils revêtent des caractéristiques testamentaires, présentent une structure similaire au *do ut des/do ut facias*, qui, comme on l'a vu dans D. 2.14.7.2, était de nature synallagmatique⁹⁴⁰ dans le sens d'un échange d'intérêts réciproques. Dans les deux textes de PAULUS et IULIANUS, un acte de donner est fait à la condition de la réalisation d'un événement qui dépend du bon vouloir de l'autre partie; en ce sens, la condition correspond à l'intérêt objectif du *dans* et présente ainsi une composante similaire à la notion de d'attente de contre-prestation⁹⁴¹. Cependant, l'expression *quoniam non contrahendi animo dederim* de PAULUS, D. 12.6.65.3 paraît évincer cette hypothèse. Nous verrons néanmoins que cette locution ne demeure pas un obstacle à la nature conventionnelle – voire synallagmatique – du cas décrit par PAULUS, D. 12.6.65.3 *ab initio*⁹⁴².

En outre, la faculté de répéter en présence d'une libéralité conditionnelle indique qu'une attente a été déçue et qu'un enrichissement patrimonial s'est produit sans contrepartie. Dans un tel cas, comme le rappelle PAPINIANUS, la bonne foi et l'équité exigent donc l'application de la *condictio*⁹⁴³. La réalisation de la condition semble ainsi être un élément suffisamment prépondérant, de nature à entraîner l'application de l'action en répétition en cas de sa non-survenance. A ce titre, la condition prend la forme d'une contrepartie obligatoire, d'une forme particulière de contre-prestation.

⁹³⁸ PAULUS, D. 39.6.35.3, cf. *supra* p. 222 n. 911.

⁹³⁹ ULPIANUS, D. 23.3.5.9; ULPIANUS, D. 24.1.13.2; ULPIANUS, D. 28.7.8.7. Voir aussi l'avis de POMPONIUS qui estime que l'intention des parties doit être analysée, propos rapportés selon un témoignage d'ULPIANUS, D. 39.5.18.1 *in fine*.

⁹⁴⁰ *Contra*: SCHWARZ (1952) p. 164, pour qui le lien testamentaire entre les protagonistes dans ce texte de PAULUS ne permet pas de dire s'il s'agit d'un rapport synallagmatique.

⁹⁴¹ Cf. *supra* p. 221.

⁹⁴² Cf. *infra* pp. 235 ss.

⁹⁴³ PAPINIANUS, D. 12.6.66: «*Haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit*» (Cette *condictio* introduite sur la base la bonne foi et de l'équité a pour fonction de faire restituer le bien de l'un qui est saisi chez l'autre sans cause). La question du fondement précis de la *condictio* fait l'objet d'une controverse doctrinale présentée *supra* pp. 35 ss.

Il résulte de toutes ces considérations que ce critère de la prépondérance de la volonté de donner semble être déterminant également dans D. 12.6.65.3 pour savoir s'il s'agit d'une donation gratuite ou d'une structure similaire à un contrat mixte atypique menant à l'application de la *condictio* et que, *a contrario*, cette dernière peut être un indice de la présence d'un accord contraignant⁹⁴⁴.

2.3.1.2.4. Remarques conclusives quant à PAULUS, D. 12.6.65.3

Ces observations permettent de comprendre pourquoi PAULUS a cherché à identifier et qualifier particulièrement ce qu'est une *datio propter condicionem*. Il traite d'un cas mélangeant convention et libéralité conditionnelle.

Quelques textes ont montré que ce type de transaction pouvait avoir une forme mixte⁹⁴⁵. En d'autres termes, la libéralité conditionnelle peut être mélangée à, voire revêtir, une structure conventionnelle spéciale dans certains cas⁹⁴⁶.

Deux textes de PAULUS⁹⁴⁷ en particulier ont permis de mettre en lumière la possibilité d'un phénomène juridique hybride se présentant comme une insertion d'une disposition testamentaire dans une convention⁹⁴⁸ ou inversement, dont la structure est similaire à celle des contrats atypiques chez ARISTO (*do ut des/do ut facias*)⁹⁴⁹. Ce genre de rapport juridique relèverait à la fois d'un échange de « prestations » (*ob cau-*

⁹⁴⁴ Le caractère déterminant de la volonté de donner dans un but spécifique pour accorder une *condictio* est corroboré par le texte d'ULPIANUS, D. 24.1.13.2 (pour le texte et sa traduction, cf. *supra* p. 226 n. 932).

⁹⁴⁵ D. 39.6.35.3; D. 39.5.2.7; D. 39.5.18 pr./1; D. 12.1.19 pr.

⁹⁴⁶ Pour une analyse détaillée de la donation assortie d'une condition se rapportant uniquement au contenu de la charge à accomplir (donation qualifiée par la doctrine moderne de « *sub modo* »), qui serait à considérer comme un contrat innommé cf. VOIGT (1862) pp. 706 ss; pour la même conclusion, voir aussi MONIER (1954) p. 190.

⁹⁴⁷ PAULUS, D. 12.6.65.3 et D. 39.6.35.3.

⁹⁴⁸ Voir aussi SIMONIUS (1958) p. 203, qui, en parlant de transaction plutôt que de convention, donne même un exemple.

⁹⁴⁹ Pour considérer la donation *mortis causa* comme un type particulier d'obligation, *i.e.* comme un contrat innommé, cf. VOIGT (1862) pp. 727 s. Selon JUNG (2007) p. 340, la *donatio mortis causa* a une nature mixte seulement pendant le temps qui s'écoule avant la réalisation de la condition et que sa qualification sera fixée dès la survenance de celle-ci. LÉGIER (1958) pp. 174 ss pense que la *donatio mortis causa* est un type de *datio ob rem* (comme GUZMÁN BRITO (2001) p. 246), avec nature contractuelle. Contrairement à nous, voir PELLECCHI (1998) pp. 108 ss et p. 129 et surtout CORTESE (2013) p. 51 et n. 28, qui estime que D. 39.6.35.3 ne revêt pas d'aspect conventionnel – et ce en dépit du vocabulaire associé parfois à la convention (*negotium gerit*), mais montre simplement que la *donatio mortis causa* est une sorte de *datio ob rem* autonome; contre la *donatio mortis causa* comme *datio ob rem*, cf. SCHWARZ (1952) p. 168. Pour une conclusion similaire à CORTESE, voir ARCHI (1960) p. 46, qui pense que, parce qu'il n'y a pas de contre-prestation correspondante à une dation en argent, il s'agit d'une simple *datio ut*. Par ailleurs, ARCHI (1960) p. 7, pp. 236 s et p. 274, ainsi que BIONDI (1955) pp. 687 s (suivi par SANTORO (1983) p. 247) estiment que la donation n'avait pas encore de caractère contractuel à la période classique.

*sam*⁹⁵⁰ et *ob rem*⁹⁵¹) ou d'intérêts, puisqu'à notre avis celles-ci désignent le même objet (la prestation) mais sous un angle fonctionnel différent⁹⁵².

Il faut cependant préciser que la valeur de la condition, soit comme *modus* («*Auf-lage*»), soit comme condition obligatoire («*Bedingung*»), est difficile à cerner dans les textes. Pour cette raison, il ne faut pas nécessairement appliquer le résultat auquel nous sommes parvenus à tous les cas de libéralité conditionnelle. La précaution impose une analyse au cas par cas. C'est-à-dire que, selon IULIANUS, il faut vérifier pour chaque cas quelle est la justification permettant au *dans* de donner et si un droit de répétition peut être accordé. *A contrario*, lorsque le jurisconsulte accorde la faculté de répéter, celle-ci peut constituer un indice de l'application du critère de la prépondérance de la volonté du *dans*⁹⁵³. Ainsi, la valeur contraignante de la relation juridique comprenant une libéralité conditionnelle peut dépendre de l'application de ce critère de prépondérance selon un certain nombre de juristes (IULIANUS, PAULUS et ULPIANUS)⁹⁵⁴ et mener à un droit d'action en répétition.

Plus généralement, il ne s'agit pas de caractériser la donation de *contractus* par nature, car l'ordre juridique romain ne lui a pas accordé cette qualification. Il s'agit simplement de soulever leurs points communs. La similarité s'étend lorsqu'on voit que le terme *causa* est aussi employé dans le contexte de la donation. Certains textes nous permettent ainsi d'observer que la donation contient une *causa*. Cette dernière réside cependant dans la générosité, l'intérêt personnel à être généreux par le don⁹⁵⁵. Dans un

⁹⁵⁰ Contrairement à nous, MITTEIS (1908) p. 201 pense que la donation conditionnelle n'est pas une *datio ob causam*.

⁹⁵¹ Un certain nombre d'auteurs considèrent que la *donatio mortis causa* est un type de *datio ob rem*, voir: LÉGIER (1958) pp. 174 ss; VOCI (1963) p. 446; LIEBS (1978) p. 699 n. 2; ALBANESE (1982) p. 305 n. 261; PELLECCHI (1998) pp. 108 ss et p. 129; CORTESE (2013) p. 51.

⁹⁵² Selon la théorie fonctionnelle qu'on a développée *supra* pp. 188-197.

⁹⁵³ De manière explicite comme implicite: D. 39.5.2.7; D. 12.6.65.3; D. 23.3.5.9; D. 24.1.13.2; D. 28.7.8.7; D. 39.6.35.3; D. 12.4.1.1/2; D. 12.4.9 pr.; D. 12.4.6; D. 12.4.8; D. 22.1.38.1; POMPONIUS rapporté par ULPIANUS, D. 39.5.18.1 *in fine*.

⁹⁵⁴ IULIANUS, D. 39.5.2.7; IULIANUS, D. 12.6.33 *ab initio*; ULPIANUS, D. 24.1.13.2; PAULUS, D. 12.6.65.3; PAULUS, D. 39.6.35.3.

⁹⁵⁵ IULIANUS, D. 39.5.1 pr. *ab initio*: «*Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie donatio appellatur*» (Quelqu'un donne [de l'argent] dans l'idée qu'il veut aussitôt qu'il devienne la propriété de celui qui reçoit et qu'en aucun cas il ne lui revienne, et il ne le fait pour aucune autre raison que pour faire preuve de libéralité et de munificence: voilà ce qu'on appelle une donation au sens propre); cf. aussi PAULUS, D. 12.6.65.2: «*Id quoque, quod ob causam datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donari volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse*» (Ceci aussi lorsqu'on donne en considération d'une cause, par exemple, lorsque j'ai cru que mes affaires ont été aidées par l'intermédiaire de quelqu'un, bien que ce ne fut pas le cas, il n'y a pas lieu à la répétition parce que j'ai voulu faire un présent, quoique je fusse faussement persuadé).

tel cas, il n'existe pas réellement de contre-prestation, mais plutôt un but altruiste dans le fait de donner. Qui plus est, la nature juridique de la donation *sub modo* demeure incertaine non seulement à cause de l'élément qui s'apparente à un consensus.

Il semble pourtant que, dans certains cas, les actes libéraux, tout comme les contrats atypiques, revêtent une dimension contraignante en raison d'une part, de la prépondérance de la réalisation d'un contre-intérêt sur la simple volonté de donner et, d'autre part, de l'analogie structurelle avec les contrats atypiques faite par PAULUS lui-même (*do ut des/do ut facias*).

En somme, définir la notion de *conditio* dans le contexte des libéralités est délicat : il n'existe pas de définition uniforme et générale à travers les textes. Pourtant, il semble que la libéralité conditionnelle entre vifs de D. 12.6.65.3 revêt parfois un effet obligatoire. Cette nature contraignante découle d'une part d'une analogie structurelle de certaines libéralités conditionnelles avec les contrats atypiques, analogie suggérée par les expressions *do ut des/do ut facias*. D'autre part, elle résulte de la prépondérance de la réalisation de la condition aux yeux du *dans* et la faculté de répéter qui peut s'en suivre.

En effet, l'application du critère de prépondérance préconisé par IULIANUS au texte de PAULUS, D. 12.6.65.3 et la faculté de répéter y relative se justifient par la similitude des contextes. Les deux cas arborent un contexte testamentaire et lui appliquent la *condictio*. Aussi, l'emploi de ce critère julien dans un autre texte de PAULUS⁹⁵⁶ suggère que ce dernier aurait fait de même dans D. 12.6.65.3. L'application par analogie du critère de prépondérance par PAULUS paraît ainsi soutenable.

Tous ces éléments dénotent la particularité que, dans le texte de PAULUS, D. 12.6.65.3, la libéralité conditionnelle revêt une structure et un sort analogue aux contrats atypiques du type *do ut des/do ut facias* dans le cadre de l'action en répétition. Ces constatations nous amènent à soutenir l'hypothèse d'une nature juridique hybride dans ce texte de PAULUS et que le caractère libéral n'exclut pas nécessairement l'existence d'un accord synallagmatique et contraignant.

2.3.1.3. L'absence de volonté de contracter arguée par PAULUS, D. 12.6.65.3 : un obstacle à notre hypothèse ?

La présence du passage *quoniam non contrahendi animo dederim* de D. 12.6.65.3 *ab initio* semble entrer en opposition avec le résultat auquel nous sommes parvenus jusqu'alors, soit la structure du rapport mélangeant libéralité et convention.

⁹⁵⁶ PAULUS, D. 39.6.35.3.

Cependant, on pense que «*quoniam ...*» n'empêche pas la qualification de ce rapport juridique comme une sorte de convention mixte⁹⁵⁷, car ce passage ne serait qu'une conséquence du fait que la prestation n'a pas été exécutée.

En effet, cette locution s'insère dans un cadre de justification en cascade de l'attribution du droit de répéter pour la personne qui a déjà exécuté sa prestation.

Le texte D. 12.6.65.3 prend la tournure suivante :

« quoniam non contrahendi animo dederim, quia causa, propter quam dedi, non est secuta »

La conjonction *quia* nous incite à penser que la première partie de la phrase serait une conséquence directe de la seconde, parce que «*quia ...*» porterait sur «*quoniam ...*». Cette corrélation signifierait que le protagoniste n'a pas, voire plus, de volonté de contracter, parce que la condition ne s'est pas réalisée. Les deux justifications tomberaient en cascade l'une de l'autre: on peut répéter parce que la condition ne s'est pas réalisée et qu'il résulte de ce dernier élément qu'on ne désire plus contracter.

Le fragment indique que cette inexécution a un impact sur la volonté de contracter de celui qui a déjà effectué sa prestation. Puisque la contre-prestation (exprimée sous forme conditionnelle) ne se produit pas, la volonté du *dans* de contracter n'existe désormais plus. Ceci suggère aussi que l'inexécution de la contre-prestation signifierait une manifestation de la volonté de la partie non-exécutante de ne pas continuer le contrat. Dès lors, un droit de répétition se justifierait et tenter un droit de répétition amènerait à admettre le caractère inopérant du rapport conventionnel.

Cette hypothèse aurait pour corollaire que les deux locutions d'apparence antagonique se complètent, c'est-à-dire que *quoniam non contrahendi animo dederim* serait une conséquence de *causa, propter quam dedi, non secuta*. Autrement dit, on peut répéter parce que la contre-prestation n'a pas suivi et qu'en raison de ce dernier fait, on n'a désormais plus la volonté ni d'intérêt à continuer le contrat. Le fait de ne plus avoir la volonté de contracter peut ainsi résulter de l'absence d'exécution de la contre-prestation. Le fragment paulien mettrait en lumière un des impacts possibles de l'exécution sur la volonté du cocontractant, idée également suggérée par un texte d'ULPIANUS, pour qui la volonté de se rétracter du *dans* justifie l'application de la *condictio*⁹⁵⁸.

⁹⁵⁷ Comme vu dans la section précédente, *supra* pp. 218-232.

⁹⁵⁸ ULPIANUS, D. 12.4.5 pr.: «*sed cum liceat paenitere ei qui dedit, procul dubio repetetur id quod datum est*» (mais, comme il est permis à celui qui a donné de se rétracter, il n'y a pas de doute qu'il répétera ce qu'il a donné).

Une autre piste de réflexion pourrait tenir au fait que cette locution mettrait également en exergue la particularité de la relation juridique (libéralité conditionnelle et convention), pour laquelle la volonté de donner du *de cuius* est indispensable⁹⁵⁹.

Une troisième hypothèse envisageable consisterait à dire que *quoniam non contrahendi animo dederim*, en tant que justification ultérieure du fait d'accorder un droit de répétition, désignerait simplement *a posteriori* une volonté initiale *fausse*. En d'autres termes, on donne dans une croyance qui ne correspond pas à la réalité (*i.e.* absence de contrat), mais lorsqu'on découvre l'erreur, la volonté de contracter s'évanouit⁹⁶⁰. Cette hypothèse caractériserait la situation particulière suivante : le créancier a exécuté sa prestation en pensant que l'autre voulait contracter, mais il était dans l'erreur : il a perdu sa volonté de contracter à partir du moment où il a réalisé que l'autre partie ne voulait pas du contrat. On pourrait rapprocher cette situation de D. 12.6.23 pr.⁹⁶¹, où une action en répétition est donnée en raison d'un paiement exécuté sur la base d'une fausse croyance (*ex falsa causa*) ayant pour objet une contre-prestation non réalisée (*non secuta*). Bien que ce texte évoque la *transactio* et qu'il faille être prudent dans la comparaison, il n'en demeure pas moins que la quintessence de la relation juridique trouve une certaine similarité. Cette similitude des deux cas permet un rapprochement assez exceptionnel entre les expressions *non contrahendi animo* et *ex falsa causa*. Cette corrélation incite à penser que le premier serait une conséquence directe du second : la croyance sur l'existence d'un contrat étant fausse, la volonté de contracter du *dans* est donc altérée. Dès lors, cette raison cumulée avec celle toute pratique d'une absence d'exécution de la contre-prestation, un droit de répétition se justifierait. Cela aurait pour conséquence que les deux locutions de D. 12.6.65.3 d'apparence antinomiques se complèteraient.

Quoi qu'il en soit, faire dépendre la validité d'un acte et son déroulement de la volonté de l'autre partie n'empêche pas de considérer la relation juridique comme ayant été conventionnelle. De même que pour un contrat atypique comme la *permutatio*, une absence de contre-exécution peut être considérée comme un déni de l'autre partie de contracter, ce qui conduirait ensuite à remettre en question la volonté de contracter propre de l'exécutant.

Il résulte de toutes ces considérations et hypothèses que les deux passages *quoniam non contrahendi animo dederim* et *quia causa propter quam dedi non est secuta* sont compatibles et qu'il n'est pas nécessaire d'invoquer l'interpolation.

⁹⁵⁹ Cette hypothèse a été explorée par STURM (1983) p. 647, qui estime que la locution *quoniam non contrahendi animo dederim* renvoie à « l'intention d'obéir à la condition du de cuius ».

⁹⁶⁰ STURM (1983) p. 647 estime que la formule *quoniam non contrahendi animo dederim* renvoie à « l'intention d'obéir à la condition du de cuius »,

⁹⁶¹ Pour le fragment et sa traduction, cf. p. 230 n. 807.

Leur compatibilité s'explique par le fait qu'il est concevable, pour une relation telle qu'on l'a qualifiée de «forme de rapport conventionnel mixte avec une libéralité conditionnelle», que la première soit une conséquence possible de la seconde. Ne plus vouloir contracter pour le *dans* (après s'être exécuté) peut résulter de l'inexécution de la transaction promise par l'autre partie.

Ces résultats nous permettent de conforter l'idée que ce texte de PAULUS, D. 12.6.65.3 ne définit pas la *datio ob causam* comme un acte testamentaire par nature, mais qu'il décrit un rapport mixte, où la *datio ob causam* revêt nécessairement un aspect conventionnel⁹⁶².

2.3.1.4. Nature et fonction du terme *causa* dans D. 12.6.65.3

Après avoir défini la nature de la relation juridique dans D. 12.6.65.3 *ab initio*, la nature et la fonction du terme *causa* dans ce texte⁹⁶³ vont être étudiées dans les pages suivantes.

Pour y parvenir, il faut préciser d'abord que la place et le sens du mot *causa* soulèvent des questionnements. En effet, le terme *causa* peut être ici interprété de deux manières différentes en raison de la structure grammaticale en enchevêtrement (*quia causa, propter quam dedi, non est secuta*). *Causa*, dans cette structure pourrait signifier autant le «fondement justificatif» se trouvant dans l'avenir par le renvoi à la condition que la «contre-prestation matérielle». Nous allons voir que le terme *causa* aurait ainsi un double sens dans ce passage, même s'il conserve sa fonction de fondement justificateur.

La première structure grammaticale (*causa, propter quam dedi*) indique que *causa* est un synonyme d'*ob causam datur*⁹⁶⁴. Celle-là fait référence au fondement de la prestation et renvoie en l'espèce à une condition, plus précisément à une prestation conditionnelle de legs (institution d'un legs ou statut d'héritier). La *causa*, sans être elle-même une condition, désigne concrètement une prestation formulée sous la forme d'une condition. Autrement dit, la *causa* se réfère à une contre-prestation qui représente le fondement abstrait de celui qui donne (*dans*) et qui se trouve être une attente future formulée de manière conditionnelle. Il résulte d'une telle corrélation entre *causa* et *conditio* qu'une valeur future et prospective doit être attribuée au terme *causa*, sans pour autant définir formellement la *causa* par la condition⁹⁶⁵. L'attente de

⁹⁶² Pour une synthèse détaillée, cf. *supra* pp. 230-232.

⁹⁶³ PAULUS, D. 12.6.65.3, pour le texte et sa traduction voir *supra* pp. 215 s.

⁹⁶⁴ Cf. *infra* pp. 247 s.

⁹⁶⁵ Pour la *causa* comme un élément prospectif et tourné vers le futur, voir aussi BETTI (1962) pp. 114 s. Plusieurs auteurs, pour tenter d'expliquer l'aspect futur de la *causa* dans ce texte, estiment que *causa* désigne *res* (cf. en particulier PERNICE (1892) p. 242 n. 4; HARKE (2003) p. 58). WINDSCHEID (1906) p. 883 n. 11 explique que la *causa futura* doit être assimilée à *res* parce que, en tant que simple motif et «*Bestimmungsgrund*», celle-ci ne peut être érigée au rang de condition. Quant à SCHWARZ (1952) p. 132, il admet une synonymie des deux termes sans égard à la temporalité.

la réalisation de la condition est une *causa* au sens d'une justification de la prestation de l'autre partie. La condition peut donc servir de *causa* et permettre d'attribuer à celle-ci une valeur future.

La *causa*, dans la seconde structure (*causa ... non est secuta*), signifie «contre-prestation matérielle». Elle ressemble à la locution paulienne *secuta res est* se situant plus loin dans le fragment D. 12.6.65.3: *causa* et *res* sont utilisées de la même manière. Pour cette raison, on leur suppose un sens commun de «contre-prestation matérielle», lorsqu'elles se présentent dans des formulations spécifiques du genre de (*non*) *secuta*⁹⁶⁶.

En effet, la *res* de *secuta res est* en D. 12.6.65.3 *in fine*⁹⁶⁷ ne signifie pas le but abstrait en tant que tel. Elle consiste plutôt en une manifestation concrète, à savoir la «contre-prestation matérielle», qui représente la finalité poursuivie autant que le fondement de la prestation de l'autre partie⁹⁶⁸. Le cas d'espèce visé par PAULUS *in fine* aborde la question de l'argent payé pour l'institution d'un esclave comme héritier et l'acceptation par lui de la succession après son affranchissement. En l'occurrence, la *res* est exécutée, ce qui signifie ici que le résultat est accompli et la condition réalisée. Le terme *res* vise donc le but dans son aboutissement matériel, soit le résultat: il ne se définit plus à un stade prévisionnel.

Cette précision nous amène à penser que, *res*, dans la constellation particulière *res (non) secuta*, est synonyme de *causa* lorsqu'elle apparaît sous la forme *causa (non) secuta*. Dans ces formulations particulières, elles sont toutes deux synonymes de «contre-prestation matérielle (in)exécutée»⁹⁶⁹ parce qu'on quitte le domaine de l'abstraction et de la prévision. Cette dernière idée est confirmée par le fait que l'emploi de *res* ou *causa* avec (*non*) *secuta* n'a pas de lien direct avec celui d'*ob rem datur* ou d'*ob causam datur*⁹⁷⁰, comme il a été démontré lors de l'analyse du critère de l'exécution⁹⁷¹.

⁹⁶⁶ A ce propos, voir nos développements et l'avis de la doctrine, cf. *infra* pp. 248 ss et surtout p. 251.

⁹⁶⁷ PAULUS, D. 12.6.65.3 *in fine*: «*si servus meus sub condicione heres institutus sit et ego dero, deinde manumissus adierit: nam hoc casu secuta res est*» (si mon esclave a été institué héritier sous condition [d'être affranchi] et que moi, j'ai donné [et] qu'ensuite, ayant été affranchi, il a accepté l'héritage: car, dans ce cas, la chose s'est réalisée).

⁹⁶⁸ Dans le texte D. 12.6.65.3, si l'on comprend pourquoi HAUSMANINGER, *in*: BEHREND/S/KNÜTEL/KUPISCH/SEILER (1999) p. 132 traduit *res* par «*Erfolg*» dans la constellation *res secuta*, il en va différemment de la traduction du terme *causa*. Il arrive malheureusement au même résultat d'assimilation entre *res* et *causa* que PELLECCHI les traduisant toutes deux par «*Erfolg*», terminologie qu'il avait à l'origine employée pour désigner uniquement *res* (cf. p. 127, *ad* D. 12.6.52). Traduire *res* et *causa* par «*Erfolg*» contribue ainsi à la confusion. A noter que SCHWARZ (1952) p. 164 fait le même amalgame.

⁹⁶⁹ Cf. *infra* p. 251.

⁹⁷⁰ De la même manière, SCHWARZ (1952) p. 132.

⁹⁷¹ Cf. *supra* pp. 178 ss.

En revanche, la structure enchevêtrée du texte permet d'établir un lien, de sorte qu'on puisse comprendre que *causa* aurait ici un double sens, à savoir celui de «fondement» et celui de «contre-prestation matérielle». Et ce lien indirect ne paraît pas surprenant, dans la mesure où la contre-prestation représente la matérialisation de la raison d'agir: la contre-prestation est l'objet ou le *facere* matériel et concret légitimant l'attente et l'exécution de la prestation de l'autre partie.

Ce type de structure *quia causa, propter quam dedi, non est secuta* dénote un télescopage de raisonnement par les juristes romains: on agit abstraitement pour une raison (*i.e.* l'exécution de la contre-prestation), et la raison de cette attente d'exécution est matérialisée en l'objet qu'est la contre-prestation. La contre-prestation représente matériellement la raison d'agir du cocontractant. Ainsi, le terme *causa* a ici une double facette, soit la raison d'agir et la contre-prestation en tant que telle, qui sont indirectement liées entre elles. Il semble que PAULUS joue délibérément avec la polysémie du terme *causa* (*i.e.* origine; raison; chose).

D'ailleurs, nous verrons plus loin⁹⁷² que la contre-prestation matérielle dans les formules *causal/res, propter quam dedi, (non) secuta* est bien porteuse des notions de fondement d'une part, et de but, d'autre part. Cette remarque tient au fait que toute prestation se base sur une raison et poursuit un but.

Néanmoins, quand bien même *causa* et *res* pourraient avoir un sens commun de «chose»⁹⁷³ dans ce genre de formules contenues dans ce texte de PAULUS, D. 12.6.65.3, elles ont une utilisation fonctionnelle différente. En effet, le contexte de justification, d'une part pour justifier sa propre action d'avoir donné, d'autre part pour attribuer un droit de répétition, rend légitime l'emploi du mot *causa*. Quant à *res*, elle symbolise dans ce fragment le résultat matériel pur qu'est la prestation en elle-même en tant que «chose», sans la connotation prévisionnelle que donnerait la notion de but. En ce sens, l'usage d'une terminologie différenciée (soit *causa*, soit *res*) reflète la fonction propre de chacun des termes.

2.3.1.5. Synthèse

Il résulte de ces analyses que le contexte mixte (libéralité conditionnelle et convention) de D. 12.6.65.3 n'est pas un obstacle à utiliser ce texte dans le cadre d'une étude sur la notion de *causa contractus*. Dans PAULUS, D. 12.6.65.3 *ab initio*, le caractère mixte résulte du cas d'espèce consistant en une libéralité conditionnelle s'intégrant dans une convention, soit une forme de *negotium mixtum cum donazione*. La libéralité conditionne l'exécution de la contre-prestation de manière (quasi-)obligatoire. Même si le degré de perméabilité du mélange entre *negotium* et *donatio* reste une question

⁹⁷² Cf. *infra* pp. 253 ss.

⁹⁷³ Un tel sens de la *causa* est reconnu par GIFFARD/VILLERS (1976) pp. 102 s dans l'expression *causa data causa non secuta*.

ouverte⁹⁷⁴, on peut toutefois avancer que le principe existe en droit classique, dont le texte D. 12.6.65.3 en présente une forme. Il est donc possible que, dans certains textes⁹⁷⁵, la libéralité conditionnelle obligatoire puisse contenir une cause analogue aux actes juridiques considérés comme conventions contraignantes. Cette idée résulte notamment d'un autre texte de PAULUS⁹⁷⁶ qui applique le régime d'action en répétition des *do ut des* à un rapport de *donatio mortis causa* conditionnel qualifié de *negotium*. L'analogie de ces structures mixtes avec celles du *do ut des*, *do ut facias* de D. 2.14.7.2 protégées par une action en exécution, laisse penser que ces structures auraient pu être sanctionnées par la même action «contractuelle»⁹⁷⁷.

En outre, le caractère mixte entre libéralité conditionnelle et convention de D. 12.6.65.3 n'est pas remis en question par le passage *non contrahendi animo dederim* (je n'ai pas donné avec la volonté de contracter). La raison en est que cette incursion serait une conséquence de l'inexécution de la prestation par la partie adverse. Il s'agirait d'une explication subjective, relative à la volonté de l'exécutant lui-même qui fait face à l'inexécution du contre-avantage. Autrement dit, ne plus vouloir contracter pour la partie qui s'est déjà exécutée serait la conséquence psychologique de l'inexécution par la partie adverse, raison pour laquelle la *condictio* serait intentée (*i.e.* pour se départir du contrat).

La notion de *condicio* désigne matériellement la contre-valeur attendue, mais représente abstraitement la *causa* au sens large dans un aspect prospectif. Par ailleurs, certains textes ont montré l'importance de la réalisation de la *condicio* aux yeux du *dans*⁹⁷⁸, ce qui suggère qu'elle soit assimilable à la notion de *causa* en raison de son caractère (quasi-)contraignant.

En l'espèce, la notion de *causa* de ce texte paulien renvoie à celle de *condicio*, simple forme pour désigner le caractère (quasi-)obligatoire de la contre-valeur attendue. La *causa* revêt ainsi un aspect futur parce qu'elle vise une prestation qui ne se trouve qu'à un stade prévisionnel.

Par ailleurs, la *causa*, dans la locution *causa, propter quam dedi, non est secuta*, revêt un sens double, à savoir le fondement et la contre-prestation matérielle, sous la forme de résultat. D'une part, elle sert de fondement pour exiger la contre-prestation ou la répétition de la valeur déjà donnée et, d'autre part, elle désigne concrètement le contenu du contrat, soit la contrepartie attendue. Dans ce texte, elle a une valeur de fondement justifiée par le contexte. En effet, dans D. 12.6.65.3 *ab initio*, le terme

⁹⁷⁴ Pour une analyse approfondie de cette question et de la thèse préconisant l'imperméabilité et l'incompatibilité de ces deux notions, voir SCEVOLA (2008) et (2011) pp. 247 ss.

⁹⁷⁵ Notamment: D. 12.6.65.3; D. 39.6.35.3; D. 39.5.2.7.

⁹⁷⁶ PAULUS, D. 39.6.35.3. Pour le fragment et sa traduction, cf. *supra* p. 222 n. 911.

⁹⁷⁷ En ce sens, voir aussi LÉGIER (1958) pp. 230 s.

⁹⁷⁸ Cf. *supra* p. 238 n. 975.

causa prend bien une fonction de fondement, car sans celui-ci, la relation juridique n'est pas justifiée au yeux de PAULUS, et son absence va mener à admettre un droit de répétition. La *causa* désigne aussi la contre-prestation matérielle formulée de manière conditionnelle.

Le terme *res* présent dans (*non*) *secuta* (D. 12.6.65.3 *in fine*) n'est quant à lui pas synonyme de *causa* au sens de fondement. *Res*, dans cette locution, constitue la contre-prestation, à savoir une extension matérielle et concrète des deux éléments abstraits que sont le but et le fondement. Elle revêt une fonction matérielle de résultat qui sort du domaine de la prévision.

Les usages de *res* et *causa* sont par conséquent distincts l'un de l'autre dans PAULUS, D. 12.6.65.3, puisqu'ils ont des fonctions différentes, même s'ils revêtent parfois le sens commun de «contre-prestation». Ainsi, admettre leur synonymie ne se justifie pas au vu de ces différents contextes.

A ce stade de l'analyse, la présence corrélée de la condition et de la *causa* n'est pas si surprenante. La *causa* renvoie à la condition parce que cette dernière, portant sur la contre-prestation, sert de *causa* pour demander l'exécution ou l'action en répétition et représente le fondement de la prestation déjà exécutée. La condition, dans ce fragment, sert de *causa* dans le sens où celle-là formule une obligation fondant l'autre partie à exécuter sa propre prestation et à recevoir la contrepartie. En l'espèce, le juriste PAULUS s'intéresse pour la résolution du cas à la justification qui permet d'octroyer un droit de répétition.

En conséquence, le terme *causa* est légitime; il ne paraît pas justifié de vouloir le remplacer par *res*. En outre, la condition, reflétant une perspective future, n'est pas réservée à *res* parce qu'elle peut être qualifiée de *causa* (dans son sens étio-logico-justificateur) autant que de *res* (en tant que finalité).

2.3.2. La condition comme fondement et expression d'un but dans le cadre d'une libéralité conditionnelle: le cas de IULIANUS, D. 39.5.2.7

Le texte de IULIANUS, D. 39.5.2.7 revêt un intérêt particulier dans la mesure où il aborde le cas d'une libéralité conditionnelle, la faculté de répéter et une formulation finale usuellement associée à *res*, ainsi qu'une idée de fondement découlant du rapport d'échange analogue à celui du *do ut des*.

IULIANUS, D. 39.5.2.7

«Titio decem donavi ea condicione, ut inde Stichum sibi emeret: quaero, cum homo antequam emeretur mortuus sit, an aliqua actione decem recipiam. Respondi: facti magis quam iuris quaestio est: nam si decem Titio in hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus, mortuo Stichio condicione repetam: si vero alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim in hoc me dare, ut Stichum

emeret, causa magis donationis quam condicio dandae pecuniae existimari debebit et mortuo Stichus pecunia apud Titium remanebit».

J'ai donné dix à Titius à la condition qu'il achète Stichus : je demande, puisque l'homme est mort avant d'avoir été acheté, si je peux récupérer dix par quelque action. J'ai répondu : c'est plus une question de fait que de droit : car si j'ai donné dix à Titius, afin qu'il achète Stichus, sans quoi je ne lui aurais pas donné, je répéterai par la *condictio* en cas de mort de Stichus ; mais si, par contre, en d'autres circonstances, j'avais l'intention de donner dix à Titius parce qu'entre temps il avait proposé d'acheter Stichus, j'aurais dit que je donnais, afin qu'il achète Stichus, la cause de faire une donation devra être davantage considérée que la condition de donner les deniers, et en cas de mort de Stichus, l'argent restera chez Titius.

Dans ce texte, IULIANUS élabore une comparaison entre deux types de relation juridique, l'une, analogue à un *do ut des/do ut facias* qui peut mener à accorder un droit de répétition, l'autre, une donation *sub modo* qui ne conduit à aucun droit de répétition. Cette comparaison met en évidence la différence de régime juridique applicable entre une donation *sub modo* et une libéralité conditionnelle obligatoire. Pour arriver à une conclusion divergente, IULIANUS se base sur le critère de la prépondérance de la volonté du *dans*. Dans chaque cas, il faut déterminer si le *dans* estime que la contre-activité requise conditionne son propre acte de donner ou si celle-ci n'est qu'une simple modalité dont l'inexécution ne remet pas en cause le fondement de sa dation⁹⁷⁹.

Dans le premier état de fait traité dans l'extrait, IULIANUS aborde le cas de la dation assortie d'une condition obligatoire dans un contexte de libéralité⁹⁸⁰, pour voir si l'on peut accorder une action en répétition : on donne dix à Titius à la condition qu'il s'achète l'esclave Stichus. Cette relation juridique prend la forme d'un *do ut facias* intégrant une libéralité conditionnelle, soit une forme de *negotium mixtum cum donatione*⁹⁸¹. IULIANUS accorde un droit d'action en répétition à l'occasion de cette structure analogue au *do ut facias*, sur la base du critère de prépondérance de la volonté du *dans*⁹⁸².

⁹⁷⁹ Pour une analyse approfondie de ce critère de prépondérance de la volonté du *dans*, cf. *supra* pp. 226 ss.

⁹⁸⁰ Selon LÉGIER (1958) p. 179, la condition est, dans ce passage, obligatoire. Dans ce premier cas, la condition, qualifiée de fondement de la détermination (« *Bestimmungsgrund* »), est devenue partie intégrante de la transaction selon PERNICE (1892) p. 199. La *condicio* devient ainsi une « *Bedingung* » qui ne doit pas être assimilée à la *causa*, cette dernière désignant le motif (cf. PERNICE (1892) p. 199).

⁹⁸¹ Sur la distinction entre donation *sub modo* et libéralité conditionnelle obligatoire, cf. *supra* pp. 219 ss.

⁹⁸² Pour une analyse de ce critère et ses échos dans d'autres fragments, cf. *supra* pp. 226 ss et pp. 229 ss.

L'auteur oppose ensuite ce cas à celui d'une donation modale (*sub modo*), sans condition de portée obligatoire, où la *causa donationis* est l'acte de donner et d'exercer sa générosité, peu importe le comportement de l'*accipiens* en retour de ce don⁹⁸³. Ainsi, l'existence de l'intention de donner ne sera pas remise en question par un fait extérieur et la *condictio* ne sera pas attribuée.

Quant à la notion de condition pour le premier cas traité par IULIANUS, elle semble revêtir les mêmes caractéristiques que la notion de *causa* comme motifs objectifs, définis dans le premier chapitre comme but et raison justificative de l'acte.

D'abord, la condition semble correspondre au versant étiologico-justificateur de la *causa*. Plus précisément, cette fonction est même double parce qu'elle sert de fondement pour donner, autant que sa non-réalisation sert de fondement pour justifier l'application de l'action en répétition. Cette *causa* comme fondement, exprimée de manière conditionnelle, découle implicitement du rapport intégrant une donation conditionnelle, structure analogue au *do ut facias*.

En effet, la situation juridique d'une relation flanquée d'une *condicio* visant à acheter l'esclave Stichus pour lui-même contre une somme d'argent⁹⁸⁴ contient l'idée d'un accord du type *do ut facias*⁹⁸⁵. IULIANUS présente cette première structure sous des traits particulièrement similaires au fragment D. 12.6.65.3, à la différence qu'il n'est pas explicitement question d'*ob rem* ou d'*ob causam* et de prestation (*non*) *secuta*. Cette similarité tient en l'espèce au rapport des parties prenant une tournure d'échange d'intérêts obligatoires⁹⁸⁶, à savoir qu'une prestation (la donation de dix sesterces) ne sera faite que dans un but précis (que l'autre partie s'achète l'esclave Stichus).

⁹⁸³ Nous nous rallions à l'opinion de WINDSCHEID (1850) p.43, qui estime que la *condicio*, dans cette dernière partie du fragment, est une charge («*Auflage*») et non une condition obligatoire (suivi par PERNICE (1892) p.31). Elle est utilisée pour indiquer que l'efficacité de la volonté du donateur dépend d'un certain état de fait, ce qui n'est pas le cas de l'existence de cette volonté. C'est-à-dire que le transfert de propriété a bien lieu conformément à la volonté du donateur. Mais, si la condition ne se produit pas, le donataire a un devoir de restitution envers le donateur. Ainsi, selon WINDSCHEID, la volonté de donner existe, mais son efficacité est conditionnée à la réalisation de l'événement attendu; c'est ce qu'il appelle la «*Voraussetzung*». Selon SCHWARZ (1952) p. 143, la vente de l'esclave est une condition représentant un «*Motiv*» de la donation (soit la *causa donationis*), ce dernier étant une détermination de but de la prestation («*Motiv*' (*causa*) *der Schenkung als 'Zweckbestimmung' der Leistung*»).

⁹⁸⁴ Pour VOIGT (1862) p.529, *condicio* est un *modus* en tant que contenu inséré dans un contrat de donation, alors que *causa* désigne une finalité non élevée au contenu de la donation.

⁹⁸⁵ PERNICE (1892) p. 30 va plus loin en disant qu'il est notoire que les emplois d'*ea condicione ut* désignent un accord («*Abrede*»); ce serait notamment le cas dans ce fragment de IULIANUS. Il ajoute par ailleurs que la *condicio* ne doit pas être appelée «*Bedingung*» dans le deuxième exemple de ce fragment julien (cf. PERNICE (1892) p. 31).

⁹⁸⁶ Selon CHAUDET (1973) p. 115 et n. 121, ce rapport juridique contient une prestation et une contre-prestation future, ce qui constitue une dation *ob rem*, à savoir un contrat.

Le fait de considérer la première relation juridique comme un accord est d'ailleurs confirmé plus loin dans le texte (*nam si ... remanebit*). Dans ce passage, IULIANUS oppose cette relation juridique ayant des traits consensuels à une vraie donation et ses conséquences juridiques : si la volonté de faire une donation est plus forte chez le *dans*, la *condictio* ne sera pas attribuée. En l'occurrence, IULIANUS illustre ce critère de la prépondérance de la volonté du *dans* avec l'aide d'un cas concret, à savoir que si l'esclave meurt, l'argent ne pourra pas être redemandé. Dans le premier cas, en revanche, la question d'accorder un droit de répétition à la dation faite sous condition (quasi-)obligatoire se pose comme pour les contrats atypiques. Il en résulte que, pour certains juristes comme IULIANUS, la convention comprenant une libéralité conditionnelle obligatoire suit un régime analogue à celui des structures *do ut facias*.

Quant à la notion de but, toujours dans ce premier cas, elle ressort des subordonnées finales contenant *ut*. Le but est exprimé plusieurs fois dans ce texte pour désigner une condition contraignante : d'abord dans le passage explicite *ea condicione, ut inde Stichum sibi emeret*, puis plus loin dans le texte *ut Stichus emeret*, qui renvoie au premier. Le but se rapporte ainsi explicitement à la *condicio* et inversement.

La condition, en tant qu'elle est une expression prévisionnelle de la contre-prestation et qu'elle fonde la prestation initiale, exprime autant le but que le fondement.

Partant, les notions de *condicio, res* (comme finalité) et *causa* (comme fondement) paraissent coexister et se superposer implicitement⁹⁸⁷ dans la même relation juridique de nature quasi-obligatoire⁹⁸⁸. Le rapport d'échange quasi-obligatoire est confirmé par la coexistence des notions de fondement et but, comme on l'a déjà observé dans cette étude⁹⁸⁹. La notion de but est présente de manière explicite sous la forme *ut*, à la suite de la condition (« *ea condicione, ut...* »). Quant à la notion de fondement, qui était habituellement représentée par l'expression *ob causam*, apparaît en filigrane, puisque la contre-prestation considérée comme un but est aussi une *causa*, fondant la prestation du *dans*⁹⁹⁰. Ainsi, la *condicio*, renvoyant bien à ces deux notions de but et de fondement à la fois, peut être considérée comme une *causa* au sens de motif objectif⁹⁹¹.

⁹⁸⁷ Cette considération est valable seulement pour le premier cas de figure visé par le fragment. Dans le second cas, la *causa* est une charge et comporte une dimension future (WINDSCHEID (1850) pp. 48 s), mais son assimilation à la condition n'est pas admissible.

⁹⁸⁸ CHAUDET (1973) p. 115 n. 120 et p. 117 va plus loin en considérant qu'elle est une marque de synonymie entre *res* et *causa* et qu'il ressort de ce fragment julien que la *causa* est forcément autre chose qu'un motif.

⁹⁸⁹ Cf. *supra* pp. 191 ss.

⁹⁹⁰ A ce propos, voir aussi nos développements complémentaires, *supra* pp. 203 ss.

⁹⁹¹ Pour la définition de cette terminologie, cf. *supra* pp. 44 ss et pp. 75 ss.

2.3.3. La condition comme expression d'un but dans le cadre de la stipulation: le cas d'ULPIANUS, D. 39.5.19.6

ULPIANUS, D. 39.5.19.6⁹⁹², lorsqu'il explique la différence entre la stipulation et la donation, mentionne la présence de la condition sous la forme «*condicione, ut ...*»⁹⁹³ avec *ob rem dare*. Ces différentes notions apparaissent dans un rapport juridique obligatoire de deux stipulations, où la première est conditionnée par la seconde: l'un promet de payer une somme d'argent si l'autre promet de porter le nom du premier.

Dans ce texte, la formulation conditionnelle de D. 39.5.19.6 désigne autant une attente de contre-prestation, soit un motif dans sa forme finale (*i.e. ob rem*) que le contenu matériel du contrat, soit la contre-prestation elle-même (en l'occurrence une promesse de porter le nom).

ULPIANUS, D. 39.5.19.6, rapportant les propos de PEGASUS, met en relation la *condicio* et *ob rem* en les opposant à la donation, mais sans élaborer de grands développements. ULPIANUS explique que ce qui différencie une stipulation conditionnelle de la donation réside dans le fait que la première contient un but obligatoire qui s'est réalisé (*quia ob rem facta est, res secuta est*). Dans le cas d'espèce, promettre de porter le nom constitue à la fois la condition et le but de la première stipulation. *Ob rem* est utilisé comme un exemple générique qui renvoie à la *condicio* et montre qu'un but obligatoire est poursuivi à travers celle-ci. Autrement dit, la condition formule un but objectif assigné par les parties. La condition devient une composante obligatoire de la relation juridique, à la différence de la pure donation, où la dation est faite sans contrepartie (sans but et sans fondement représenté par l'attente de contre-prestation). Cette conclusion est liée à la caractéristique particulière de la donation en tant que geste libéral et empreint de générosité, sans attente de contre-prestation⁹⁹⁴.

Ce texte précise d'ailleurs qu'une *datio ob rem*, qui, selon nous, est une autre forme pour exprimer *do ut des/do ut facias*, n'est point une donation (*non esse donatione*).

⁹⁹² ULPIANUS, D. 39.5.19.6: «*Denique Pegasus putabat, si tibi centum spondero hac condicione, si iurasses te nomen meum laturum, non esse donationem, quia ob rem facta est, res secuta est*» (Enfin, PEGASUS pensait que, si je t'avais promis cent à la condition que tu eusses juré que tu porterais mon nom, ce n'était pas une donation, parce que la prestation a été faite dans un but, et s'est réalisée).

⁹⁹³ La formulation *condicione, ut...* se présente notamment dans les textes suivants: D. 23.3.5.9; D. 28.7.8.7; D. 39.5.2.7; D. 39.5.19.6; D. 12.4.1.1; D. 5.2.26 pr.; D. 4.4.16.2; D. 4.3.7.8.

⁹⁹⁴ IULIANUS, D. 39.5.1 pr. *ab initio*: «*Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie donatio appellatur*» (Quelqu'un donne [de l'argent] dans l'idée qu'il veut aussitôt qu'il devienne la propriété de celui qui reçoit et qu'en aucun cas il lui revienne, et il ne le fait pour aucune autre raison que pour faire preuve de libéralité et de munificence: voilà ce qu'on appelle une donation au sens propre).

Une comparaison avec un autre texte d'ULPIANUS pourrait nous éclairer sur la manière de comprendre l'incursion *non esse donatione*.

En effet, admettre qu'une *datio ob rem* n'est pas une donation pourrait paraître paradoxal quand on voit qu'ULPIANUS admet la possibilité d'un rapport mêlant convention et libéralité conditionnelle (D. 39.5.18 pr./1). Un raisonnement par hypothèse pourrait être éclairant et utile pour résoudre cette apparente contradiction.

A supposer qu'on soit dans le contexte d'une libéralité, ULPIANUS chercherait peut-être à différencier la simple donation de la promesse de *donatio inter vivos* conditionnelle (libéralité entre vifs conditionnelle). Le caractère conventionnel de la relation, avec idée de contre-prestation attendue, indique que le rapport juridique n'est pas une simple donation. Cela signifierait que, lorsqu'ULPIANUS reprend les propos de PEGASUS, il traite d'une promesse de donation conditionnelle mixte, à distinguer d'une donation pure ou *sub modo*.

Si l'on ne se trouvait pas dans ce cadre de libéralité, on comprendrait qu'une *datio* résultant d'une stipulation conditionnelle ne serait pas à confondre avec une donation simple. Cette idée proviendrait du fait que la condition doit être considérée comme une contre-prestation obligatoire parce qu'elle suspend l'exigibilité de la prestation promise⁹⁹⁵. En l'espèce, cela signifierait qu'«à supposer que je sois le stipulant, tant que le cocontractant ne promet pas de porter mon nom, ma promesse ne vaut pas».

Les deux interprétations demeurent possibles pour expliquer la cohérence de la vision d'ULPIANUS.

Alors que D. 12.6.65.3 traite d'un *negotium* mixte avec libéralité conditionnelle, le texte d'ULPIANUS, D. 39.5.19.6 aborde un *negotium* simple et typique qu'est la stipulation formulée de manière conditionnelle. Même si la stipulation a été jugée comme un contrat unilatéral (*i.e.* sans double rapport d'obligation)⁹⁹⁶, faire dépendre une stipulation d'une contre-stipulation ressemble pourtant à une forme de contrat bilatéral. En effet, l'exécution de la contre-stipulation, soit la promesse de porter le nom, formulée de manière conditionnelle, s'apparente à une sorte de «contre-prestation».

Il résulte de ces considérations que la formulation conditionnelle du texte D. 39.5.19.6 est employée pour désigner un but.

⁹⁹⁵ ARCHI (1960) p. 24; pour qualifier cette condition de suspensive, cf. LÉGIER (1958) p. 176. Selon SCHWARZ (1952) p. 128, il ne s'agit pas ici d'une condition au sens technique d'une «*Bedingung*».

⁹⁹⁶ MONIER (1954) p. 91.

2.3.4. Synthèse

En résumé, ces textes ont montré que la condition est révélatrice des fonctions de *res* et *causa*. Le fondement et le but sont tous deux présents pour désigner la condition, car celle-ci peut objectivement représenter la *causa* fondamentale qui donne sa valeur au contrat, ainsi que le but envisagé dans la relation juridique. La *condicio* peut servir de fondement justificateur de la dation et d'une éventuelle action en répétition en cas de sa non-réalisation, mais elle peut aussi désigner le but poursuivi. En ce sens, la *condicio* doit être comprise comme une *causa* au sens de motifs objectifs, qui pourrait désigner les deux notions à la fois dans le sens où elle ne serait pas un facteur exclusif d'une notion sur l'autre. Cette coexistence des deux fonctions s'explique par le fait que la formulation conditionnelle n'est qu'une autre manière d'exprimer le motif. Ainsi, la *condicio* comme marqueur de la coexistence fonctionnelle de *res* et *causa* est un indice de leur proximité conceptuelle.

Il a été remarqué que des mentions expresses d'une *condicio* parfois sous forme «*condicione, ut ...*»⁹⁹⁷, désignant concrètement la contre-prestation (dont l'exécution déterminera l'autre à agir), semblent utilisées pour exprimer le but, mais aussi le fondement de la prestation du *dans*.

La condition peut viser les deux notions. Elle serait par conséquent un terme technique exprimant une *causa*⁹⁹⁸ comme élément volitif (motif objectif) et aurait selon le contexte soit un sens final, soit un sens étimologique-justificateur⁹⁹⁹.

Il résulte également de toutes ces analyses que les libéralités conditionnelles sont à considérer autant comme *datio ob rem* que *datio ob causam*. En ce sens, notre étude montre qu'*ob causam* et *ob rem* sont si proches qu'elles constituent chacune un élément du rapport contractuel du type *do ut des*. La *datio propter condicionem* serait ainsi à classer autant du côté des *dationes ob rem* que de celui des *dationes ob causam*, les deux faisant implicitement partie du *do ut des*¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁷ D. 23.3.5.9; D. 39.5.2.7; D. 39.5.19.6; D. 12.4.1.1; D. 5.2.26 pr.; D. 4.4.16.2; D. 4.3.7.8.

⁹⁹⁸ Dans ce sens, nous rejoignons l'opinion de WINDSCHEID (1850) pp. 43 s et p. 58, qui veut que la *condicio* comme terme technique soit une disposition ayant pour objet certaines circonstances, dont dépend l'existence ou l'efficacité de la déclaration de volonté.

⁹⁹⁹ La valeur de fondement est d'ailleurs particulièrement flagrante chez ULPIANUS, D. 12.4.1.1: «*Si parendi condicioni causa tibi dedero decem, mox repudiavero hereditatem vel legatum, possum condicere*» (Si je t'ai donné dix pour te soumettre à une condition et que j'ai bientôt répudié l'héritage ou le legs, je peux intenter une *condictio*).

¹⁰⁰⁰ Et non pas sous la catégorie *datio ob rem* préconisée par PELLECCHI (1998) p. 103 et HARKE (2003) p. 58. Pour ce dernier p. 62, la *datio propter condicionem*, lorsque celle-ci est établie dans le passé, ne doit d'ailleurs pas être rapprochée de la *datio ob causam* à cause du danger d'exclusion de la *condictio*, puisqu'il considère celle-ci comme irrépétibile.

2.4. Les formulations avec *propter quam dedi* : indice de coexistence et proximité conceptuelle ?

Une autre difficulté réside dans la polyvalence de l'usage de l'expression *propter quam dedi/datum est, secuta (non) est*, qu'on retrouve autant après *causa* que *res*. Quatre textes témoignent de l'existence de cet emploi.

D'une part, deux textes, respectivement d'AFRICANUS et de PAULUS, mentionnent *causa propter quam datum sit, non est secuta*¹⁰⁰¹. D'autre part, deux autres textes attestent d'une forme similaire de cette expression, mais avec *res* : l'une ne répétant pas le substantif *res* (*si res, propter quam datum est, secuta non est*)¹⁰⁰² ; l'autre, usant de *res* suivi de *causa secuta* (*propter rem datum sit et causa secuta sit*)¹⁰⁰³.

L'usage d'une telle formulation commune à *res* et *causa* pourrait *a priori* signifier une confusion ou synonymie des termes *res* et *causa*, lorsqu'elles apparaissent sous les formes *ob rem* et *ob causam* d'une part, et *res secuta* et *causa secuta* d'autre part, voire leur identité dans toutes les configurations. Cette hypothèse se fonderait sur la similarité de formulation en tant que telle et sur une contraction des expressions indiquant une double fonction. En effet, dans les locutions *res/causa, propter quam datum est, secuta non est*, les termes *causa* et *res* ne sont pas répétés avec *(non) secuta est*.

Cependant, plusieurs raisons nous prouvent que cette hypothèse de la confusion de *res* et *causa* ne serait pas totalement raisonnable ; elle doit être nuancée.

Dans cette perspective, il sera question d'analyser quel sens respectif attribuer à *causa* et *res* dans ces configurations, s'il existe un lien entre elles et les expressions *ob rem* et *ob causam* et, par conséquent, quelle est la nature du lien entre les expressions *res/causa propter quam dedi* et *causal/res (non) secuta* lorsqu'elles apparaissent sous une forme contractée (*res/causa, propter quam dedi, (non) secuta*).

Sur la base d'une telle exégèse, nous verrons dans les pages suivantes que le phénomène de contraction des deux expressions susmentionnées, conduit à élaborer deux hypothèses. La première hypothèse tient à l'équivalence de *res propter quam dedi* et *ob rem datur*, observation applicable aussi pour les formulations *causa propter quam dedi* et *ob causam datur* (2.4.1). Il découle de cette constatation et des deux fonctions différentes de *res* et *causa* observées dans de nombreux textes, qu'elles ne sont pas synonymes lorsqu'elles apparaissent avec *propter quam dedi*. Pour arriver au second point, il faudra encore déterminer s'il existe un lien entre l'emploi d'*ob rem* ou d'*ob causam datur* avec *causal/res secuta* (2.4.2). Le résultat de cette analyse nous mènera ainsi à notre seconde hypothèse. Nous soutenons qu'il existe une forme d'identité

¹⁰⁰¹ AFRICANUS, D. 12.7.4 ; PAULUS, D. 12.6.65.3.

¹⁰⁰² PAULUS, D. 12.5.1.1.

¹⁰⁰³ PAULUS, D. 12.5.9 pr.

entre *causa* et *res* lorsqu'elles apparaissent avec (*non*) *secuta*, puisqu'elles désignent concrètement le même état de fait, soit le stade d'exécution de la contre-prestation (2.4.3).

Il résultera de toutes ces considérations que *causa* et *res* dans les expressions *propter quam dedi*, (*non*) *secuta est* ont chacune une double signification.

2.4.1. Fonctions de *res* et *causa* avec *propter quam dedi*

Res et *causa* se présentent toutes deux avec une formulation similaire, qu'est *propter quam dedi*. Cette observation mène à s'interroger si cette similitude de formulation doit conduire à les assimiler ou les distinguer.

D'abord, on observe que les termes *causa* et *res* combinés avec ces formulations *propter quam dedi* revêtent chacun une fonction différente. Avec le terme *causa*, une fonction de fondement justificateur ressurgit, tandis que *res* exprime une finalité¹⁰⁰⁴.

Autrement dit, on retrouve les mêmes fonctions respectives déjà observées au cours de cette étude pour chacun des deux termes *res* et *causa*, fonctions qui se justifient en raison des cas d'espèce.

Comme vu précédemment lors de l'analyse de PAULUS, D. 12.6.65.3¹⁰⁰⁵, *causa* accompagnée de *propter quam* indique dans ce contexte un aspect étiologique et justificateur. En effet, l'usage de *propter*¹⁰⁰⁶ *quam* (i.e.: en vertu de laquelle) combiné à *causa*¹⁰⁰⁷ suggère l'attribution d'une fonction de fondement de l'acte au mot *causa* (*quia causa, propter quam dedi*)¹⁰⁰⁸. Dans ce texte de PAULUS, la *causa* se réfère à une condition qui se trouve être le fondement ou la raison motivant le *dans* à faire une dation en argent¹⁰⁰⁹. Dans un sens similaire, faut-il encore mentionner un texte d'AFRICANUS, contenant une formulation similaire avec *causa* (*an causa, propter quam datum sit*)¹⁰¹⁰, qui dénote cette idée de fondement à sa seule formulation, même si le texte reste très général et ne rentre pas dans les détails du cas particulier.

Quant à *res propter quam dedi*, elle constitue un équivalent d'*ob rem* parce qu'elle est utilisée dans le même sens que cette dernière, c'est-à-dire pour signifier le but. Cette

¹⁰⁰⁴ Selon l'approche fonctionnelle utilisée *supra* pp. 145-157.

¹⁰⁰⁵ Pour le texte et sa traduction, cf. *supra* pp. 215 s.

¹⁰⁰⁶ «*Propter*», in: OLD (1968) p. 1496, «(in giving the motive for an action) through being influenced by (a fact, etc.), because of, on account of».

¹⁰⁰⁷ Comme nous, WINDSCHEID (1850) p. 52 semble considérer *ob* et *propter* comme des substituts lorsqu'ils se présentent avec *causa*.

¹⁰⁰⁸ PAULUS, D. 12.6.65.3 *ab initio*: «*Sed agere per conditionem propter conditionem legati vel hereditatis, sive non sit mihi legatum sive ademptum legatum, possum, ut repetam quod dedi, quoniam non contrahendi animo dederim, quia causa, propter quam dedi, non est secuta*».

¹⁰⁰⁹ Pour une analyse de ce texte de PAULUS, D. 12.6.65.3, cf. *supra* pp. 215 ss.

¹⁰¹⁰ AFRICANUS, D. 12.7.4: «*Nihil refert, utrumne ab initio sine causa quid datum sit an causa, propter quam datum sit, secuta non sit*».

situation est flagrante dans le cas de D. 12.5.9 pr., qui mentionne une dation faite dans le but que celui à qui l'on a prêté des vêtements les rendent (*pretium dedisse, ut recipere*)¹⁰¹¹. En outre, un autre texte d'allure plus générale fait correspondre clairement une *datio propter rem* à une *datio ob rem*¹⁰¹².

Ainsi, la locution *causa propter quam dedi* est une expression équivalente à *ob causam dedi*, tout comme *res propter quam dedi* est un dérivé d'*ob rem datur*.

En somme, *res* et *causa*, même si elles se présentent toutes deux avec une expression similaire (*propter quam dedi*), ne sont pas synonymes parce qu'elles revêtent chacune une fonction différente. Aussi, on constate deux équivalences : d'une part, celle des expressions *ob rem datur* et *res propter quam dedi* et, d'autre part, celle d'*ob causam datur* et *causa propter quam dedi*.

2.4.2. Détermination du lien entre les expressions *ob rem/ob causam* et *res/causa (non) secuta*

Un autre point problématique tient au fait qu'on ignore si les termes *res* et *causa* ont un sens identique dans les expressions *ob rem/ob causam* et *causal/res (non) secuta*¹⁰¹³. Pour pouvoir identifier le sens de *causa* ou *res* lorsqu'ils se présentent avec (*non) secuta*, il faut déterminer en particulier si leur usage dépend des expressions *ob causam* et *ob rem* ou d'un contexte spécifique¹⁰¹⁴. Nous verrons que les locutions *causa (non) secuta* ou *res (non) secuta* ne semblent pas avoir de lien avec l'usage d'*ob rem* ou d'*ob causam*¹⁰¹⁵.

En clair, il appert qu'il n'existe pas de tendance systématique d'une influence des fonctions d'*ob rem* et d'*ob causam* sur *causal/res (non) secuta* et inversement. En ce sens, le critère de l'exécution à lui seul représenté par la forme *secuta*, comme vu précédemment, ne joue pas de rôle décisif pour définir le sens des expressions *ob rem/ob causam*¹⁰¹⁶. Il apparaît également que l'utilisation de *res (non) secuta* ou *causa (non)*

¹⁰¹¹ PAULUS, D. 12.5.9 pr.: «*Si vestimenta utenda tibi commodavero, deinde pretium, ut recipere, dedissem, condicione me recte acturum responsum est: quamvis enim propter rem datum sit et causa secuta sit, tamen turpiter datum est*».

¹⁰¹² PAULUS, D. 12.5.1.1: «*Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est*».

¹⁰¹³ PELLECCHI (1998) p. 72 et DALLA MASSARA (2004) p. 252 soulèvent également une potentielle confusion générée par le mélange des expressions *ob rem/ob causam* avec *causal/res (non) secuta* et leur délimitation respective.

¹⁰¹⁴ Pour la doctrine qui admet une synonymie entre *causa (non) secuta* et *res (non) secuta*, cf. *infra* pp. 251 s n. 1033.

¹⁰¹⁵ PELLECCHI (1998) p. 91 n. 80 rallie l'usage de *causa non secuta* à *res non secuta* en cas de *datio* qualifiée *ob rem*, en raison de la conclusion de répétibilité assortie à *ob rem*: *causa* et *res* seraient synonymes dans ce genre de cas. Or, nous avons vu *supra* pp. 181 ss que le critère de répétibilité ne semblait pas déterminant et que, par conséquent, une telle assimilation n'est pas totalement satisfaisante.

¹⁰¹⁶ Cf. *supra* tableaux n° 2 et n° 3 pp. 180 s.

secuta ne revête pas de logique particulière quant au contexte, comme nous allons le voir dans le recensement élaboré sur la base des tableaux suivants.

	<i>Ob rem</i>	<i>Ob causam</i>	Cas non spécifiés
<i>causa secuta</i>	D. 12.5.9 pr. (<i>propter rem</i>); D. 12.4.1 pr.	D. 12.6.52; D. 12.6.65.2 (<i>ob causam</i> , la contre-prestation a été fictivement exécutée); D. 12.6.23.3; D. 19.1.11.6 (<i>quasi ob causam datur, causa finita</i>)	D. 12.4.6 (<i>ob rem</i> ou <i>ob causam</i> ?)
<i>res secuta</i>		D. 12.5.1.2 (<i>si turpis causa</i>); D. 12.6.65.2 (<i>ob causam</i> , la contre-prestation a été fictivement exécutée)	D. 12.6.65.3 <i>in fine</i> (<i>ob rem</i> ou <i>ob causam</i> ?); D. 39.5.19.6 (<i>causa</i> ou <i>res secuta</i> ?)

Tableau n° 8: Combinaison du type de dation (*ob rem* ou *ob causam*) avec la nature de l'exécution (*causa secuta* ou *res secuta*)

	<i>Ob rem</i>	<i>Ob causam</i>	Cas non spécifiés
<i>causa non secuta</i>		D. 12.6.23 pr.; D. 12.6.23.3; D. 12.6.65.3; D. 12.7.1.1; D. 12.7.4	D. 12.4.2 (<i>ob rem</i> ou <i>ob causam</i> ?) D. 12.6.65.2 (inexécution effective: <i>causa</i> ou <i>res non secuta</i> ?)
<i>res non secuta</i>	D. 12.4.14; D. 12.4.16; D. 12.5.1.1; D. 12.6.52		D. 39.6.35.3 (<i>ob rem</i> ou <i>ob causam</i> ?); D. 12.6.65.2 (inexécution effective: <i>causa</i> ou <i>res non secuta</i> ?)

Tableau n° 9: Combinaison du type de dation (*ob rem* ou *ob causam*) avec la nature de l'inexécution (*causa non secuta* ou *res non secuta*)

Un certain nombre de fragments combine les différentes locutions, sans qu'on puisse cerner un critère d'utilisation clair lié à la nature du cas d'espèce¹⁰¹⁷. Ces combinaisons prennent les formes et fréquences suivantes :

- la combinaison explicite *causa secuta + ob rem* apparaît deux fois (paiement contre émancipation ou manumission¹⁰¹⁸; paiement par le commodant au commodataire pour que ce dernier lui rende la chose¹⁰¹⁹);
- la combinaison *causa non secuta + ob causam* se présente à cinq reprises (condamnation d'une partie ayant déjà contracté et exécuté sa prestation¹⁰²⁰; paiement fait à condition de l'attribution d'un legs au *dans*¹⁰²¹; promesse d'engagement, puis demande de libération de l'engagement¹⁰²²; description abstraite et énumérative des différents cas menant à l'ouverture possible de la *condictio*¹⁰²³ (pas expressément *ob causam* mais *causa promittendi*); refus du cocontractant d'exécuter sa propre prestation alors que l'autre l'a déjà exécutée (sous forme *causa propter quam datum sit*)¹⁰²⁴);
- la combinaison *res secuta + ob causam* se manifeste deux fois (conséquence d'une acceptation *turpis causa* si la chose a été poursuivie¹⁰²⁵; qualité d'héritier instituée à condition d'un affranchissement d'un esclave, puis d'un paiement en sa faveur¹⁰²⁶);
- la combinaison *res non secuta + ob rem* se présente à quatre reprises (paiement fait à un faux procurator (*quasi res secuta*)¹⁰²⁷; contrat entre tiers et futur époux, soumis à la condition que la dot reviendra à la femme en cas de mariage¹⁰²⁸; conséquence juridique en cas de contrats atypiques si la première prestation est faite

¹⁰¹⁷ PELLECCHI (1998) p. 72 reconnaît lui-même que le mélange d'utilisation des expressions *ob rem/ob causam* à *causal/res (non) secuta*, comme celui particulier de l'application de *causa (non) secuta* à des cas *ob rem* rendant *ob rem* répétibile, crée une « tension évidente » par rapport aux textes présentant *ob causam datur* comme une attribution irrépétibile et opposée à la *datio ob rem*.

¹⁰¹⁸ ULPIANUS, D. 12.4.1 pr., pour lequel DALLA MASSARA (2004) p. 252 considère *res* et *causa* comme interchangeable.

¹⁰¹⁹ PAULUS, D. 12.5.9 pr. Pour ce texte, certains auteurs voient *ob rem* et *causa secuta* comme synonymes ou interchangeable (GLÜCK (1905) pp. 540 s; HARKE (2003) p. 57; SCHWARZ (1952) p. 132; DALLA MASSARA (2004) p. 252). Quant à PELLECCHI (1998) p. 103, il estime que *causa secuta* devrait être remplacée par *res secuta*. GUZMÁN BRITO (2001) p. 249 pense quant à lui que *causa* est employée pour désigner une prestation espérée, soit *res*.

¹⁰²⁰ ULPIANUS, D. 12.6.23.3.

¹⁰²¹ PAULUS, D. 12.6.65.3.

¹⁰²² ULPIANUS, D. 12.7.1.1.

¹⁰²³ ULPIANUS, D. 12.7.1.2.

¹⁰²⁴ AFRICANUS, D. 12.7.4.

¹⁰²⁵ PAULUS, D. 12.5.1.2.

¹⁰²⁶ PAULUS, D. 12.6.65.3 *in fine*.

¹⁰²⁷ PAULUS, D. 12.4.14.

¹⁰²⁸ PAULUS, D. 12.4.9 pr.

dans un but qui n'a pas été poursuivi¹⁰²⁹; conséquences d'une première exécution honnête et contre-prestation non réalisée (*res, propter quam datum est, secuta non est*)¹⁰³⁰).

Bien qu'il ne soit pas aisé de trouver des points communs dans tous ces cas, on peut tout de même observer que, de manière générale, les locutions *res (non) secuta* ou *causa (non) secuta* dénotent la réussite ou l'échec d'un résultat attendu.

En revanche, les termes *ob causam* ou *ob rem* pris individuellement, bien que considérés dans leur contexte, ne signifient pas encore le résultat concret en tant que tel, mais plutôt la finalité ou le fondement fixé abstraitement dans l'esprit des parties. Les termes *data* et *(non) secuta* ajoutent un élément concret et physique à ces notions formulées par *ob causam* et *ob rem*, qu'elles ne contiennent pas à elles seules. L'exécution, qu'elle soit réalisée correctement ou non, ne serait qu'une concrétisation du motif (contenant le but et représentant un fondement), et par extension le représenterait¹⁰³¹. La formulation avec *(non) secuta* indiquerait donc le résultat concret visé par le motif objectif. Et pour cause, *causa non secuta* signifie que la contre-prestation n'a pas été fournie, de même que *res non secuta*: ces deux expressions visent le même état de fait. Il conviendrait donc de conclure que *res* et *causa* désignent toutes deux une «contre-prestation»¹⁰³², uniquement lorsqu'elles apparaissent avec *(non) secuta*¹⁰³³.

¹⁰²⁹ CELSUS, D. 12.4.16.

¹⁰³⁰ PAULUS, D. 12.5.1.1.

¹⁰³¹ Cette idée du motif ou «condition-prévision» qui constitue par extension la contre-prestation a été élaborée par CHAUDET (1973) p. 116. Pour plus d'explications à ce propos, nous renvoyons à nos développements *supra* pp. 61 ss et surtout pp. 64 s.

¹⁰³² De la même manière que nous, voir aussi WINDSCHEID (1850) p. 51, qui estime que la *causa* comme «*Voraussetzung*» peut désigner la contre-prestation, qui se trouve être aussi exprimée par *res*. Pour la *causa (non secuta)* comme contre-prestation, cf. MONIER (1948) p. 76. *Contra*; STURM (1983) p. 637; CAPITANT (1927) p. 113; THOMAS (1976) p. 562. Pour *causa* ou *res* comme «*prestación*», cf. GUZMÁN BRITO (2001) p. 248.

¹⁰³³ Pour une synonymie de *causa* et *res* dans les deux expressions (*causa (non) secuta*; *res (non) secuta*), voir aussi: WUNNER (1970) p. 471, pour qui la *causa* a le sens de but dans la formulation *causa non secuta*, mais en droit justinien; ALBANESE (1982) p. 261 n. 85; GUARINO (1988) p. 840; WINDSCHEID (1850) p. 51, qui va plus loin en attribuant aussi à *ob causam* un sens de «contre-prestation». Certains rapportent la synonymie de *res* et *causa* à la qualification même de la *condictio* comme *causa data causa non secuta*, par exemple HONSELL (1974) p. 81 n. 2, pour qui la désignation des actions qui contiennent le mot *causa* utilise *causa* pour signifier *res*; PFLÜGER (1937) p. 111 estime qu'en droit classique, le terme *res* est employé pour ce qui a été remplacé plus tard par *causa* pour fonder les actions non classiques *causa data non secuta* ou *ob causam datorum*. Aussi, pour ce même auteur pp. 110 s, *causa* dans *causa data* signifierait la chose donnée ou «*Wert*», tandis que *causa* dans *causa secuta*, signifierait la contre-prestation ou contre-valeur («*Gegenwert*») non exécutée. Pour la qualification de la *condictio* comme *causa data causa non secuta* qui serait tardive, plusieurs tentatives de définition ont été élaborées: dans cette expression, *causa* signifierait *prévision* («*Voraussetzung*») (cf. KASER (1975) p. 423 n. 15; CHAUDET (1973) p. 28 n. 68; SCHWARZ (1952) p. 134). Pour GIFFARD/VILLERS (1976) pp. 102 s, la *causa* dans les formulations *causa*

A propos d'un éventuel lien entre l'usage de *res* et *causa* dans les configurations *ob rem/ob causam* et *causal/res (non) secuta*, on observe dans les occurrences relevées que les deux expressions sont mélangées entre elles sans qu'il n'y ait d'explication tangible.

En effet, on trouve dans les textes autant *ob causam + res secuta* qu'*ob rem + causa secuta*, sans qu'il soit possible d'établir une logique d'application : diverses situations sont couvertes par ces expressions sans qu'on puisse les relier par une situation juridique type¹⁰³⁴. Des combinaisons d'emplois sont multiples : la présence de *causa* avec la locution *(non) secuta* n'implique pas nécessairement celle d'*ob causam*, puisque la combinaison *ob rem + causa (non) secuta* est possible.

En somme, après un recensement des différents cas contenant ces expressions (*ob rem/ob causam* et *causal/res (non) secuta*), nous arrivons à la conclusion que leur usage est irrégulier. Il n'existe pas de tendance claire de l'emploi de *res (non) secuta* ou *causa (non) secuta* en fonction du type de dation, que cette dernière soit *ob rem* ou *ob causam*.

En d'autres termes, lorsqu'elles se présentent avec *(non) secuta*, il est difficile d'appliquer à *causa* et *res* les sens initialement observés, c'est-à-dire de fondement pour le premier et de but pour le second. On peut alors affirmer que *res* et *causa*, lorsqu'elles se présentent avec *(non) secuta*, sont employées de manière indistincte et désignent le même état de fait qu'est la contre-prestation.

Ces observations nous conduisent à soutenir qu'il n'y a pas de critère qui déterminerait de manière systématique l'usage d'*ob causam* ou d'*ob rem* en fonction de *res (non) secuta* ou *causa (non) secuta* et inversement¹⁰³⁵. Il en résulte que les deux premières locutions ne sont pas liées aux secondes et, par conséquent, ne sont pas synonymes, à l'exception de *causa* et *res* lorsqu'elles apparaissent avec *(non) secuta*.

2.4.3. La double signification de *res* et *causa* dans les structures contractées

Par ailleurs, après avoir conclu à l'équivalence d'une part, d'*ob rem datur* et de *res propter quam* et, d'autre part, d'*ob causam* et de *causa propter quam*, puis à l'absence

data causa non secuta aurait pour sens de « chose » recouvrant *res* et *factum*. Pour DONATUTI (1951) pp. 61 s, *causa*, dans l'expression *causa data non secuta*, recouvre une notion de but futur par la suite non exécuté et, par conséquent, serait un synonyme des locutions *ob rem* et *ob causam*. Pour l'avis nuancé d'une synonymie occasionnelle entre *res* et *causa*, voir PELLECCHI (1998) p. 91 n. 80, cf. *supra* pp. 124 s.

¹⁰³⁴ Cf. *supra* tableaux n° 8 et n° 9 p. 249 et la description des différentes situations qui suit (pp. 318 s).

¹⁰³⁵ SCHWARZ (1952) p. 132 a également contesté le lien entre *ob causam datum* et *causa non secuta*.

de lien clair entre *ob rem/ob causam* et *causal/res (non) secuta*, il faut encore analyser l'impact de ces résultats sur les structures contractées suivantes :

« *res, propter quam dedi, (non) secuta* »

« *causa, propter quam dedi, (non) secuta* »

A notre sens, ces structures contractées mettent en évidence une double signification, à savoir, d'une part, le but pour *res* ou le fondement pour *causa* et, d'autre part, un sens d'«objet», symbolisant la matérialisation d'un résultat exprimé par les formules *res/causa (non) secuta*.

Cette hypothèse expliquerait la double configuration syntaxique, prenant la forme d'un enclavement (*propter quam* est inséré dans *causa/res ... (non) secuta*).

Ces expressions, par leur contraction grammaticale, reflètent une forme de télescopage de raisonnement: on exprime une chose pour en désigner une autre par extension. C'est-à-dire que *causa* et *res* auraient à la fois un sens fonctionnel particulier (but pour *res*; fondement pour *causa*) et un sens commun et matériel de «chose», «contre-prestation» ou «objet»¹⁰³⁶. Car, il est vrai que, bien qu'ayant abstraitement une fonction différente en tant que motif objectif, les deux locutions *ob rem* et *ob causam* visent par extension toutes deux la contre-prestation¹⁰³⁷. *Res* et *causa* sont manifestées concrètement par l'objet matériel et tangible qu'elles désignent, soit la contre-prestation. La volonté des parties se matérialise dans le résultat exprimé par *causa (non) secuta* ou *res (non) secuta*.

2.4.4. Synthèse

Par une approche fonctionnelle, le sens de *res* et *causa* a pu être identifié. *Causa propter quam dedi* et *res propter quam dedi* se distinguent par leur fonction dans un contexte donné. Selon les différents contextes analysés contenant ces locutions, on a constaté que *causa* revêtait une fonction de fondement justificateur et que *res* désignait le but. Il a par ailleurs été observé que chacune se référerait à l'expression correspondante *ob rem* ou *ob causam*. Aussi, contrairement à ce qu'on aurait pu penser, le fait que *causa* et *res* soient toutes deux employées avec la formule *propter quam* ne signifie pas qu'elles soient synonymes. Il en résulte que leurs emplois respectifs sont justifiés par le contexte de chaque fragment.

¹⁰³⁶ Cf. *supra* p. 8 n. 66 (pour *res*), pp. 251 s n. 1033 selon GIFFARD/VILLERS (1976) et p. 296 (pour *causa*).

¹⁰³⁷ Pour l'idée de la *causa* comme «contre-prestation» par extension, cf. aussi CHAUDET (1973) p. 111.

Nous avons également constaté, après un recensement des occurrences, que l'emploi d'*ob rem* ou d'*ob causam* n'avait pas de lien avec celui de *res (non) secuta* ou *causa (non) secuta*.

Le tableau suivant schématise le raisonnement menant à cette conclusion :

Raisonnement :
<ul style="list-style-type: none"> – <i>Res</i> et <i>causa</i> ont un sens différent lorsqu'elles se présentent respectivement sous la forme <i>ob rem</i> (= but) et <i>ob causam</i> (= fondement) ; – l'emploi de <i>res</i> ou de <i>causa</i>, lorsqu'elles sont formulées avec <i>(non) secuta</i>, est indifférent : elles désignent la contre-prestation ; – usage de <i>causa/res secuta</i> est indépendant de celui de <i>res</i> et de <i>causa</i> dans les locutions du genre <i>ob rem</i> et <i>ob causam</i> ; – il n'y a pas d'équivalence de <i>res</i> et de <i>causa</i> lorsqu'elles sont utilisées respectivement dans les locutions du genre <i>propter quam dedi</i> et <i>(non) secuta</i> : <ul style="list-style-type: none"> ⇒ si <i>ob rem</i> = <i>res propter quam</i>, alors cette dernière locution n'est pas égale à <i>res (non) secuta</i>. ⇒ si <i>ob causam</i> = <i>causa propter quam</i>, cela signifie qu'elle n'est pas l'équivalent de <i>causa (non) secuta</i>. Cette idée est par ailleurs corroborée par la formulation <i>propter rem datum sit et causa secuta sit</i>¹⁰³⁸, qui montre clairement que <i>causa secuta</i> est indépendante d'<i>ob causam</i>, car elle peut être combinée à <i>ob rem</i>.
<p><i>Conséquences :</i> <i>causa</i> avec <i>propter quam</i> et <i>causa</i> avec <i>(non) secuta</i> n'ont pas le même sens ; <i>res</i> avec <i>propter quam</i> et <i>res</i> avec <i>(non) secuta</i> n'ont pas le même sens.</p>

Tableau n° 10 : résumé schématique de l'indépendance du type de dation face à l'emploi de *res (non) secuta* ou *causa (non) secuta*

En revanche, cette étude nous a permis de déterminer que, de manière générale, le terme *causa* dans sa configuration *causa non secuta* désigne la même chose que *res non secuta* : chacune renvoie à la « contre-prestation » dans son caractère (in)exécuté, à savoir la matérialisation et l'extension du « motif ». Pourtant, une telle synonymie n'empêche pas que leur emploi sous forme contractée leur donne une fonction propre. Plus précisément, le terme *causa* dans les locutions contractées (*causa propter quam dedi (non) secuta*)¹⁰³⁹ désigne les deux notions à la fois : le fondement ainsi que le stade d'exécution de la contre-prestation. La même remarque vaut pour *res*, qui vise deux notions, à savoir le but (*res propter quam dedi*) et la contre-prestation (*res (non) secuta*)¹⁰⁴⁰.

¹⁰³⁸ PAULUS, D. 12.5.9 pr.

¹⁰³⁹ AFRICANUS, D. 12.7.4 ; PAULUS, D. 12.6.65.3.

¹⁰⁴⁰ PAULUS, D. 12.5.1.1 et 12.5.9 pr.

On peut dès lors comprendre que *res* et *causa*, bien que différentes dans leur fonction, revêtent une certaine proximité conceptuelle en raison de leur emploi dans des formulations similaires et de leur double sens comprenant une composante commune.

3. Synthèse intermédiaire

Nous concluons que, sur la base des textes analysés dans cette partie (C.2), *causa* et *res* ne sont pas distincts de manière absolue comme certains textes examinés (C.1) l'auraient suggéré. Cependant, même si certains textes mélangent les deux notions, il ne faut toutefois pas les considérer comme synonymes.

Le caractère absolu de leur distinction doit donc être nuancé par des attestations de leur coexistence due à leur proximité conceptuelle dans certains textes, indiquée par des emplois limites et confus. Toutefois, il ne faudrait pas les considérer comme synonymes parce qu'ils suivent pour la plupart des cas une tendance générale quant à leur sens. Par exemple, on a vu que, pour certains textes, *causa* et *res*, même s'ils se présentent dans une constellation identique (avec *propter quam*), restent différents dans leur fonction: *causa* garde sa fonction étimologico-justificatrice¹⁰⁴¹ et *res* sa fonction téléologique¹⁰⁴². Par ailleurs, une partie des textes attribuant en apparence une valeur finale à *causa*, finissent parfois par justifier un tel emploi de la *causa* en vertu de sa fonction¹⁰⁴³, alors que certains restent énigmatiques sur la question¹⁰⁴⁴. D'autres textes montrent une coexistence de *res* et *causa* lorsqu'elles désignent toutes deux une prestation formulée de manière conditionnelle. Dans ce contexte, les fragments sont clairs sur la fonction à attribuer à chacun des termes *res* et *causa* en lien avec la condition, implicitement ou explicitement¹⁰⁴⁵.

Ces marques de coexistence n'en font pas pour autant des synonymes, si l'on en croit la régularité de leur fonction, à quelques exceptions près. *Res* et *causa*, dans ce contexte des *condictiones*, sont ainsi des notions connexes et présentes ensemble et durant toute la durée d'une même relation juridique. Ces indicateurs de coexistence sont révélateurs de la proximité conceptuelle de *res* et *causa*, et non pas de leur synonymie.

¹⁰⁴¹ AFRICANUS, D. 12.7.4; PAULUS, D. 12.6.65.3.

¹⁰⁴² PAULUS, D. 12.5.1.1; PAULUS, D. 12.5.9 pr.

¹⁰⁴³ ULPIANUS, D. 12.4.5 pr.; ULPIANUS, D. 19.5.15; D. 19.5.9 *ab initio*.

¹⁰⁴⁴ PAULUS, D. 12.5.1 pr.; ULPIANUS, D. 12.5.2.

¹⁰⁴⁵ PAULUS, D. 12.6.65.3; ULPIANUS, D. 39.5.19.6; IULIANUS, D. 39.5.2.7.

Titre VI: Synthèse du chapitre second

En guise de synthèse de ce second chapitre, nous avons d'abord observé que les propositions de la doctrine n'étaient pas totalement satisfaisantes et qu'une étude fonctionnelle, au plus proche des cas d'espèce, était peut-être apte à résoudre la difficulté de la définition d'*ob rem* et d'*ob causam*.

Ensuite, une tendance fonctionnelle a été observée pour chacun des termes: le fondement pour *ob causam* et le but pour *ob rem*. Cette constatation semblait à ce stade correspondre à la notion de *causa* présente chez ULPIANUS, D. 2.14.7.2, composée quant à elle d'un aspect étiologique et téléologique.

Dans le cadre de la recherche d'un critère pertinent et pour vérifier s'il n'existait pas d'autres approches possibles, nous avons passé en revue plusieurs critères de distinction qui auraient vocation à définir ces deux termes: une approche des termes pour en distinguer le sens pour chaque auteur romain, la chronologie, le type d'acte juridique (onéreux/gratuit), l'exécution ou inexécution de la prestation, la conséquence juridique (*i.e.* l'attribution ou non d'un droit de répétition), le type de contre-prestation. Or, l'application de ces différents critères, même combinés, ne paraît pas déterminer une tendance d'emploi entre *ob rem* et *ob causam*, sauf peut-être à une exception près. L'irrégularité d'emplois de ces deux termes en lien avec ces situations ne permet pas de les retenir comme critère de distinction. La seule tendance observée consiste en le fait que, presque systématiquement, une inexécution partielle de l'accord mènera à un droit d'action en répétition, indépendamment de la nature *ob rem* ou *ob causam* de la *datio*. Cette observation participe à soutenir l'idée d'une coexistence conceptuelle d'*ob rem* et d'*ob causam* et que chacune de ces notions constitue un élément caractéristique de la *causa contractus*.

L'analyse de nombreux textes a ainsi démontré que le critère de la fonction semblait le plus approprié en comparaison des autres. Ce critère a révélé qu'*ob rem* désigne le but et *ob causam* le fondement justificateur.

Au cours de la conceptualisation du critère fonctionnel, il a été remarqué que certaines formulations fondamentales étaient récurrentes (*do ut des/do quod des/ob causam accipere*). Ces formulations sont caractéristiques de toute relation juridique et en composent le noyau essentiel : le but de donner, la raison de donner, la raison de recevoir. En ce sens, les deux premières correspondent respectivement à la *datio ob rem* et *datio ob causam*.

L'impact pratique de ces deux dernières a été souligné : elles jouent un rôle de justification de l'acquisition ou de la dation, puis en filigrane, d'une légitimation causale de l'existence du but. De cette manière, le but et le fondement interagissent dans un rapport causal interne : pour chaque exécutant, la raison justifie le but et le but peut servir de justification pour demander l'exécution ou la répétition. Cette relation causale est interne, à la différence de celle définie dans le premier chapitre qu'on pourrait qualifier d'«externe», puisque cette dernière concerne l'interaction de la *causa* avec d'autres éléments de la relation juridique.

Par ailleurs, ces trois formulations (*do ut des/do quod des/ob causam accipere*), à défaut d'être mentionnées de manière explicite, sont implicitement présentes lors de la relation juridique autant sur le plan abstrait (*i.e.* siégeant dans la volonté de chacune des parties) que concret (*i.e.* la manifestation concrète de la volonté à travers l'objet du contrat). Elles sont présentes lors de toute relation contractuelle. C'est-à-dire que, lorsqu'il y a *do ut des*, il faut sous-entendre aussi la présence de *do quod des* et d'*ob causam accipere* durant toute la relation juridique.

Par la suite, l'hypothèse de la fonction comme critère de distinction entre *res* et *causa* a été mise à l'épreuve des textes les plus problématiques. Dans ce cadre, deux types de textes ont été analysés plus en profondeur : les textes affirmant clairement une distinction entre *res* et *causa* ainsi que ceux qui la rendaient floue.

Il résulte de l'analyse des textes ambivalents (*i.e.* confondant les deux notions par le mélange de la *causa* avec la finalité) qu'il faille les ranger dans deux catégories. Dans la première, nous avons rangé les fragments ambivalents, mais dont le sens devenait plus clair après une étude contextuelle approfondie. Les résultats de cette analyse ont montré que l'ambivalence d'usages entre *res* et *causa* n'était qu'apparente et qu'elle s'inscrivait dans la tendance générale fonctionnelle (*ob causam* comme fondement, *ob rem* comme but)¹⁰⁴⁶. Dans la seconde catégorie, nous avons classé les textes pour lesquels l'usage des termes *res* ou *causa* reste énigmatique¹⁰⁴⁷. Par ailleurs, d'autres textes qualifiant une prestation ou libéralité conditionnelle de *res* ou de *causa* ont été pris en considération pour tester le critère de la fonction, qui s'est également vérifié dans ce genre de cas¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁶ D. 12.4.5 pr. ; D. 19.5.15 ; D. 19.5.9 *ab initio*.

¹⁰⁴⁷ D. 12.5.1 pr. ; D. 12.5.2.

¹⁰⁴⁸ D. 12.6.65.3 ; D. 39.5.19.6 ; D. 39.5.2.7.

En outre, une similitude d'emploi avec la formulation *propter quam* tendait à éroder la distinction entre *res* et *causa*¹⁰⁴⁹. Néanmoins, leur fonction respective réapparaissait en filigrane.

Ces éléments irréguliers et ambivalents constituent des indices de leur proximité conceptuelle et de la coexistence des deux termes *causa* et *res*. Pour cette raison, la nature de leur interaction doit être nuancée de distinction absolue en distinction relative. Le caractère absolu et imperméable de cette distinction touche en effet à sa limite lorsqu'on observe leur coexistence¹⁰⁵⁰ et leur usage occasionnellement ambivalent dans certains textes¹⁰⁵¹.

Ces ambivalences, réelles ou non, n'empêchent pas d'admettre une tendance générale d'une distinction basée sur la fonction pour les deux raisons suivantes.

D'une part, la tendance à une fonction similaire est suffisamment forte pour expliquer la plupart des usages, même si parfois, dans un petit nombre de textes, sa régularité faiblit.

D'autre part, leur emploi commun pour renvoyer à des formulations conditionnelles et leur usage occasionnellement ambivalent peuvent trouver explication dans la proximité conceptuelle des deux termes et par conséquent constituer un indice fort de leur coexistence au sein de la même relation juridique. En effet, un usage irrégulier ainsi que quelques incohérences apparentes sont inévitables à une théorie fondée sur l'établissement d'une tendance. Aussi, le caractère inévitable d'un usage variable ou confus d'un terme peut résulter des affres du temps, du nombre de mains et d'esprits par lesquels les textes sont passés.

En somme, la fonction inhérente à chaque terme forme une tendance générale, qu'il convient de nuancer dans certains cas : elle constitue généralement un critère distinctif légitimant presque à chaque fois l'usage d'un terme plutôt que l'autre dans le cas d'es-pèce analysé.

¹⁰⁴⁹ PAULUS, D. 12.5.1.1; *propter rem datum sit*, cf. PAULUS, D. 12.5.9 pr.; AFRICANUS, D. 12.7.4; PAULUS, D. 12.6.65.3.

¹⁰⁵⁰ D. 12.4.5 pr.; D. 19.5.15; D. 19.5.9 *ab initio*; D. 12.6.65.3; D. 39.5.2.7.

¹⁰⁵¹ D. 12.5.1 pr./2/3.

Conclusion générale

Titre I: Thèse générale

Le point de départ de notre investigation était l'absence de définition de la *causa contractus* dans les sources romaines de droit classique.

Pour répondre à cette problématique, nous avons pris une approche innovante consistant à étudier de manière fonctionnelle le terme *causa* et ses dérivés à travers deux axes de réflexion que sont le contexte purement contractuel et celui des actions en répétition (*condictiones*).

En utilisant cette nouvelle approche, nous sommes arrivé au résultat suivant: la *causa* représente les motifs objectifs, communs et déterminés de contracter, composés des notions de but (*ob rem*) et de fondement justificateur (*causa* au sens strict).

Titre II: **Hypothèses intermédiaires**

Au cours de l'étude des fragments pertinents dans chacun des deux contextes, un certain nombre d'hypothèses intermédiaires ont été défendues pour arriver à la thèse principale. Nous allons procéder à une synthèse des résultats principaux obtenus dans les pages qui suivront, en commençant par le contexte contractuel, puis des *conditiones*, à la suite de quoi nous rappellerons le résultat final obtenu et sa portée, avant de conclure par une synthèse schématique.

A. La *causa* dans le contexte contractuel

1. Définition et fonctions de la *causa contractus* comme élément générique à tout contrat

Au cours du premier chapitre, il a été établi que la *causa* correspondait aux motifs objectifs, déterminés et communs de contracter. Cette définition résulte d'une analyse fonctionnelle du terme *causa* dans ce contexte, qui a révélé que cette dernière était composée à la fois des notions de but (aspect téléologique) et de fondement justificateur (aspect étiologico-justificateur). La *causa* revêt par ailleurs une dimension générique selon les termes de D. 2.14.7.2, dans le sens où elle s'applique à tout contrat, typique ou atypique.

2. La *causa* comme chaînon initial du déroulement de toute relation contractuelle

La *causa* s'insère dans un rapport causal du déroulement des événements contractuels (relation causale «externe»). Elle en est même à l'origine. Etant le motif sous-tendant chaque étape de la relation contractuelle, elle précède rationnellement – mais pas nécessairement chronologiquement – le contrat, les obligations et leur exécution, ainsi que l'action contractuelle en cas d'inexécution. En particulier, par rapport à la *causa petendi*, la *causa contractus* n'est pas directement identifiable à celle-là, mais en constitue seulement un fondement indirect.

B. La *causa* dans le contexte des *condictiones*

A l'issue du second axe de réflexion sur le rapport entre *causa contractus* et *condictiones*, deux hypothèses phares ont été mises en avant. Ce second chapitre a permis d'une part de mettre en lumière la correspondance fonctionnelle de la *causa contractus* avec celle des formulations spécifiques *ob rem* et *ob causam* dans le contexte des *condictiones*.

D'autre part, ce chapitre a pu conforter une idée esquissée lors du précédent chapitre concernant l'interaction des fonctions qui composent la *causa*: la *causa* comme fondement précède rationnellement le but et le justifie. Il existe donc une relation causale «interne» entre les fonctions mêmes de la *causa*, par opposition à la relation causale «externe» de celle-ci lors du déroulement de la relation contractuelle.

1. Distinction fonctionnelle entre *ob rem* et *ob causam*

Plus précisément, la démarche de ce chapitre a consisté à analyser différents critères possibles de distinction entre la *datio ob rem* et la *datio ob causam*, afin de retenir celui qui paraissait le plus adapté à la réalité juridique, soit le critère fonctionnel.

Un certain nombre d'approches ou critères de distinction proposés ne paraissaient pas être décisifs. Ces critères ou approches ne sont pas soutenus par une tendance forte et sont entravés par un grand nombre d'exceptions, ce qui fait douter de leur pertinence. En particulier, à propos d'une approche qui vise à établir le sens chez chacun des auteurs romains, on ne peut dresser une compréhension des termes qui soit spécifique à un auteur, ou encore une filiation chronologique de leur idées. En effet, l'interprétation des termes n'est pas constante chez chacun d'eux. Si la distinction entre *res* et *causa* paraît claire à la lecture de certains textes de POMPONIUS, PAULUS et ULPIANUS¹⁰⁵², tel n'est pourtant pas le cas pour d'autres fragments des mêmes auteurs¹⁰⁵³. Une analyse des termes par auteur ne se justifiait donc pas.

Le critère fonctionnel que nous proposons est quant à lui soutenu par une tendance forte montrant des usages différents et spécifiques pour chacune des deux configurations *ob rem* et *ob causam*. L'approche fonctionnelle a permis de révéler une certaine cohérence d'emplois. Cette démarche, respectueuse de la souplesse des usages d'un terme, permet d'englober aussi des cas limites. C'est un critère souple, puisqu'il prend en compte la proximité conceptuelle des termes, en mettant en évidence la pluralité d'applications reflétée par la casuistique romaine. Quand bien même certains usages ne paraissent pas consistants et cohérents, une approche fonctionnelle reste pertinente,

¹⁰⁵² PAULUS, D. 12.5.1 pr.; ULPIANUS, D. 39.5.19.5 et 6; POMPONIUS, D. 12.6.52.

¹⁰⁵³ ULPIANUS, D. 12.6.65.3; ULPIANUS, D. 12.4.5 pr.; ULPIANUS, D. 19.5.15 *ab initio*; PAULUS, D. 12.5.1.2; POMPONIUS, D. 12.4.15.

car par définition, celle-ci tient à l'observation de *tendances*, qui, pour ainsi dire, n'ont pas vocation à être absolues. Elle apparaît particulièrement adaptée au droit romain, dont la diversité temporelle, spatiale et de contenu est propre à générer des inconsistances dans l'emploi des termes. En ce sens, une approche fonctionnelle permet d'intégrer ces inconsistances.

2. Correspondance fonctionnelle entre la *causa contractus* et les expressions *ob rem* et *ob causam*

La *causa contractus* recouvre deux fonctions: le but et le fondement justificateur. Or, une analyse fonctionnelle des termes *ob rem datur* et *ob causam datur* a révélé que chacune des deux revêtaient respectivement une fonction correspondante. La dimension étimologique s'exprime par *ob causam* et la dimension téléologique par *ob rem*. Ces éléments correspondent aux deux aspects de la *causa contractus* déjà observés dans le premier chapitre: cela signifierait qu'*ob causam* et *ob rem* sont toutes deux des résurgences spécifiques d'une des composantes de la *causa contractus*. Chacune renvoie d'une part au motif objectif individuel de chacune des parties et, d'autre part, aux motifs communs.

La dation est faite en vertu d'une *causa*, soit de motifs objectifs, d'abord individuels, puis communs. *Ob causam* peut désigner en particulier un motif individuel comme but objectif poursuivi qui peut avoir un rôle de fondement. Dans le contexte des *conditiones*, la question de savoir s'il est fait référence soit au motif objectif individuel soit aux motifs communs demeure spécifique à chaque cas d'espèce. Ces formes sont des traces de la *causa contractus* aristotélicienne, ce qui confirme son sens de motif avec fonction finale et étimologico-justificatrice.

3. Interaction des deux fonctions: distinction, coexistence et proximité conceptuelle

Quant à l'interaction des fonctions de la *causa contractus* en *ob rem* et *ob causam*, il faut rappeler l'origine du débat. En particulier, un texte de POMPONIUS les opposait¹⁰⁵⁴, alors que d'autres textes mélangeaient l'usage des deux notions *res* et *causa*. Au nombre des exemples de confusion occasionnelle de *res* et *causa*, il faut mentionner trois types de situations. D'abord, les cas où *causa* et *res* peuvent viser toutes deux la notion de condition. Ensuite, les cas où la *causa* désigne une activité exprimée de manière finale alors que la finalité est généralement manifestée par *res*. Enfin, lorsque *causa* et *res* sont employées dans des expressions similaires (avec des formulations du type *propter quam ... dedi*).

¹⁰⁵⁴ POMPONIUS, D. 12.6.52.

Nous avons soutenu que s'il existe une distinction fonctionnelle, cette dernière n'empêche toutefois pas leur coexistence, puisque celle-ci ressort en filigrane des textes.

3.1. Coexistence d'*ob rem* et d'*ob causam* dans l'exemple-type *do ut des*

Cette idée de coexistence provient d'une part du fait que dans le *do ut des*, les deux fonctions sont présentes de manière plus ou moins explicite. S'il est clair qu'une dimension finale se déduit de l'expression *ut des*, l'idée de raison justificatrice se présente tout au plus en filigrane. La justification est même double, puisqu'elle se décompose en fondement de donner et fondement de recevoir. Ainsi, l'expression *do ut des* est un équivalent des locutions *datio ob rem* (explicitement) et *datio ob causam* (implicite).

3.2. Proximité conceptuelle

D'autre part, la coexistence provient de la proximité conceptuelle des deux notions *res* et *causa*, ce qui explique leurs emplois confus dans quelques textes.

Plus précisément, la confusion occasionnelle de *res* et *causa* trouve explication dans la proximité conceptuelle des termes et l'interaction des fonctions que ceux-ci représentent.

3.2.1. Relation causale «interne» entre les fonctions de la *causa*

La proximité conceptuelle se déduit de l'interaction d'*ob rem* et d'*ob causam*, qui se trouvent dans un rapport causal l'une par rapport à l'autre (relation causale «interne»). Abstraitement, le but sert de raison et la raison justifie le but. Ces deux fonctions sont coexistantes et indissociées sur le plan abstrait. D'un point de vue concret, ces deux notions vont être attachées à la contre-prestation et ainsi désigner par extension l'acte lui-même.

Ainsi, sur le plan «interne» (*i.e.* interaction entre les fonctions elles-mêmes), cela signifie qu'il existe une relation causale entre *causa* et *res*, le fondement justifiant le but – et non pas de rapport chronologique de principe.

3.2.2. Relation causale «externe» entre les fonctions de la *causa* et les autres éléments d'un rapport contractuel; prestation matérielle comme vecteur du motif

Sur le plan «externe» (*i.e.* les fonctions par rapport au déroulement du rapport contractuel), il en résulte que chaque prestation du contrat (*do* et *des*) est une représentation et une extension matérielle de la *causa*, cette dernière allant servir de but et de fondement. Lorsque la prestation doit être exprimée sous forme de but, *res* sera employée, alors que le terme de *causa* au sens strict sera utilisé si elle renvoie à une notion de fondement.

La *causa* ne s'identifie donc pas avec la *datio*, mais elle trouve un point d'ancrage dans cet élément concret. Elle renvoie à elle sans pour autant s'y confondre.

De la même manière, les expressions *ob rem* et *ob causam* sont des facettes du motif: chacune représente abstraitement les motifs objectifs mais renvoie concrètement à la *datio*. La *datio* est ainsi un simple vecteur du motif, son extension matérielle. Si la prestation est utilisée comme *causa*, c'est simplement en raison d'un télescopage de raisonnement, visant à étendre la notion de *causa* initiale (comme motif) à une de ses conséquences.

Il en est de même pour le contrat: il est un vecteur du motif. Le contrat sert de fondement direct à l'action contractuelle parce qu'il contient une *causa*.

Ces deux utilisations de la *causa* pour désigner la prestation, voire le contrat lui-même, reflètent un schéma argumentatif correspondant à une cascade de causes et d'effets, dont la *causa* est la cause initiale et les effets subséquents, des causes subalternes¹⁰⁵⁵. Autrement dit, on utilise le terme *causa* par extension pour désigner la raison la plus proche qui justifie la conséquence suivante. Le contrat, l'obligation et la prestation véhiculent la *causa* au sens de motif, dans la mesure où ils sont parfois utilisés comme des titres justificatifs pour prétendre à la protection ou l'exécution du contrat, soit comme cause d'un effet subséquent.

Ainsi, cela signifie que le but et le fondement constituent le motif qui se rattache concrètement au contrat et aux prestations. De la sorte, il n'est pas étonnant de constater que ces deux composantes sont tantôt dissociées dans les textes et tantôt confondues. Si les termes touchent l'attente de contre-prestation, ils ont chacun une fonction et une relation différente avec la notion d'attente. Nous avons vu que *causa* et *res* peuvent toutes deux renvoyer à l'attente de contre-prestation, mais chacune avec une fonction différente. L'attente peut être comprise comme un but ou comme un fondement de donner de la prestation. A nouveau, la *causa* dans ces fonctions particulières n'est pas identifiable avec la prestation en tant que telle. La prestation matérielle n'est que son vecteur parce qu'elle véhicule la *causa* comme motif; elle représente matériellement la *causa* et agit comme son extension. Ainsi, sur le plan individuel et abstrait, ces deux notions sont présentes de manière indissociée dans la sphère volitive individuelle. Sur le plan concret, ces deux notions sont présentes par le prolongement de la volonté en un acte (par ex. la datation), porteur de ces éléments.

4. Confusions terminologiques dues à la nature fragmentaire du droit romain

Aussi, il n'est pas surprenant qu'un nombre assez restreint de textes semble établir une confusion entre les termes. A l'épreuve des siècles et des besoins de la pratique, les textes ont subi des torsions. Les juristes de l'époque classique ont probablement cherché à courber le droit pour qu'il embrasse des faits toujours nouveaux.

¹⁰⁵⁵ Pour emprunter la terminologie adoptée par JANKÉLÉVITCH (1957) p. 105.

5. Hypothèse de catégories des *condictiones* comme non exclusives

En outre, la fonctionnalité des termes suggère qu'en droit classique, il n'y avait pas plusieurs types de *condictio*. Il a été observé qu'il n'y avait pas de réelle différence et d'impact dans le processus procédural selon le choix d'utiliser le terme *res* ou *causa*. Le choix d'une de ces deux expressions n'était pas un critère déterminant pour engager une *condictio* en droit classique. Il s'agit simplement d'une expression du langage pour désigner une perspective particulière : le but ou le fondement justificateur. Nous avons constaté que, au contraire de l'exécution partielle de l'accord (*non secuta*), le type de dation (*ob rem* ou *ob causam*) n'est pas forcément déterminant pour attribuer un droit d'action en répétition.

L'utilisation des locutions *ob rem*, *ob causam* ou encore *propter condicionem* n'indique pas non plus qu'elles mènent à des *condictiones* de classifications nécessairement différentes. La *datio propter condicionem* ne serait ainsi pas un type particulier de *condictiones*, mais reflèterait un état de fait spécifique ayant pour objet une libéralité conditionnelle s'intégrant dans une convention, dont la structure serait analogue au *do ut des/do ut facias*. En ce sens, ce type de structure serait à considérer à la fois comme une *datio ob rem* et comme une *datio ob causam*.

Titre III: **Résultat et portée de la thèse**

La *causa contractus* représente les motifs objectifs de contracter, dont les expressions *ob causam* et *ob rem* sont des résurgences. La *causa* en tant que motif peut toutefois servir à désigner par extension le contrat et la contreprestation, puisqu'elle vit concrètement à travers ceux-ci. Le résultat de cette analyse s'inscrit dans le contexte du fragment d'ULPIANUS, D. 2.14.7.2. Nous avons décrit deux aspects, téléologique et étiologique, qui se cachaient derrière la notion de *causa*. Cette idée paraît confortée par l'interprétation fonctionnelle des notions *ob rem* et *ob causam*, représentant respectivement la finalité et le fondement d'un acte de donner ou de recevoir.

Ce travail a d'ailleurs été l'occasion de tester et conceptualiser une nouvelle approche, dont le caractère pragmatique paraît particulièrement adapté à l'étude du droit romain. L'approche fonctionnelle a ainsi permis de mettre en relief le sens de chacune de ces deux expressions dans leur contexte de manière inductive, sans égard à des critères abstraits ou déductifs. L'examen approfondi de ces derniers a démontré qu'ils ne pouvaient être retenus notamment parce qu'ils n'étaient pas généralisables à un certain nombre de cas.

Une distinction fonctionnelle stricte qui pouvait apparaître entre les notions *res* et *causa* doit toutefois être tempérée par une coexistence occasionnelle de leurs fonctions. C'était le cas, d'une part, de la condition (*condicio*) qui pouvait recouvrir les deux fonctions et, d'autre part, d'expressions communes assorties à *res* et à *causa*.

Pour aller plus loin dans la réflexion en droit romain, la question de la nature du lien entre une telle définition de la *causa contractus* et la *causa traditionis* (littéralement la cause du transfert de propriété par *traditio*) se pose. En effet, il semblerait que certains textes font cohabiter ces deux notions et les rendent interdépendantes, voire équivalentes¹⁰⁵⁶ dans des cas spécifiques¹⁰⁵⁷. De telles hypothèses mériteraient un approfondissement et une analyse complète pour clarifier la nature de leur interaction.

¹⁰⁵⁶ Comme l'a brièvement suggéré FERCIA (2017) p. 126 n. 9.

¹⁰⁵⁷ Par exemple, D. 41.1.31 pr. et D. 12.1.18 pr. sont contradictoires à ce propos.

Quant à la portée de cette étude pour le droit moderne, la réévaluation de la notion de *causa* romaine pourrait permettre une meilleure compréhension de la cause dans le système des contrats en droit civil moderne. La définition romaine élaborée doit toutefois être prise avec prudence quant à sa transposition littérale en droit moderne. La précaution s'impose puisque, comme la naissance d'une institution juridique est liée à l'histoire d'une culture, la *causa*, qu'elle soit romaine ou émanant de divers droits modernes, s'est développée dans un contexte juridique qui lui est propre.

De manière générale, deux choix s'offrent au législateur moderne quant à la *causa*, notion souple et élastique. S'il décide de la mentionner dans le Code, il devra s'attendre à de multiples interprétations et applications. Cette voie a pour avantage d'englober une large variété de cas tout en prenant le risque de complexifier sa portée pratique. L'alternative consiste à ne pas l'énoncer explicitement dans le Code pour éviter d'engendrer une insécurité juridique causée par de possibles confusions émanant de son usage. Toutefois, ce second choix n'empêchera pas l'ordre juridique d'être causaliste. A titre d'exemple, le droit suisse est causaliste bien qu'il demeure silencieux quant à la cause comme condition nécessaire de la validité du contrat.

Nous pouvons désormais reprendre la question à l'origine de notre étude, soit celle de savoir si le législateur français a réellement éradiqué la notion de cause ou s'il s'agit simplement d'une suppression typographique: la *causa* a-t-elle complètement disparu? A l'instar du droit suisse, elle pourrait persister fonctionnellement en droit français des contrats¹⁰⁵⁸. Il reste à soulever qu'il ne nous appartient pas de trancher la validité de cette hypothèse ni de prédire sa mise en œuvre dans la pratique, travail qui mériterait l'écriture d'un ouvrage entier.

Ainsi, la décomposition fonctionnelle de la *causa* qu'on a élaborée et conceptualisée dans cette étude de droit romain devient également opérante en droit moderne, même si la *causa* n'est pas explicitement mentionnée. Transposer cette approche fonctionnelle en droit contemporain permettra sans doute de vérifier si la *causa* est toujours mobilisée pour satisfaire les besoins de la pratique.

¹⁰⁵⁸ Tel que l'a également suggéré le Rapport de l'Assemblée Nationale n° 429 (2017) p. 13: «Le sort réservé à la notion de cause doit être souligné: si le mot de «cause» n'apparaît plus dans le code civil, cela ne permet pas de conclure à sa disparition pure et simple dans notre droit positif, dans la mesure où certaines de ses fonctions traditionnelles ou plus modernes sont maintenues ou consacrées».

Synthèse schématique

En détail, les hypothèses et résultats intermédiaires auxquels nous sommes parvenus peuvent être exprimés de manière schématique par les treize points suivants :

- 1) La *causa contractus* se définit comme les « motifs objectifs, communs et déterminés de contracter » ;
- 2) L'aspect générique de la *causa contractus* montre qu'elle est nécessaire à tout processus et aboutissement contractuels ;
- 3) La *causa* du contrat est aussi celle qui légitime indirectement la disponibilité d'une action envers celui qui n'exécute pas la contre-prestation, à condition qu'existe un contrat et que la première prestation a été exécutée (conditions « matérielles » directes) ;
- 4) La *causa* d'ULPIANUS, D. 2.14.7.2 doit être définie par ses fonctions de but (téléologique) et de fondement justificateur (étiologico-justificatrice) ;
- 5) La *causa* est le chaînon initial d'une relation causale constituant le déroulement de toute relation contractuelle (relation causale « externe ») ;
- 6) La prestation matérielle et le contrat servent de vecteurs du motif objectif et se rapportent à la *causa* par extension ;
- 7) Il existe une distinction fonctionnelle entre *ob rem* et *ob causam* (*causa* au sens strict) et non pas chronologique ou selon le type d'acte juridique – onéreux ou gratuit ;
- 8) La *causa* d'ULPIANUS, D. 2.14.7.2 revêt les mêmes fonctions qu'*ob rem* (but) et *ob causam* (fondement justificatif) ;
- 9) Les fonctions de la *causa* interagissent de manière causale (relation causale « interne ») ;
- 10) Les fonctions de la *causa* sont distinctes, mais coexistent en raison de leur proximité conceptuelle ;
- 11) La *datio ob rem* et la *datio ob causam*, issues du contexte des *condictiones*, sont chacune des formes du *do ut des* et manifestent l'existence d'une convention contenant les motifs objectifs communs, soit une *causa contractus* ;

- 12) Les catégories de *condictiones* établies par PAULUS ne sont pas absolues et leur distinction n'est pas nécessairement exclusive; elle peut être inclusive à l'image des *datio ob rem*, *datio ob causam* et *datio propter condicionem*;
- 13) *Ob rem* et *ob causam* sont chacune des facettes fonctionnelles de la *causa contractus* dans le contexte des *condictiones*.

Ces hypothèses nous amènent à soutenir la thèse que la définition de la *causa contractus* comme motifs objectifs, communs et déterminés est fonctionnelle et que ses fonctions (téléologique et étiologico-justificatrice) resurgissent sous les formes *ob rem* et *ob causam* dans le contexte des *condictiones*.

Corpus de textes

A. Corpus Iuris Civilis

1. *Digesta*

1.1. *ULPIANUS, D. 2.14.1.3 ab initio:*

«*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.*»

Le terme général de *conventio* s'applique à tout ce sur quoi s'entendent ceux qui interagissent (les parties) pour contracter et transiger une affaire: c'est que de même qu'on emploie le verbe *convenire* pour dire que des hommes en provenance de lieux différents qui se rassemblent et arrivent à un même endroit, on l'emploie aussi pour des hommes aux motifs divergents qui s'entendent sur une chose, c'est-à-dire qu'ils parviennent à une même opinion.

1.2. *ULPIANUS, D. 2.14.7 pr.:*

«*Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones.*»

Certaines conventions du droit de gens produisent des actions, d'autres des exceptions.

1.3. *ULPIANUS, D. 2.14.7.1:*

«*Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus.*»

Celles (les conventions) qui produisent des actions ne sont pas établies selon leur propre nom, mais passent dans un nom particulier de contrat: par exemple l'achat-vente, la location-conduction, la société, le prêt à consommation, le dépôt et les autres contrats semblables.

1.4. *ULPIANUS, D. 2.14.7.2:*

«*Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio*».

Mais et si l'affaire ne passe pas en vertu d'un contrat particulier, [et qu']il y a pourtant une cause sous-jacente, ARISTO répondit avec distinction à CELSUS qu'il existe une obligation. Par exemple, je t'ai donné une chose pour que tu m'en donnes une autre, je t'ai donné afin que tu fasses quelque chose: il dit que ceci est un συνάλλαγμα (*synallagma*) et qu'à partir de là naît une obligation civile. Et, pour cette raison, je pense que IULIANUS a été critiqué justement par MAURICIANUS dans ce cas: je t'ai donné Stichus, afin que tu affranchisses Pamphilus; tu l'as affranchi; Stichus est objet d'éviction. IULIANUS écrit que le prêteur doit donner une *actio civilis incerti*; celui-là affirme qu'une *actio praescriptis verbis* suffit, c'est-à-dire un action reposant sur ce qui a été dit; qu'en effet c'est un contrat, qu'ARISTO appelle συνάλλαγμα, d'où naît cette action.

1.5. *ULPIANUS, D. 2.14.7.4:*

«*Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*».

Mais lorsqu'il n'y a aucune cause sous-jacente, il est établi qu'une obligation ne peut être constituée en vertu d'une convention: un pacte nu ne donne pas lieu à une obligation, mais à une exception.

1.6. *ULPIANUS, D. 10.2.20.3 in fine:*

«*Plane, inquit, si creditores eos pro portionibus hereditariis convenient et unus placita detrectet, posse cum eo praescriptis verbis agi, quasi certa lege permutationem fecerint, scilicet si omnes res divisae sint*».

Parfaitement, dit-il, si les crédeurs les poursuivent pour des portions d'héritage et qu'un seul rejette les prescriptions, il est possible de mener une *actio praescriptis verbis* avec lui, comme s'ils ont fait une *permutatio* en vertu d'un accord déterminé, si, bien entendu, toutes les choses ont été divisées.

1.7. *ULPIANUS, D. 12.4.1 pr.:*

«*Si ob rem non inhonestam data sit pecunia, ut filius emanciparetur vel servus manumitteretur vel a lite discedatur, causa secuta repetitio cessat*».

S'il est donné une somme pour un but pas déshonnête afin qu'un fils soit émancipé ou qu'un esclave soit affranchi ou qu'il se retire d'un procès, la répétition cesse si la chose s'ensuit.

1.8. *ULPIANUS, D. 12.4.1.1:*

«*Si parendi conditioni causa tibi dedero decem, mox repudiavero hereditatem vel legatum, possum condicere*».

Si je t'ai donné dix pour te soumettre à une condition et que j'ai bientôt répudié l'héritage ou le legs, je peux intenter par une *condictio*.

1.9. *ULPIANUS, D. 12.4.2:*

«*Sed et si falsum testamentum sine scelere eius qui dedit vel inofficiosum pronuntietur, veluti causa non secuta decem repetentur*».

Mais même si un testament est déclaré faux ou inofficieux sans crime de la part de celui qui a donné, les dix seront répétés parce que la chose n'a pas suivi.

1.10. *ULPIANUS, D. 12.4.3.7:*

«*[...] quamquam constet, ut et ipse ait, eum qui dedit ea spe, quod se ab eo qui acceperit remunerari existimaret vel amicioem sibi esse eum futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum*».

[Q]uoiq' il soit un fait établi, comme il dit lui-même aussi, que celui qui a donné dans l'espoir qu'il pensera être rémunéré par celui qui aura reçu ou avoir été plus attaché à lui, ne peut répéter parce qu'il fut trompé dans son espérance.

1.11. *ULPIANUS, D. 12.4.5 pr. ab initio:*

«*Si pecuniam ideo acceperis, ut capuam eas, deinde parato tibi ad proficiscendum condicio temporis vel valetudinis impedimento fuerit, quo minus proficisceris, an condici possit, videndum: et cum per te non steterit, potest dici repetitionem cessare: sed cum liceat paenitere ei qui dedit, procul dubio repetetur id quod datum est, nisi forte tua intersit non accepisse te ob hanc causam pecuniam*».

Si tu as reçu de l'argent pour aller à Capoue, et qu'ensuite, lorsque tu étais prêt à partir, le temps ou ta santé ne te l'a pas permis, examinons s'il [celui qui t'a donné] peut répéter [la somme que tu as reçue]. On pourrait dire que la répétition ne s'applique pas, puisque ça ne dépendait pas de toi [que le voyage n'ait pas eu lieu]. Mais, comme il est permis à celui qui a donné de se rétracter, il n'y a pas de doute qu'il répétera ce qu'il a donné, à moins que par hasard il soit dans ton intérêt de ne pas avoir reçu la somme d'argent en vertu de cette cause.

1.12. *NERATIUS, D. 12.4.8:*

«*Quod Servius in libro de dotibus scribit, si inter eas personas, quarum altera nondum iustam aetatem habeat, nuptiae factae sint, quod dotis nomine interim datum sit, repeti posse, sic intellegendum est, ut, si divortium intercesserit, priusquam utraque persona iustam aetatem habeat, sit eius pecuniae repetitio, donec autem in eodem habitu matrimonii permanent, non magis id repeti possit, quam quod sponsa sponso dotis nomine dederit, donec maneat inter eos adfinitas: quod enim ex ea causa nondum coito*

matrimonio datur, cum sic detur tamquam in dotem perventurum, quamdiu pervenire potest, repetitio eius non est».

Ce que SERVIUS écrit dans son livre sur les dots, à savoir que si des noces ont lieu entre des personnes dont l'une n'a pas encore l'âge légal, il est possible de répéter ce qui a été donné entre-temps en guise de dot, doit être compris dans le sens que, si un divorce survient avant que les deux personnes aient l'âge légal, la répétition de son argent a lieu, or tant qu'ils restent dans le même régime matrimonial, il n'est pas possible de répéter davantage que ce que l'épouse a donné à son époux en guise de dot, tant que demeure l'alliance entre eux : en effet, comme ce qui est donné sur la base de cette cause, alors que le mariage n'est pas encore contracté, est donné en tant que la dot qui lui reviendra, aussi longtemps qu'il est possible qu'elle lui revienne, sa répétition n'est pas possible.

1.13. PAULUS, D. 12.4.9 pr. :

«Sed et si ego contraxi cum sponso et pecuniam in hoc dedi, ut, si nuptiae secutae essent, mulieri dos acquireretur, si non essent secutae, mihi redderetur, quasi ob rem datur et re non secuta ego a sponso condicem».

Mais si moi, j'ai fait un contrat avec mon époux et que j'ai donné de l'argent pour que, si les noces s'étaient déroulées, la dot fut acquise en plus de la femme et que si elles ne s'étaient pas déroulées, elle me fut rendue, comme si on a donné pour une chose et que la chose n'a pas suivi, moi, je réclamerai l'argent à mon époux.

1.14. PAULUS, D. 12.4.14 :

«Si procuratori falso indebitum solutum sit, ita demum a procuratore repeti non potest, si dominus ratum habuerit, sed ipse dominus tenetur, ut Iulianus scribit. Quod si dominus ratum non habuisset, etiamsi debita pecunia soluta fuisset, ab ipso procuratore repetetur: non enim quasi indebitum datum repetetur, sed quasi ob rem datum nec res secuta sit ratihabitione non intercedente: vel quod furtum faceret pecuniae falsus procurator, cum quo non tantum furti agi, sed etiam condici ei posse».

Si un indu est payé à un faux procurateur, il ne peut pas être répété au procurateur seulement si le maître a ratifié [l'acte], mais le maître lui-même est tenu, comme l'écrit IULIANUS. Mais si le maître n'avait pas ratifié [l'acte], même si la somme due avait été payée, elle pourrait être répétée au procurateur lui-même: car [ce n'est] pas comme si l'indu donné était répété, mais comme si on avait donné pour un but et que la chose n'a pas suivi lorsque la ratification n'est pas intervenue: ou si le faux procurateur commettait un vol de la somme d'argent, il pourrait agir contre lui non seulement pour vol, mais aussi par la *condictio*.

1.15. *POMPONIUS, D. 12.4.15 ab initio:*

«*Cum servus tuus in suspicionem furti Attio venisset, dedisti eum in quaestionem sub ea causa, ut, si id repertum in eo non esset, redderetur tibi: is eum tradidit praefecto vigillum quasi in facinore deprehensum: praefectus vigillum eum summo supplicio adfecit*».

Comme ton esclave était soupçonné de vol par Attius, tu l'as soumis à la question sur la base que, si on ne le trouvait pas coupable, il te serait rendu: il l'a livré au préfet des vigiles comme s'il avait été pris en flagrant délit de crime: le préfet des vigiles lui a infligé le plus grand des supplices.

1.16. *CELSUS, D. 12.4.16:*

«*Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris: et rursus, si tuus est Stichus et pro evictione eius promittere non vis, non liberaberis, quominus a te pecuniam repetere possim*».

Je t'ai donné de l'argent pour que tu me donnes Stichus: est-ce un genre de contrat assimilable à l'achat et la vente, ou n'y a-t-il là aucune autre obligation, si la chose en vertu de laquelle elle a été donnée n'a pas été exécutée? Je penche plutôt pour la seconde option: et c'est pour ça que, si Stichus est mort, je peux répéter parce que je t'ai donné de l'argent pour que tu me donnes Stichus. Imagine que Stichus appartienne à autrui, mais que tu l'aies quand même transmis: je pourrai te redemander l'argent parce que tu n'auras pas fait en sorte que l'homme soit la propriété de celui qui reçoit: et, de nouveau, si Stichus t'appartient et que tu ne veux pas promettre son éviction, tu ne le libéreras pas, pour que je ne puisse pas te redemander l'argent.

1.17. *PAULUS, D. 12.5.1 pr.:*

«*Omne quod datur aut ob rem datur aut ob causam, et ob rem aut turpem aut honestam: turpem autem, aut ut dantis sit turpitudine, non accipientis, aut ut accipientis duntaxat, non etiam dantis, aut utriusque*».

Tout ce qu'on donne, l'est soit pour avoir une chose, soit en vertu d'une cause, et [quand on donne pour une chose,] la chose qu'on veut avoir est soit honnête, soit déshonnête: elle est déshonnête, soit du fait de celui qui donne et non de celui qui reçoit, soit du fait de celui qui reçoit seulement et non de celui qui donne, soit du fait de tous les deux.

1.18. PAULUS, D. 12.5.1.1:

«*Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est.*».

Par conséquent, il est possible de répéter ainsi ce qui a été donné pour une chose honnête, si la chose pour laquelle on a donné n'est pas exécutée.

1.19. PAULUS, D. 12.5.1.2:

«*Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest:*».

Si la cause de celui qui reçoit est déshonnête, même si la chose est exécutée, il est possible de répéter.

1.20. ULPIANUS, D. 12.5.2:

«*pr. ut puta dedi tibi ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas. In qua specie Iulianus scribit, si tibi dedero, ne hominem occidas, condici posse: 1. item si tibi dedero, ut rem mihi reddas depositam apud te vel ut instrumentum mihi redderes. 2. Sed si dedi, ut secundum me in bona causa iudex pronuntiaret, est quidem relatum conditioni locum esse: sed hic quoque crimen contrahit (iudicem enim corrumpere videtur) et non ita pridem imperator noster constituit litem eum perdere.*».

Pr. Par exemple, je t'ai donné pour que tu ne commettes pas de sacrilège, ni de larcin et que tu ne tues pas un homme. Dans ce cas, IULIANUS écrit que, si je t'ai donné pour que tu ne tues pas un homme, la *condictio* est possible: 1. De même si je t'ai donné pour que tu me rendes une chose placée en dépôt chez toi ou pour que tu me rendes un instrument. 2. Mais si j'ai donné pour qu'un juge se prononce en ma faveur dans une bonne cause, on rapporte assurément qu'il y a lieu d'intenter une *condictio*: mais là aussi on commet un crime (en effet, on voit qu'il corrompt le juge) et il n'y a pas si longtemps notre empereur a décidé qu'un jugement le perdait.

1.21. PAULUS, D. 12.5.3:

«*Ubi autem et dantis et accipientis turpitudine versatur, non posse repeti dicimus: veluti si pecunia detur, ut male iudicetur.*».

Or, quand la malhonnêteté est le fait à la fois de celui qui donne et de celui qui reçoit, nous affirmons qu'il n'est pas possible de répéter: comme lorsqu'on donnait de l'argent pour qu'il soit mal jugé.

1.22. ULPIANUS, D. 12.5.4 pr.:

«*Idem si ob stuprum datum sit, vel si quis in adulterio deprehensus redemerit se: cessat enim repetitio, idque Sabinus et Pegasus responderunt.*».

De même si on a donné pour commettre un adultère, ou si une personne prise en flagrant délit d'adultère s'est rachetée: en effet, la répétition ne s'applique pas et c'est ce que SABINUS et PEGASUS ont répondu.

1.23. *ULPIANUS, D. 12.5.4.1:*

«*Item si dederit fur, ne proderetur, quoniam utriusque turpitudine versatur, cessat repetitio*».

De même, si un voleur a donné pour ne pas être dénoncé, puisque la malhonnêteté est le fait de chacune des deux parties, la répétition ne s'applique pas.

1.24. *ULPIANUS, D. 12.5.4.2:*

«*Quotiens autem solius accipientis turpitudine versatur, Celsus ait repeti posse: veluti si tibi dedero, ne mihi iniuriam facias*».

Or, chaque fois que la malhonnêteté est uniquement le fait de celui qui reçoit, CELSUS dit qu'il est possible de répéter: par exemple, lorsque je t'ai donné pour que tu ne commettes pas d'*iniuria* à mon encontre.

1.25. *ULPIANUS, D. 12.5.4.3:*

«*Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudine versatur, sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix*».

Mais ce qui est donné à une courtisane ne peut pas être répété, comme l'écrivent LABEO et MARCELLUS, mais il peut l'être avec un nouveau raisonnement, [à savoir] que la malhonnêteté n'est pas le fait des deux parties, mais seulement de celui qui donne: en effet, elle agit de manière déshonnête parce qu'elle est courtisane, [mais] elle ne reçoit pas malhonnêtement, puisqu'elle est courtisane.

1.26. *ULPIANUS, D. 12.5.6:*

«*Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est*».

SABINUS a de façon répétée prouvé l'ancienne opinion de ceux qui estimaient que ce qui est issu d'une cause injuste chez quelqu'un peut faire l'objet d'une *condictio*: même CELSUS est de cet avis.

1.27. *PAULUS, D. 12.5.8:*

«*Si ob turpem causam promiseris Titio, quamvis si petat, exceptione doli mali vel in factum summovere eum possis, tamen si solveris, non posse te repetere, quoniam sublata proxima causa stipulationis, quae propter exceptionem inanis esset, pristina causa, id est turpitudine, superesset: porro autem si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiore esse et ideo repetitionem cessare, tametsi ex stipulatione solutum est*».

Si tu as promis [de l'argent] à Titius en vertu d'une cause malhonnête, bien que, s'il réclame, tu puisses l'écarter grâce à l'exception pour mauvais dol ou dans les faits, si tu t'es exécuté, tu ne peux pourtant pas répéter puisque, comme la cause proche de la

stipulation, qui serait vaine à cause de l'exception, a été ôtée, il ne resterait que la cause précédente et immédiate, c'est-à-dire la malhonnêteté: d'ailleurs, si la cause est malhonnête du fait aussi bien de celui qui donne que de celui qui reçoit, le possesseur l'emporte et ainsi la répétition ne s'applique pas, même s'il a été exécuté en vertu de la stipulation.

1.28. *PAULUS, D. 12.5.9 pr.:*

«Si vestimenta utenda tibi commodavero, deinde pretium, ut reciperem, dedissem, condicione me recte acturum responsum est: quamvis enim propter rem datum sit et causa secuta sit, tamen turpiter datum est».

Si je t'avais prêté des vêtements à utiliser, et qu'ensuite j'avais payé le prix pour les récupérer, la réponse est que j'aurais raison de mener un action par *condictio*: en effet, bien qu'on ait donné pour une chose et que la cause n'ait pas été exécutée, on a donné frauduleusement.

1.29. *POMPONIUS, D. 12.6.52:*

«Damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit: ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit».

Nous donnons ou en vertu d'une cause ou en vue d'une chose: en vertu d'une cause passée, par exemple, lorsque je donne parce que j'ai reçu quelque chose de toi ou parce que tu as fait quelque chose, de sorte que, même si la cause est fausse, la répétition de cet argent n'a pas lieu: en vue d'une chose, pour que quelque chose se réalise, qui, si elle n'est pas exécutée, peut donner lieu à une répétition.

1.30. *ULPIANUS, D. 12.6.23 pr.:*

«Eleganter Pomponius quaerit, si quis suspicetur transactionem factam vel ab eo cui heres est vel ab eo cui procurator est et quasi ex transactione dederit, quae facta non est, an locus sit repetitioni. Et ait repeti posse: ex falsa enim causa datum est. Idem puto dicendum et si transactio secuta non fuerit, propter quam datum est: sed et si resoluta sit transactio, idem erit dicendum».

POMPONIUS pose élégamment la question de savoir s'il y a lieu de répéter, si quelqu'un pense que la transaction a été faite par celui dont il est l'héritier ou par celui dont il est le procurateur et qu'il a donné comme sur la base d'une transaction, qui n'a pas été faite. Et il dit qu'il est possible de répéter: car il a été donné en vertu d'une fausse cause. Je pense qu'il faut dire la même chose, même si la transaction en vertu de laquelle il a été donné n'a pas été exécutée: mais même si la transaction a été résolue, il faudra dire de même.

1.31. *ULPIANUS, D. 12.6.23.3:*

«*Si quis post transactionem nihilo minus condemnatus fuerit, dolo quidem id fit, sed tamen sententia valet. Potuit autem quis, si quidem ante litem contestatam transegerit, volenti litem contestari opponere doli exceptionem: sed si post litem contestatam transactum est, nihilo minus poterit exceptione doli uti post secuti: dolo enim facit, qui contra transactionem expertus amplius petit. Ideo condemnatus repetere potest, quod ex causa transactionis dedit. Sane quidem ob causam dedit neque repeti solet quod ob causam datum est causa secuta: sed hic non videtur causa secuta, cum transactioni non stetur. Cum igitur repetitio oritur, transactionis exceptio locum non habet: neque enim utrumque debet locum habere et repetitio et exceptio*».

Si quelqu'un a néanmoins été condamné après la transaction, cela est certes dolosif, mais la sentence est pourtant valable. Or, si quelqu'un a accompli la transaction avant la *litis contestatio*, il a pu opposer une exception pour dol à celui qui voulait engager la cause: mais si la transaction a eu lieu après la *litis contestatio*, il sera néanmoins possible d'user de l'exception pour dol après son exécution: en effet, agit dolosivement celui qui réclame davantage en sachant que c'est contraire à la transaction. Un condamné peut répéter ce qu'il a donné en vertu de la cause de la transaction. Assurément, il a donné en vertu d'une cause et il n'est pas habituel que ce qui a été donné en vertu d'une cause soit répété, si la prestation a été exécutée: mais là, il ne semble pas que la prestation ait été exécutée, puisqu'on ne se tient pas à la transaction. Par conséquent, comme la répétition se produit, l'exception de la transaction n'a pas lieu: en effet, il ne doit pas avoir la répétition et l'exception toutes les deux à la fois.

1.32. *IULIANUS, D. 12.6.33 ab initio:*

«*Si in area tua aedificassem et tu aedes possideres, condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur: nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit: cum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit*».

Si j'avais construit sur ton terrain et que tu as [ensuite] pris possession des bâtiments, la *condictio* n'aura pas lieu parce qu'il n'y avait aucune affaire contractée entre nous: car celui qui n'a pas payé la somme due mène une sorte d'affaire par cette omission: mais lorsque le maître occupe un bâtiment édifié sur son propre sol par un autre, il ne contracte aucune affaire.

1.33. *IULIANUS, D. 12.6.35:*

«*Qui ob rem non defensam solvit, quamvis postea defendere paratus est, non repetet quod solverit*».

Celui qui a payé pour une chose qui n'a pas été défendue, bien qu'il soit ensuite préparé à la défendre, ne répétera pas ce qu'il a payé.

1.34. PAULUS, D. 12.6.65 pr.:

«In summa, ut generaliter de repetitione tractemus, sciendum est dari aut ob transactionem aut ob causam aut propter condicionem aut ob rem aut indebitum: in quibus omnibus quaeritur de repetitione».

Dans l'essentiel, afin que, de manière générale, nous traitions de la répétition, il faut savoir qu'on donne soit pour une transaction, soit en vertu d'une cause, soit pour remplir une condition, soit dans un but, soit sans que ce soit dû: dans tous ces cas, la question de la répétition se pose.

1.35. PAULUS, D. 12.6.65.2:

«Id quoque, quod ob causam datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donari volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse».

Ceci aussi lorsqu'on donne en considération d'une cause, par exemple, lorsque j'ai cru que mes affaires ont été aidées par l'intermédiaire de quelqu'un, bien que ce ne fut pas le cas, il n'y a pas lieu à la répétition parce que j'ai voulu faire un présent, quoique je fusse faussement persuadé.

1.36. PAULUS, D. 12.6.65.3:

«Sed agere per condicionem propter condicionem legati vel hereditatis, sive non sit mihi legatum sive ademptum legatum, possum, ut repetam quod dedi, quoniam non contrahendi animo dederim, quia causa, propter quam dedi, non est secuta. Idem et si hereditatem adire nolui vel non potui. Non idem potest dici, si servus meus sub conditione heres institutus sit et ego dedero, deinde manumissus adierit: nam hoc casu secuta res est».

Mais ce que j'ai donné en raison d'une condition [visant à me] léguer ou [m']instituer héritier, s'il ne m'a pas été légué ou s'il m'a été légué [mais] retiré, je peux intenter une action pour répéter [ce que j'ai donné], puisque je n'ai pas donné par intention de contracter parce que la cause, en raison de laquelle j'ai donné, ne s'est pas produite. De même, si je n'ai pas voulu pas ou pu accepter d'être héritier. Cependant, il ne peut pas en être dit de même si mon esclave a été institué héritier sous condition [d'être affranchi] et que moi, j'ai donné [et] qu'ensuite, ayant été affranchi, il a accepté l'héritage: car, dans ce cas, la chose s'est réalisée.

1.37. PAULUS, D. 12.6.65.4:

«Quod ob rem datur, ex bono et aequo habet repetitionem: veluti si dem tibi, ut aliquid facias, nec feceris».

Ce qui est donné pour un but peut être répété sur la base du bien et de l'équité: par exemple, si je te donne pour que tu fasses quelque chose et que tu ne l'as pas fait.

1.38. PAPIANUS, D. 12.6.66:

«*Haec conditio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit*».

Cette *conditio* introduite sur la base de la bonne foi et de l'équité a pour fonction de faire restituer le bien de l'un qui est saisi chez l'autre sans cause.

1.39. ULPIANUS, D. 12.7.1.1:

«*Sed et si ob causam promisit, causa tamen secuta non est, dicendum est conditionem locum habere*».

Mais même si on a promis en vertu d'une cause et que l'exécution n'a pas suivi, il faut dire que la *conditio* n'a pas lieu.

1.40. ULPIANUS, D. 12.7.1.2:

«*Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi quae finita est vel secuta non est, dicendum est conditioni locum fore*».

Que la promesse ait été faite dès le départ sans cause ou qu'il y ait eu une cause à la promesse qui a pris fin ou qui n'a pas été exécutée, il faut dire qu'il y aura lieu de faire une *conditio*.

1.41. ULPIANUS, D. 12.7.1.3:

«*Constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit vel redit ad non iustam causam*».

Il est précisément établi qu'on peut redemander à quelqu'un ce qui ne lui revient pas sur la base d'une juste cause ou ce qui [lui] revient en vertu d'une cause injuste.

1.42. ULPIANUS, D. 12.7.2:

«*Si fullo vestimenta lavanda conduxerit, deinde amissis eis domino pretium ex locato conventus praestiterit posteaque dominus invenerit vestimenta, qua actione debeat consequi pretium quod dedit? Et ait Cassius eum non solum ex conducto agere, verum condicere domino posse: ego puto ex conducto omnimodo eum habere actionem: an autem et condicere possit, quaesitum est, quia non indebitum dedit: nisi forte quasi sine causa datum sic putamus condici posse: etenim vestimentis inventis quasi sine causa datum videtur*».

Si un foulon est engagé pour laver des vêtements, que, comme ceux-là ont été perdus, la convention a remboursé le montant au maître en vertu du contrat de louage et qu'ensuite le maître a retrouvé les vêtements, par quelle action devrait-il récupérer le montant qu'il a donné? CASSIUS dit que, non seulement il peut l'attaquer en vertu du contrat de louage, mais qu'il peut aussi tenter une *conditio* au maître: moi, je pense donc qu'il fait de toute façon une action sur la base du contrat de louage: mais la question se pose de savoir si on peut aussi faire une *conditio* parce qu'il n'a pas donné une chose qui

n'était pas due: sauf si nous considérons que ce qui a été donné par hasard, comme sans raison, puisse ainsi faire l'objet d'une *condictio*: en effet, une fois que les vêtements ont été retrouvés, il semble qu'on ait donné sans raison.

1.43. *IULIANUS, D. 12.7.3:*

«*Qui sine causa obligantur, incerti condictioe consequi possunt ut liberentur: nec refert, omnem quis obligationem sine causa suscipiat an maiorem quam suscipere eum oportuerit, nisi quod alias condictioe id agitur, ut omni obligatione liberetur, alias ut exoneretur: veluti qui decem promisit, nam si quidem nullam causam promittendi habuit, incerti condictioe consequitur, ut tota stipulatio accepto fiat, at si, cum quinque promittere deberet, decem promisit, incerti consequetur, ut quinque liberetur*».

Ceux qui se sont obligés sans cause, peuvent intenter une *condictio incerti* pour se libérer: il n'importe pas de savoir qui entreprendrait une obligation sans cause ou [une obligation] plus grande qu'il ne serait opportun d'entreprendre, si ce n'est qu'il intente une *condictio* tantôt pour être libéré de l'obligation de son entier, tantôt pour en être déchargé d'une partie: par exemple, celui qui a promis dix, s'il n'a eu aucune raison de promettre, il obtiendra ainsi, par une *condictio incerti*, que la stipulation toute entière soit touchée, si, en revanche, il a promis dix, alors qu'il devait promettre cinq, il pourrait obtenir par une *condictio incerti* d'être libéré des cinq.

1.44. *AFRICANUS, D. 12.7.4:*

«*Nihil refert, utrumne ab initio sine causa quid datum sit an causa, propter quam datum sit, secuta non sit*».

Il n'importe nullement de savoir ni ce qui a été donné sans cause dès le départ ni si la cause pour laquelle on a donné n'a pas été suivie.

1.45. *ULPIANUS, D. 17.1.8 pr.:*

«*Si procuratorem dederō nec instrumenta mihi causae reddat, qua actione mihi teneatur? Et Labeo putat mandati eum teneri nec esse probabilem sententiam existimantium ex hac causa agi posse depositi: uniuscuiusque enim contractus initium spectandum et causam*».

Si j'ai nommé un procureur et qu'il ne me rend pas les instruments de la cause, par quelle action peut-il être tenu envers moi? Et LABEO pense qu'il est tenu en vertu du mandat et mandat et que l'avis de ceux qui estiment qu'il peut être intenté une action en vertu de cette cause de dépôt n'est pas raisonnable: en effet, il faut regarder le début et la cause de chaque contrat.

1.46. *ULPIANUS, D. 19.1.11.6:*

«*Is qui vina emit arrae nomine certam summam dedit: postea convenerat, ut emptio irrita fieret. Iulianus ex empto agi posse ait, ut arra restituatur, utilemque esse actionem ex empto etiam ad distrahendā, inquit, emptionem. Ego illud quaero: si anulus datus sit arrae nomine et secuta emptione pretioque numerato et tradita re anulus non*

reddatur, qua actione agendum est, utrum condicatur, quasi ob causam datus sit et causa finita sit, an vero ex empto agendum sit. Et Iulianus diceret ex empto agi posse: certe etiam condici poterit, quia iam sine causa apud venditorem est anulus.

Celui qui a acheté des vins a donné une certaine somme en guise d'arrhes : par la suite, on était d'accord que l'achat fut annulé. IULIANUS dit qu'il est possible d'intenter une action *ex empto* pour que les arrhes soient restituées, et que l'action *ex empto* est utile même pour rompre une vente, dit-il. Moi, je demande ceci: si on donne un anneau en guise d'arrhes et que l'anneau n'est pas rendu après que la vente a été exécutée, le prix payé et la chose transmise, quelle action dois-je intenter, est-ce une *condictio*, comme si on avait donné en vertu d'une cause et que la cause avait pris fin, ou doit-on alors intenter une action *ex empto*? Et IULIANUS dirait qu'une action *ex empto* est possible: il sera même certainement possible de faire une *condictio*, parce que l'anneau est déjà chez le vendeur sans cause.

1.47. PAULUS, D. 19.4.1.2:

«Item emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur, permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet: alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum habent, ut in emptione venditione, conductione, mandato.»

De même, l'achat-vente est conclu par la simple volonté de ceux qui consentent, mais la *permutatio* fait naître l'obligation sur la base de la chose transmise: du reste, si la chose n'a pas encore été transmise, nous dirions que l'obligation est conclue par simple consentement parce qu'on a seulement reçu dans des situations qui ont leur propre nom, comme dans l'achat-vente, la *conduccio* ou le mandat.

1.48. PAULUS, D. 19.4.1.4:

«Igitur ex altera parte traditione facta si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus ut res tradita nobis reddatur, sed in id quod interest nostra illam rem accepisse, de qua convenit: sed ut res contra nobis reddatur, conditioni locus est quasi re non secuta.»

Par conséquent, si l'un ne veut pas transférer la chose après que la tradition a été faite par l'autre partie, nous n'agissons pas [en justice] pour que la chose transmise nous soit rendue, mais parce qu'il nous importe d'avoir reçu cette chose-là, à propos de laquelle il y a eu un accord: mais, au contraire, pour que la chose nous soit rendue, il y a lieu d'intenter une *condictio* comme si la chose n'a pas été exécutée.

1.49. PAULUS, D. 19.4.2:

«Aristo ait, quoniam permutatio vicina esset emptioni, sanum quoque furtis noxisque solutum et non esse fugitivum servum praestandum, qui ex causa daretur.»

ARISTO dit que, puisque la *permutatio* est voisine de l'achat, il est logique aussi que l'esclave qui est donné en vertu d'une cause soit absout de ses larcins et de ses torts et qu'il faut garantir qu'il n'est pas fugitif.

1.50. PAULUS, D. 19.5.5 pr.:

«*Naturalis meus filius servit tibi et tuus filius mihi: convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres et ego tuum: ego manumisi, tu non manumisisti: qua actione mihi teneris, quaesitum est. In hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspici potest. Qui in his competit speciebus: aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias: in quibus quaeritur, quae obligatio nascatur*».

Mon fils naturel était ton esclave et ton fils était le mien: il fut convenu entre nous que toi, tu affranchirais le mien et moi le tien: moi je l'ai affranchi, toi, tu ne l'as pas affranchi: la question est «par quelle action es-tu tenu envers moi?». Pour cette question, la prestation convenue donnée dans un but peut être examinée toute entière. Cette configuration se rencontre dans ces cas: en effet, ou bien je donne pour que tu donnes, ou bien je donne pour que tu fasses, ou bien je fais pour que tu donnes, ou bien je fais pour que tu fasses: dans ces cas, on demande quelle obligation naît.

1.51. PAULUS, D. 19.5.5.1:

«*Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est: sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse [...]. Sed si Scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit ac tu dumtaxat culpam praestare debes. Explicitus est articulus ille do ut des*».

Et assurément, si je donne de l'argent pour recevoir une chose, c'est un achat-vente: mais si je donne une chose pour recevoir une autre, parce qu'il ne semble pas qu'une *permutatio* de choses soit un achat [...]. Mais si je t'ai donné Scyphos pour que tu me donnes Stichus, j'aurai Stichus à mes risques et périls et toi, tu dois seulement en prendre la responsabilité. L'article *do ut des* a été expliqué.

1.52. PAULUS, D. 19.5.5.2:

«*At cum do ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit, sicut superiore casu emptio: si rem do, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest vel ad repetendum condictio*».

En revanche, lorsque je donne pour que tu fasses, si ce qui est fait est une chose qui d'ordinaire a trait à la location, par exemple pour que tu peignes un tableau, l'argent donné sera une *locatio*, de même qu'une vente dans le cas ci-dessus: [en revanche] si je donne autre chose, ce ne sera pas une *locatio*, mais il naîtra soit une action civile dans mon intérêt, soit une *condictio* pour répéter.

1.53. PAPINIANUS, D. 19.5.7:

«*Si tibi decem dedero, ut Stichum manumittas, et cessaveris, confestim agam praescriptis verbis, ut solvas quanti mea interest: aut, si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas*».

Si je te donne dix afin que tu affranchisses Stichus, et que tu ne t'exécutes pas, j'intenterai immédiatement l'*actio praescriptis verbis*, afin que tu rendes ce qui est dans mon intérêt: ou, s'il n'y a plus d'intérêt, je peux intenter une *condictio* contre toi, afin que tu rendes les dix.

1.54. *PAPINIANUS, D. 19.5.8 in fine*:

«*Dixi, tametsi quod inter eos ageretur verbis quoque stipulationis conclusum non fuisset, si tamen lex contractus non lateret, praescriptis verbis incerti et hic agi posse, nec videri nudum pactum intervenisse, quotiens certa lege dari probaretur*».

J'ai dit que, bien que ce qui se passait entre eux ne fût pas non plus conclu dans les termes de la stipulation, si pourtant la clause contractuelle n'était pas cachée, là aussi il était possible de faire une *actio praescriptis verbis incerti*; et qu'il ne semblait pas qu'un simple pacte fut intervenu toutes les fois qu'il était prouvé qu'on donnait en vertu d'un accord déterminé.

1.55. *PAPINIANUS, D. 19.5.9 ab initio*:

«*Ob eam causam accepto liberatus, ut nomen Titii debitoris delegaret, si fidem contractus non impleat, incerti actione tenebitur*».

Quelqu'un a été libéré de sa dette pour la cause de déléguer celle-ci à l'un de ses débiteurs nommé Titius; s'il ne remplit pas l'engagement du contrat, il sera tenu par l'*actio incerti*.

1.56. *ULPIANUS, D. 19.5.15 ab initio*:

«*Solent, qui noverunt servos fugitivos alicubi celari, indicare eos dominis ubi celentur: quae res non facit eos fures. Solent etiam mercedem huius rei accipere et sic indicare, nec videtur illicitum esse hoc quod datur. Quare qui accepit, quia ob causam accepit nec improbam causam, non timet conductionem*».

Ceux qui connaissent le lieu où les esclaves fugitifs se cachent ont coutume de révéler à leur maître où ceux-ci se trouvent: ceci ne fait pas d'eux (*i.e.* les délateurs) des voleurs. Ils sont même dans l'usage à recevoir une récompense pour ceci (*i.e.* l'information), et ainsi d'en révéler la cachette, et ce qui est donné n'apparaît pas comme illicite. C'est pourquoi, celui qui a reçu, parce qu'il a reçu en vertu d'une cause et qui n'est d'ailleurs pas malhonnête, ne craint pas la *condictio*.

1.57. *ULPIANUS, D. 19.5.15 in fine*:

«*et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod: ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis*».

Et assurément, cette convention n'est pas nue, de sorte qu'on dise qu'une action ne peut naître d'un pacte, mais elle a en elle quelque affaire: donc une action civile peut naître, c'est-à-dire une action reposant sur des paroles.

1.58. *ULPIANUS, D. 19.5.17.1:*

«*si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? [...] Actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis*».

Si je t'ai donné des perles dont la valeur a été estimée pour que soit tu m'amènes les mêmes, soit leur prix, et qu'ensuite celles-ci ont été perdues avant la vente, à qui incombe le risque? [...] Mais l'action sera de toute façon l'*actio praescriptis verbis* en vertu de cette cause.

1.59. *ULPIANUS, D. 24.1.13.2:*

«*Cum quis acceperit, ut in suo aedificet, condici ei id non potest, quia magis donari ei videtur: quae sententia Neratii quoque fuit: ait enim datum ad villam extruendam vel agrum serendum, quod alioquin facturus non erat is qui accepit, in speciem donationis cadere*».

Dans le cas où quelqu'un a reçu [de l'argent] pour bâtir en son nom, il n'est pas possible de lui intenter une *condictio* parce que cela ressemble davantage à un don: ce fut aussi l'avis de NERATIUS: en effet, il dit que ce qui est donné pour construire une ferme ou semer un champ, chose qu'autrement celui qui a reçu ne ferait pas, tombe dans la catégorie de la donation.

1.60. *ULPIANUS, D. 28.7.8.7:*

«*Mortuo autem vel manumisso Stichus vivo testatore qui ita heres institutus est, si iurasset se Stichum manumissurum, non videbitur defectus condicione heres, quamvis verum sit compellendum eum manumittere, si viveret. Idem est et si ita heres institutus esset quis: "Titius heres esto ita, ut Stichum manumittat" aut "Titio centum ita lego, ut Stichum manumittat". Nam mortuo Stichus nemo dicit summovendum eum: non videtur enim defectus condicione, si parere condicioni non possit: implenda est enim voluntas, si potest*».

Or, si Stichus était mort ou a été affranchi, alors que le testateur qui a été institué héritier à la condition qu'il jure d'affranchir Stichus était vivant, il n'apparaîtra pas que l'héritier fait défaut à la condition, bien qu'il soit vrai qu'il serait forcé de l'affranchir, s'il était vivant. C'est la même chose, même si on a institué un héritier ainsi: «Que Titius hérite, de sorte à affranchir Stichus» ou bien «Je lègue cent à Titius, de sorte qu'il affranchisse Stichus». En effet, Stichus étant mort, personne ne dira qu'il aura été écarté: en effet, il apparaîtra qu'il ne fait pas défaut à la condition, s'il n'est pas possible de se soumettre à la condition: en effet, il faut remplir la volonté si c'est possible.

1.61. *PAPINIANUS, D. 35.1.72.6:*

«*Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret: sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse*».

Il est bien vrai que la fausse cause n'empêche pas le legs, parce que la raison de léguer n'est pas liée au legs; mais il y aura généralement lieu à l'exception pour dol, s'il est prouvé qu'il n'aurait pas légué autrement.

1.62. *IULIANUS, D. 39.5.1 pr. ab initio:*

«Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie donatio appellatur».

Quelqu'un donne [de l'argent] dans l'idée qu'il veut aussitôt qu'il devienne la propriété de celui qui reçoit et qu'en aucun cas il ne lui revienne, et il ne le fait pour aucune autre raison que pour faire preuve de libéralité et de munificence: voilà ce qu'on appelle une donation au sens propre.

1.63. *IULIANUS, D. 39.5.1 pr. in fine:*

«Dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit: non proprie donatio appellabitur, sed totum hoc donatio sub condicione est. Item cum quis ea mente dat, ut statim quidem faciat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit aut non fuerit, velit ad se reverti, non proprie donatio dicitur, sed totum hoc donatio est, quae sub condicione solvatur. Qualis est mortis causa donatio».

Quelqu'un donne [de l'argent] pour qu'il devienne la propriété de celui qui reçoit, du moment que quelque chose a été exécuté: cela ne s'appellera pas proprement une donation, mais tout cela est une donation sous condition. De même, lorsque quelqu'un donne [de l'argent] dans l'idée qu'il le rend aussitôt propriété de celui qui reçoit, mais qu'il voudrait qu'il lui revienne, que quelque chose ait été fait ou non, ce n'est pas une donation à proprement parler, mais tout cela est une donation qui peut être dissoute sous condition. La donation pour cause de mort est de ce genre.

1.64. *ULPIANUS, D. 39.5.18 pr.:*

«Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est, et ita et Pomponius eum existimare refert».

(ARISTO dit que lorsqu'il y a une convention mêlée d'une donation, l'obligation n'est pas contractée à partir de ce cas qu'est la donation, et POMPONIUS rapporte qu'il le considère ainsi).

1.65. *ULPIANUS, D. 39.5.18.1:*

«Denique refert Aristonem putare, si servum tibi tradidero ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas, non posse ante quinquennium agi, quia donatio aliqua inesse videtur: aliter atque, inquit, si ob hoc tibi tradidissem, ut continuo manumittas: hic enim nec donationi locum esse et ideo esse obligationem. Sed et superiore casu quid acti sit, inspiciendum Pomponius ait: potest enim quinquennium non ad hoc esse positum, ut aliquid donetur».

Enfin, il rapporte qu'ARISTO pense que, si je t'ai transmis un esclave pour que tu l'affranchisses après un délai de cinq ans, il n'est pas possible d'intenter une action avant le délai de cinq ans parce que la donation semble inhérente: il en va autrement, dit-il, si je te l'avais transmis pour que tu l'affranchisses tout de suite: en effet, là, cela ne donne pas lieu à une donation et c'est pour cela qu'il y a obligation. Mais même dans le cas précédent, POMPONIUS dit qu'il faut examiner ce qu'il y a de fait: en effet, il est possible que le délai de cinq ans n'ait pas été établi pour que quelque chose fasse l'objet d'une donation.

1.66. *ULPIANUS, D. 39.5.19.1:*

«*Labeo scribit extra causam donationum esse talium officiorum mercedes ut puta: si tibi adfuero, si satis pro te dedero, si qualibet in re opera vel gratia mea usus fueris*».

LABEO écrit que sont exemptées de la cause de donation les récompenses des services tels que par exemple: si je t'ai assisté, si j'ai donné assez pour toi, si tu as utilisé mes services ou mes faveurs dans quelque affaire.

1.67. *ULPIANUS, D. 39.5.19.5:*

«*Sed et hae stipulationes, quae ob causam fiunt, non habent donationem*».

Et ces stipulations, qui se produisent en vertu d'une *causa*, ne sont pas des donations.

1.68. *ULPIANUS, D. 39.5.19.6:*

«*Denique Pegasus putabat, si tibi centum spondero hac condicione, si iurasses te nomen meum laturum, non esse donationem, quia ob rem facta est, res secuta est*».

Enfin, PEGASUS pensait que, si je t'avais promis cent à la condition que tu eusses juré que tu porterais mon nom, ce n'était pas une donation parce que la prestation a été faite dans un but et s'est réalisée.

1.69. *IULIANUS, D. 39.5.2.7:*

«*Titio [tertio] decem donavi ea condicione, ut inde Stichum sibi emeret: quaero, cum homo antequam emeretur mortuus sit, an aliqua actione decem recipiam. Respondit [respondi]: facti magis quam iuris quaestio est: nam si decem Titio in hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus, mortuo Sticho condicione repetam: si vero alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim in hoc me dare, ut Stichum emeret, causa magis donationis quam condicio dandae pecuniae existimari debet et mortuo Sticho pecunia apud titium remanebit*».

J'ai donné dix à Titius à la condition qu'il achète Stichus: je demande, puisque l'homme est mort avant d'avoir été acheté, si je peux récupérer dix par quelque action. J'ai répondu: c'est plus une question de fait que de droit: car si j'ai donné dix à Titius, afin qu'il achète Stichus, sans quoi je ne lui aurais pas donné, je répéterai par la *condictio* en cas de mort de Stichus; mais si, par contre, en d'autres circonstances, j'avais l'intention de donner dix à Titius parce qu'entre-temps il avait proposé d'acheter Stichus,

j'aurais dit que je donnais, afin qu'il achète Stichus, la cause de faire une donation devra être davantage considérée que la condition de donner les deniers, et en cas de mort de Stichus, l'argent restera chez Titius.

1.70. PAULUS, D. 39.6.35.3:

«Ergo qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit, scilicet ut, cum convaluerit, reddatur sibi: nec dubitaverunt Cassiani, quin conditione repeti possit quasi re non secuta propter hanc rationem, quod ea quae dantur aut ita dantur, ut aliquid facias, aut ut ego aliquid faciam, aut ut Lucius Titius, aut ut aliquid optingat, et in istis conditio sequitur».

Donc celui qui fait un don pour cause de mort, dans la mesure où il pense à son propre intérêt, contracte une affaire, pour qu'évidemment on lui rende, s'il retrouve la santé: les Cassiens n'ont pas douté qu'il soit possible de répéter par une *conditio* comme si la chose n'avait pas été exécutée, en vertu du raisonnement qui dit que, ce qui est donné, est donné soit de sorte à ce que tu fasses quelque chose, soit de sorte à ce que soit moi soit Lucius Titius fassions quelque chose, soit de sorte à obtenir quelque chose; et, dans ces cas, on intente une *conditio*.

1.71. IULIANUS, D. 41.1.36:

«Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus».

Quand nous sommes d'accord sur l'objet qui est délivré, mais que nous sommes même divisés sur les causes, je ne vois pas pourquoi la tradition n'aurait pas d'effet, par exemple si moi je croyais que j'étais obligé par un testament à te remettre un fonds, et que toi tu pensais qu'il t'était dû par stipulation. Car, si je te remettais une somme d'argent comptant pour te la donner, et que toi tu la recevais comme un prêt, il est établi que la propriété passe à toi et que le fait que nous divergions à propos de la cause de donner et de recevoir n'est pas un obstacle.

1.72. ULPIANUS, D. 44.4.2.3 in fine:

«Proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est nec credit et si certa fuit causa stipulationis, quae tamen aut non est secuta aut finita est, dicendum erit nocere exceptionem».

Par la suite, si on a promis de l'argent par stipulation pour faire crédit et qu'on n'a pas fait crédit, il faudra dire que l'exception est nuisible, même si la cause de la stipulation qui n'a pas été exécutée ou a pris fin, était certaine.

1.73. *GAIUS, D. 44.7.1.1:*

«*Obligationes ex contractu aut re contrahuntur aut verbis aut consensu*».

Les obligations se contractent soit par le transfert de la chose soit par les paroles soit par le consensus.

1.74. *GAIUS, D. 44.7.1.2 in fine:*

«*damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi eiusdem generis et qualitatis*».

Nous donnons [des choses] pour qu'elles deviennent la propriété de celui qui reçoit; par la suite nous en recevrons d'autres de même genre et de même qualité.

1.75. *PAULUS, D. 44.7.3 pr.:*

«*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquid corpus nostrum aut servitatem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*».

L'essence de l'obligation ne consiste pas dans le fait de rendre un corps ou une servitude nôtre, mais d'engager un autre à nous donner, faire ou fournir quelque chose.

1.76. *PAULUS, D. 44.7.3.1:*

«*Non satis autem est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur*».

Pour qu'une obligation naisse, il ne suffit pas que l'argent chiffré appartienne à celui qui donne et devienne la propriété de celui qui reçoit, mais il faut encore qu'il soit donné et reçu avec l'intention de constituer une obligation.

1.77. *ULPIANUS, D. 50.16.19 in medio:*

«*contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem*».

[M]ais le contrat (crée) une obligation de part et d'autre, ce que les Grecs appellent συνάλλαγμα, par exemple l'achat-vente, la location-conduction, la société.

2. Institutiones

2.1. *IUSTINIANUS, Inst. 2.20.31:*

«*Longe magis legato falsa causa non nocet. veluti cum ita quis dixerit: 'Titio, quia absente me negotia mea curavit, Stichum do lego', vel ita: 'Titio, quia patrocínio eius capitali crimine liberatus sum, Stichum do lego': licet enim neque negotia testatoris umquam gessit Titius neque patrocínio eius liberatus est, legatum tamen valet. sed si condicionaliter enuntiata fuerit causa, aliud iuris est. veluti hoc modo: 'Titio, si negotia mea curaverit, fundum do lego'».*

Une cause fausse ne nuit de loin pas davantage à un legs. Comme si quelqu'un dit «Je lègue Stichus à Titius parce qu'en mon absence il s'est occupé de mes affaires» ou «je lègue Stichus à Titius parce que j'ai été acquitté d'une accusation capitale grâce à sa défense»: en effet, bien que Titius ne se soit jamais occupé d'affaires de testateur et que je n'ai pas été acquitté grâce à sa défense, le legs est pourtant valable. Mais si la cause a été énoncée au conditionnel, c'est un autre cas juridique. Comme dans cette situation: «Je lègue un fonds à Titius, s'il s'est occupé de mes affaires».

2.2. *IUSTINIANUS, Inst. 3.23.2:*

«*sed Proculi sententia, dicentis permutationem propriam esse speciem contractus a venditione separatam, merito praevaluit*».

Mais l'avis de PROCULUS qui dit que la *permutatio* propre est une sorte de contrat distinct de la vente a prévalu a juste titre.

3. Codex

3.1. *C. I. 4.6.5:*

«*Si militem ad negotium tuum procuratorem fecisti, cum hoc legibus interdictum sit, ac propter hoc pecuniam ei numerasti, quidquid ob causam datum est, causa non secuta restitui tibi competens iudex curae habebit*».

Si tu as nommé un soldat procureur de ton affaire, bien que ce soit interdit par les lois, et que pour cela tu lui as versé de l'argent, si la chose n'a pas suivi, un juge compétent prendra soin que ce qui a été donné en vertu d'une cause te soit restitué.

3.2. *C. I. 4.6.10:*

«*Pecuniam a te datam, licet causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu secuta non est, minime repeti posse certum est*».

Il est certain que l'argent que tu as donné ne peut pas du tout être répété, bien que la cause pour laquelle tu l'as donné n'ait pas été exécutée, non par la faute de celui qui reçoit, mais en raison d'un événement fortuit.

B. Scholia ad Basilica

Scholia 2 ad Basilica 11.1.7:

«Κυρίλλου. [...] εἰ δὲ καὶ ὑπεστιν αἰτία, οἷον δόσις ἐπὶ δόσει ἢ ποιήσει, συνάλλαγμα τὸ γεγονὸς καὶ τίκεται πολιτικῆ ἀγωγῇ·

Sed et si causa subest, veluti datio ad dandum aliquid vel faciendum, quod factum est, contractus est, et nascitur civilis actio».

De CYRILLOS. [...] Mais même s'il y a une cause sous-jacente, par exemple une dation pour donner ou pour faire quelque chose, ce qui a été fait est un contrat et un action civile naît.

C. ARISTOTELES, *Ethica Nicomachea*

ARISTOTELES, EN 5.1131a.2:

«τούτου δὲ μέρη δύο: τῶν γὰρ συναλλαγμάτων τὰ μὲν ἐκούσια ἐστὶ τὰ δ' ἀκούσια, ἐκούσια μὲν τὰ τοιάδε οἷον πρᾶσις (vente) ὠνή (achat) δανεισμὸς (prêt) ἐγγύη (gage) χρῆσις (usage) παρακαταθήκη (dépôt confié à quelqu'un) μίσθωσις (bail) (ἐκούσια δὲ λέγεται, ὅτι ἡ ἀρχὴ τῶν συναλλαγμάτων τούτων ἐκούσιος) [...]».

Il y en a deux catégories: en effet, parmi les contrats, les uns sont volontaires et les autres sont involontaires; les volontaires sont ceux comme la vente, l'achat, le prêt, le gage, l'exploitation, le dépôt, le bail (on les appelle volontaires parce que l'initiation de ces contrats est faite sur une base volontaire).

Bibliographie des sources primaires

A. Editions des sources primaires juridiques

Basilicorum libri LX:

SCHELTEMA (ed.), *Basilicorum libri LX*, Series B volumen I, Scholia in libros I-XI, Groningen (J.B. Wolters M. Nijhoff) 1953.

SCHELTEMA/VAN DER WAL (eds.), *Basilicorum libri LX*, Series A volumen III, Textus librorum XVII-XXV, Groningen (J.B. Wolters M. Nijhoff) 1960.

Corpus Brachylogus:

BOECKING (ed.), *Corpus Legum sive Brachylogus iuris civilis, ad fidem quattuor codicum scriptorum et principium editionum emendavit commentarios criticos locorum simili annotationem notitiam letterariam indicesque adiecit ineditam incerti scriptoris, Epitomen iuris civilis medio duodecimo saeculo factam ex codice tubingensi*, Berolini (Impensis F. Duemmleri) 1829.

Corpus Iuris Civilis:

BEHRENDT/KNÜTEL/KUPISCH/SEILER (Hrsg.), *Corpus iuris civilis. Text und Übersetzung*, Heidelberg (Müller).

– Vol. 2: *Digesten 1-10*, 1995.

– Vol. 3: *Digesten 11-20*, 1999.

– Vol. 4: *Digesten 21-27*, 2005.

MOMMSEN/KRUEGER (eds.), *Corpus Iuris Civilis*, editio stereotypa, volumen prius, *Institutiones* recognovit KRUEGER, *Digesta* recognovit MOMMSEN, Berolini (Weidmann) 1877.

MOMMSEN/KRUEGER (eds.), *Corpus Iuris Civilis*, vol. 1, 1. Aufl., *Institutiones* recognovit KRUEGER, *Digesta* recognovit MOMMSEN, retractavit KRUEGER, Hildesheim (Weidmann) 1908.

MOMMSEN/KRUEGER (eds.), *Corpus Iuris Civilis*, vol. 1, 24. Aufl., *Institutiones* recognovit KRUEGER, *Digesta* recognovit MOMMSEN, retractavit KRUEGER, Hildesheim (Weidmann) 1988 [Nachdruck der 17. Auflage von 1963].

WATSON (ed.), *The Digest of Justinian*, 2 vol., Philadelphia (University of Pennsylvania Press) 1998.

Fontes iuris Romani anteiustiniani:

RICCOBONO/BAVIERA/FURLANI/ARANGIO-RUIZ (eds.), *Fontes iuris Romani anteiustiniani*, 2^a ed., vol. 1 (*Leges*, ed. RICCOBONO, Firenze (1941), Neudr. Firenze (1968)), vol. 2 (*Auctores*, eds. BAVIERA et FURLANI, 1940, Neudr. Firenze (1968)); *Negotia*, ed. ARANGIO-RUIZ, Firenze (1968) [Neuaufgabe mit Appendix der ersten Auflage von 1943].

Gaius, Institutiones:

MANTHE (Hrsg.), *Gaius Institutiones*, Darmstadt (Wissenschaftliche Buchgesellschaft) 2004.

Justiniani Augusti Pandectarum (facsimile):

CORBINO/SANTALUCIA (eds.), *Justiniani Augusti Pandectarum, Codex florentinus*, Riproduzione in facsimile, Firenze (Leo S. Olschki Editore) 1988.

B. Editions des sources primaires non juridiques

ARISTOTELES, Ethica Nicomachea:

BYWATER (ed.), *Aristoteles: Ethica Nicomachea*, Oxford (Clarendon Press) 1949 [réimpression de la 1^{re} édition de 1894].

CICERO, Verres:

KING (ed.), *Cicero: Q. Caecilium divinatio and in C. Verrem actio prima*, ed. with introd. and notes, Oxford (Clarendon Press) 1887.

CICERO, Trium Orationum:

QUINTUS ASCONIUS PEDIANUS (ed.), *Cicero: Trium orationum in Clodium et Curionem de aere alieno Milonis de rege Alexandrino fragmenta inedita; Item ad tres praedictas orationes et ad alias Tullianas quatuor editas commentarius antiquus ineditus, qui videtur Asconii Pediani; scholia insuper antiqua et inedita quae videntur excerpta e commentario deperdito ejusdem Asconii Pediani ad alias rursus quatuor Ciceronis editas orationes*, Milano (typis Joannis Pirotae) 1814.

ISIDORUS, Etymologiarum sive originum:

LINDSAY (ed.), *Isidori Hispalensis Etymologiarvm sive originvm, Libri XX, T. II, libros XI-XX*, Oxford (E. Typographeo Clarendoniano) 1985 [réimpression de la 1^{re} édition de 1911].

CASSIODORUS, *Expositio psalmodum*:

ADRAIEN (ed.), *Magni Avrelii Cassiodori Expositio psalmodum LXXI-CL*, Turnholt (Typographi Brepols) 1958.

PLAUTUS, *Mercator*:

ENK (ed.), *Plautus: Mercator, cum prolegomenis, notis criticis, commentario exegetico*, Lugduni Batavorum (A.W. Sijthoff) 1966 [réimpression de la 1^{re} édition de 1932].

SCAURUS, *De orthographia*:

KEIL (ed.), *Grammatici latini, vol. 7, Scriptores de orthographia: Terentius Scaurus, Velius Longus, Caper, Agroecius, Cassiodorius Martyrius, Beda, Albinus audacis excerpta, Dosithei Ars grammatica, Arusiani Messii Exempla elocutionum, Cornelii Frontonis Liber. De differentiis, fragmenta grammatica, Index scriptorum*. Hildesheim (Georg Olms) 1961 [réimpression de la 1^{re} édition de 1880].

C. Sources juridiques modernes

Code civil français (1804).

Code civil suisse (1907), RS 210.

Code des obligations (1911) = *Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations)*, RS 220.

Projet Catala (2005) = CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription. Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription du 22 septembre 2005*, Paris (La Documentation française) 2006.

Projets Terré = *Projets de réforme du droit des contrats et du régime général de l'obligation élaborés en 2008 et 2013*.

Rapport de l'Assemblée Nationale n° 429 (2017) = *Rapport de l'Assemblée Nationale n° 429 sur le projet de loi, adopté par le Sénat, ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (n° 315)*.

D. Dictionnaires et ouvrages techniques de la langue latine

BRISSON (1743) = BRISSON, *De verborum quae ad jus civile pertinent significatione: opus praestantissimum in meliorem commodioremque ordinem redactum innumeris mendis emaculatum et post aliorum curas plurimis accessionibus, observationibusque philologicis, criticis, juridicis locupletatum*, Halae Magdeburgicae (Impensis Orphanotrophi) 1743.

Dictionnaire électronique des synonymes, élaboré par l'équipe de recherche CRISCO (Centre de recherches inter-langues sur la signification en contexte).

- Duden Deutsches Universalwörterbuch*, 9. vollständig überarbeitete und erweiterte Aufl., Berlin (Dudenverlag) 2019.
- ERNOUT/MEILLET (2001) = ERNOUT/MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine, Histoire des mots*, tirage de la 4^e éd., augmenté d'additions et de corrections par ANDRÉ, Paris (Klincksieck) 2001[1^{re} éd. 1932].
- GAFFIOT (2005) = GAFFIOT, *Le grand Gaffiot: Dictionnaire latin-français*, 3^e éd. revue et augmentée sous la direction de FLOBERT, Paris (Hachette) 2005.
- HEUMANN/SECKEL (1907) = HEUMANN/SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9. Aufl., Jena (G. Fischer) 1907.
- KÜHNER/STEGMANN (1912) = KÜHNER/STEGMANN, *Ausführliche Grammatik der lateinischen Sprache, zweiter Band: Satzlehre*, erster Teil, 2. Aufl., Hannover (Hahnsche Buchhandlung) 1912.
- LIDDELL/SCOTT/JONES (1996) = LIDDELL/SCOTT/JONES, *A Greek-English Lexicon*, 9. ed. with new supplement added, Oxford (Oxford University Press) 1996 [1st edition 1843].
- Oxford Latin Dictionary*, Oxford (Clarendon Press) 1968.
- Langenscheidts Grosswörterbuch Französisch*, Teil II, Deutsch-Französisch, überarbeitet und erweitert von GOTTSCHALK und BENTOT, 11. Aufl., Berlin (Langenscheidt) 1979.
- WALDE (1938) = WALDE, *Lateinischer Etymologisches Wörterbuch*, 3. Aufl., überarbeitet par HOFMANN, Bd. I, A-L, Heidelberg (Carl Winter's Universitätsbuchhandlung) 1938.
- Thesaurus Linguae Latinae*, editus iussu et auctoritate consilii ab academiis societati-busque diversarum nationum electi, Vol. 10.3: Porta-Primaevitas, Lipsiae (B.G. Teubneri) 1980-1995.
- Trésor de la langue française, Dictionnaire de la langue du XIX^e et du XX^e siècle (1789-1960)*, Paris (Gallimard).
- Vol. 8: épicycle-fuyard, 1980.
 - Vol. 11: lot-natalité, 1985.
 - Vol. 14: -ptère-salud, 1990.

Bibliographie des sources secondaires

- ACCARIAS (1866) = ACCARIAS, *Théorie des contrats innommés et explication du titre 'De praescriptis verbis' au digeste*, Paris (Ancienne maison de E. Dujardin Retaux Frères libr. éd.) 1866.
- ALBANESE (1982) = ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto romano*, Palermo (Università di Palermo) 1982.
- ALBERS/PATTI/PERROUIN-VERBE (à paraître) = ALBERS/PATTI/PERROUIN-VERBE (Hrsg.), *Causa contractus – Auf der Suche nach den Bedingungen der Wirksamkeit des vertraglichen Willens*, Tübingen (Mohr Siebeck) à paraître.
- ALBERTARIO (1936) = ALBERTARIO, «Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del Codice civile», in: *Studi di diritto romano*, vol. 3, Milano 1936, pp. 71-94. (= «Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del Codice Civile», *RDC* 21 (1923) 494-512)
- AMELOTTI (1953) = AMELOTTI, *La donatio mortis causa in diritto romano*, Milano (Giuffrè) 1953.
- ARANGIO-RUIZ (1949) = ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 10^a ed., Napoli (Jovene) 1949.
- ARCES (2013) = ARCES, *Studi sul disporre mortis causa. Dall'età decemvirale al diritto classico*, Lecce (LED) 2013.
- ARCHI (1960) = ARCHI, *La donazione, Corso di diritto romano*, Milano (Giuffrè) 1960.
- ARCHI (1971) = ARCHI, «Donare e negotium gerere» in: *Studi in onore di E. Volterra*, vol. 1, Milano (Giuffrè) 1971, pp. 669-692.
- ASTUTI (1952) = ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, Milano (Giuffrè) 1952.
- AUBRY/RAU (1942) = AUBRY/RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, vol. 4, 6^e éd. revue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par E. BARTIN (vol. 1 à 4), Paris (Editions Techniques) 1942.
- BABUSIAUX (2006) = BABUSIAUX, «*Id quod actum est*»: zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozess, München (C.H. Beck) 2006.

- BABUSIAUX (2014) = BABUSIAUX, «Quod Graeci ... vocant – Emblematischer Codewechsel in den Juristenschriften», in: HALLEBEEK/SCHERMAIER/FIORI/METZGER/CORIAT (eds.), *Inter cives necnon peregrinos, Essays in honour of Boudewijn Sirks*, Göttingen (VR unipress) 2014, pp. 35-59.
- BAUMGARTEN (1934) = BAUMGARTEN, «Bemerkungen zur Lehre von der causa», in: *Beiträge zum Handelsrecht. Festgabe zum 70. Geburtstag von Carl Wieland*, Basel (Helbing & Lichtenhahn) 1934, pp. 1-11.
- BEHREND (1990) = BEHREND, «Anthropologie juridique de la jurisprudence classique romaine», *RHDFE* 68 (1990) 337-362.
- BEHREND (2001) = BEHREND, *Die condictio causa data causa non secuta*, in: WACKE/KNOTHE/KOHLER (Hrsg.), *Status familiae: Festschrift für Andreas Wacke zum 65. Geburtstag, am 28. April 2001*, München (C. H. Beck) 2001, pp. 15-64.
- BENEDEK (1962) = BENEDEK, «Die iusta causa traditionis im römischen Recht», *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* 4 (1962) 117-171.
- BENÖHR (1965) = BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg (De Gruyter) 1965.
- BESELER (1925) = BESELER, «Miscellanea», *ZSS* 45 (1925) 188-265.
- BESELER (1926) = BESELER, «Einzelne Stellen», *ZSS* 46 (1926) 267-275.
- BETTI (1915) = BETTI, «Sul valore dogmatico della categoria <contrahere> in giuristi proculieiani e sabiniani», *BIDR* 28 (1915) 3-96.
- BETTI (1930) = BETTI, «Il dogma bizantino della φύσις τῆς παραδόσεως e la irrelevanza del dissenso nella causa della tradizione», in: *Studi in onore di Bonfante I: nel XL anno d'insegnamento*, Milano (Fratelli Treves Editori) 1930, pp. 303-333.
- BETTI (1947) = BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, vol. 1, 2^a ed., Padova (CEDAM) 1947.
- BETTI (1962) = BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, vol. 2, 2^a ed., Padova (CEDAM) 1962.
- BIONDI (1953) = BIONDI, *Contratto e stipulatio: corso di lezioni*, Milano (Giuffrè) 1953.
- BIONDI (1955) = BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, 2^a ed., Milano (Giuffrè) 1955.
- BIONDI (1965) = BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, 4^a ed., Padova (CEDAM) 1965.
- BIROCCHI (1997) = BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto: un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'Età moderna*, Torino (Giappichelli) 1997.
- BISCARDI (1983) = BISCARDI, «Quod Graeci Synallagma vocant», *Labeo* 29 (1983) 127-139.

- BISCOTTI (2002) = BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa: aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, Milano (Giuffrè) 2002.
- BONFANTE (1926) = BONFANTE, «Il contratto e la causa del contratto», in: *Scritti giuridici III, Obbligazioni, comunione e possesso*, Torino (Unione Topografico – Editrice Torinese) 1926, pp. 125-134. (= «Il contratto e la causa del contratto», *RDC* 6 (1908) 115-125)
- BONFANTE, *Evoluzione* (1926) = BONFANTE, «Sulla genesi e l'evoluzione del contractus», in: *Scritti giuridici III, Obbligazioni, comunione e possesso*, Torino (Unione Topografico – Editrice Torinese) 1926, pp. 107-124. (= «Sulla genesi e l'evoluzione del contractus», *Rendiconti dell'Istituto Lombardo di scienze e lettere* 40 (1907) 888-902)
- BONFANTE (1946) = BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, 10^a ed., Torino (Giappichelli) 1946.
- BUCKLAND (1968) = BUCKLAND, *A text-book of Roman law from Augustus to Justinian*, 3rd ed., Cambridge (University Press) 1968.
- BURDESE (1988) = BURDESE, «Osservazioni in tema di cd. contratto innominati», in: *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias con motivo de sus bodas de oro con la enseñanza*, vol. 1, Madrid (Benzal) 1988, pp. 127-156.
- BURDESE (2001) = BURDESE, *Divagazioni in tema di contratto romano tra forma, consenso e causa*, in: *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, vol. 1, Napoli (Jovene) 2001, pp. 315-353.
- CANNATA (1992) = CANNATA, «Iul. D. 41.1.36: una <interpolazione occasionale>», in: *Incontro con Giovanni Pugliese: [Istituto di diritto romano, Università di Milano] 18 aprile 1991*, Milano (Giuffrè) 1992, pp. 67-76.
- CANNATA (1995) = CANNATA, «Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligierungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit», in: FEENSTRA/HARTKAMP/SPRUIT/SIJPENSTEIJN/WINKEL (éds.), *Collatio juris romani: études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65^{ème} anniversaire*, Amsterdam (Gieben) 1995, pp. 59-70.
- CANNATA (1995) = CANNATA, «Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno», in: *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, vol. 12, Torino (Unione tipografica-Editrice Torinese) 1995, pp. 408-457.
- CANNATA (1997) = CANNATA, «Contratto e causa nel diritto romano», in: VACCA (ed.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica: 2. congresso internazionale ARISTEC* (Palermo-Trapani 7-10 giugno 1995), Torino (Giappichelli) 1997, pp. 35-61.
- CANNATA (2012) = CANNATA, «Contratto e causa nel diritto romano», in: VACCA (ed.), *Scritti scelti di diritto romano II*, Torino (Giappichelli) 2012, pp. 301-325.

- CANNATA (2014) = CANNATA, «Labeone, Aristone e il synallagma», in: VACCA (ed.), *Scritti scelti di diritto romano III*, Torino (Giappichelli) 2014, pp. 57-113.
- CAPITANT (1927) = CAPITANT, *De la cause des obligations (contrat, engagements unilatéraux, legs)*, 3^e éd., Paris (Dalloz) 1927.
- CASCIONE (2003) = CASCIONE, *Consensus : problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*. Napoli (Ed. Scientifica) 2003.
- CERAMI (1976) = CERAMI, «D. 2.14.5 (Ulp. 4 ad. ed.). Congetture sulle <tres species conventionum>», *Annali del seminario giuridico della Università di Palermo* 36 (1976) 123-217.
- CERAMI (1978) = CERAMI, «D. 39.5.21.1 (Una controversa testimonianza celsina in tema di <delegatio promittendi causa>)», *SDHI* 44 (1978) 139-190.
- CERAMI (1982) = CERAMI, «Vulgaria actionum nomina ed agere praescriptus verbis in D. 19.5.2, Cels. 8 Dig.», *Iura* 33 (1982) 121-131.
- CARBONNIER (1992) = CARBONNIER, *Droit civil, tome 4, Les obligations*, 16^e éd., Paris (PUF) 1992.
- CERUTTI (2008) = CERUTTI, *Tra gratuità e onerosità: la donazione gravata da un onere*, Genève/Bâle/Zurich (Schulthess) 2008.
- CHAPPUIS (2008) = CHAPPUIS, «Le renoncement à la cause et à la <considération> dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats», *Uniform Law Review* 13 (2008) pp. 253-291.
- CHAUDET (1973) = CHAUDET, *Condictio causa data causa non secuta: critique historique de l'action en enrichissement illégitime de l'art. 62 al. 2 CO*, Thèse, Lausanne (Imprimerie Vaudoise) 1973.
- CHEVREAU (2013) = CHEVREAU, «La cause dans le contrat en droit français: une interprétation erronée des sources du droit romain», *Revue des contrats* (2013) 11-24.
- COLLINET (1934) = COLLINET, «L'invention du contrat innommé: le responsum d'Ariston (Dig. 2,14,4,2) et la question de Celsus (Dig. 12,4,16)», in: VALLINDAS (ed.), *Mnemosyna Pappulias*, Athen (Pyrros) 1934, pp. 93-100.
- CORBINO (2013) = CORBINO, «Fondamento e presupposti della condictio causa data causa non secuta», in: PALMA (ed.), *Civitas et civilitas. Studi in onore di Francesco Guizzi*, Torino (Giappichelli) 2013, pp. 149-161.
- CORTESE (2013) = CORTESE, *Quod sine iusta causa apud aliquem est potest condici*, Napoli (Jovene) 2013.
- CRISTALDI (2007) = CRISTALDI, «Dedi tibi pecuniam ut mihi stichum dares a margine di d. 12.4.16», in: *Studi per Giovanni Nicosia*, vol. 3, Milano (Giuffrè) 2007, pp. 67-117.
- CUIGNET (1959) = CUIGNET, «De la <iusta causa traditionis> et des fragments 36, D. <de adq. rer. dominio>, 41, 1 et 18 (18, 1), D. <de reb. cred.>, 12, 1», *RIDA* 6 (1959) 293-312.

- DALLA MASSARA (2004) = DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto: Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova (CEDAM) 2004.
- DALLA MASSARA (2006) = DALLA MASSARA, «Sul responsum di Aristone in D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 ad ed.): l'elaborazione del concetto di causa del contratto», in: BURDESE (ed.), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova (CEDAM) 2006, pp. 276-335.
- DALLA MASSARA (2009) = DALLA MASSARA, «La causa del contratto nel pensiero di Aristone: della necessità di un concetto», *Seminarios complutenses de derecho romano* 22 (2009) 251-292.
- DALLA MASSARA (2013) = DALLA MASSARA, «Come nasce un'idea: la causa del contratto», *Legal Roots* 2 (2013) 353-384.
- DESPOTOPOULOS (1968) = DESPOTOPOULOS, «La notion de synallagma chez Aristote», in: *Archives de Philosophie du droit*, tome 13, Paris (Sirey) 1968, pp. 115-127.
- DEROUSSIN (2007) = DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Paris (Economica) 2007.
- DE FRANCISCI (1916) = DE FRANCISCI, *Synallagma: storia e dottrina dei contratti innominati*, vol. 2, Pavia (Mattei) 1916.
- DE SARLO (1948) = DE SARLO, «Saggio sulla dottrina della causa petendi nel diritto romano», *BIDR* 51/52 (1948) 99-186.
- DE VISSCHER (1923) = DE VISSCHER, *La condictio et le système de la procédure formulaire*, Gand (Libr. A. Buyens) 1923.
- DIÓSDI (1971) = DIÓSDI, «Pacta nuda servabo? Nuovi dubbi intorno ad un vecchio problema», *BIDR* 13 (1971) 89-106.
- DIÓSDI (1981) = DIÓSDI, *Contract in Roman law: from the twelve tables to the Glossators*, Budapest (Akadémiai Kiadó) 1981.
- DONADIO (2010) = DONADIO, «L'idea di contratto nel pensiero giuridico romano», in: CHERTI (ed.), *La nozione di contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali didattici*, Padova (CEDAM) 2010, pp. 1-56.
- DONATUTI (1951) = DONATUTI, «Le causae delle condictiones», *Studi Parmensi* 1 (1951) 33-169.
- EFFER-UHE (2008) = EFFER-UHE, *Die Wirkung der «condicio» im römischen Recht*, Baden-Baden (Nomos) 2008.
- EHRHARDT (1930) = EHRHARDT, *Iusta causa traditionis, Eine Untersuchung über den Erwerb des Eigentums nach römischem Recht*, Berlin/Leipzig (De Gruyter) 1930.
- ENGEL (1997) = ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse. Dispositions générales du CO*, 2^e éd., Berne (Stämpfli) 1997.

- ERNST (2005) = ERNST, «Die «datio ob rem» als Austauschgeschäft: ein Beitrag zu einseitig geregelten Geschäftsvorgängen im Verkehrsrecht», in: ERNST/JAKAB (eds), «*Usus antiquus juris Romani*»: antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung, Berlin (Springer) 2005, pp. 29-58.
- EVANS-JONES/MACCORMACK (1989) = EVANS-JONES/MACCORMACK, «Iusta causa traditionis», in: BIRKS (ed.), *New perspective in the Roman law of property: essays for Barry Nicholas*, Oxford (Clarendon Press) 1989, pp. 99-109.
- FALCONE (1999) = FALCONE, «L'origine della definizione di συναλλαγμα nella Parafraresi di Teofilo. 1. Le fonti», *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 11 (1999) 27-38.
- FARGNOLI (2001) = FARGNOLI, «*Alius solvit alius repetit*»: studi in tema di *indebitum condicere*, Milano (Giuffrè) 2001.
- FARGNOLI (2019) = FARGNOLI, «*Einführung: Die posthume Publikation eines romanistischen Meisterwerks von Philipp Lotmar*», in: LOTMAR, *Das römische Recht vom Error*, herausgegeben und eingeleitet von FARGNOLI (Hrsg.), Frankfurt am Main (Vittorio Klostermann) 2019, pp. vii-xxxii.
- FAURE (1927) = FAURE, *Essai sur la cause des obligations en droit suisse*, St-Maurice (Impr. de l'œuvre St-Augustin) 1927.
- FERCIA (2017) = FERCIA, «Principio di utilizzazione negoziale e «iusta causa traditionis»», *Legal Roots* 6 (2017) 121-150.
- FERRINI (1929) = FERRINI, *Sulla teorie generale dei «pacta»*, *Opere di Contardo Ferrini vol. 3, Studi vari di diritto romano e moderno: (sulle obbligazioni, sul negozio giuridico, sulle presunzioni)*, Milano (Hoepli) 1929.
- FIORI (2012) = FIORI, ««Contrahere» in Labeone», in: CHEVREAU/HUMBERT (éds.), *Carmina iuris: mélanges en l'honneur de Michel Humbert*, Paris (De Boccard) 2012, pp. 311-331.
- FLUME (1990) = FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis: römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn (Schöningh) 1990.
- FREUDENTHAL (1911) = FREUDENTHAL, *Zur Entwicklungsgeschichte der römischen Conductio*, Breslau (Marcus) 1911.
- GALLO (1988) = GALLO, «Eredità di Labeone in materia contrattuale», in: *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano: Milano, 7-9 aprile 1987*, vol. 1, Milano (Cisalpino-Goliardica) 1988, pp. 41-59.
- GALLO (1992) = GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto: ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne: corso di diritto romano*, vol. 1, Torino (Giappichelli) 1992.
- GALLO (1995) = GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto: ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne: corso di diritto romano*, vol. 2, Torino (Giappichelli) 1995.

- GALLO (1997) = GALLO, «Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni», in: VACCA (ed.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica: 2. congresso internazionale ARISTEC* (Palermo-Trapani 7-10 giugno 1995), Torino (Giappichelli) 1997, p. 63-83.
- GANS (1819) = GANS, *Ueber Römisches Obligationenrecht, insbesondere über die Lehre von den Innominatcontracten und dem Jus Poenitendi: Drei civilistische Abhandlungen*, Heidelberg (Mohr und Winter) 1819.
- GAUDEMET (1937) = GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris (Dalloz) 1937.
- GAUDEMET (1953) = GAUDEMET, «Recensioni critiche», *Iura* 4 (1953) 314-320.
- GEORGESCU (1936) = GEORGESCU, *Le mot causa dans le latin juridique*, Bucarest (Imprimerie Nationale) 1936.
- GEORGESCU (1940) = GEORGESCU, *Etudes de philologie juridique et de droit romain, Les rapports de la philologie classique et du droit romain, vol. I*, Paris (Les Belles Lettres) 1940.
- GHESTIN (2006) = GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris (LGDJ) 2006.
- GIFFARD (1957) = GIFFARD, «L'actio civilis incerti et le synallagma (D. 2,14,7)», *RHDFE* 35 (1957) 337-346.
- GIFFARD (1972) = GIFFARD, *Etudes de droit romain*, Paris (Cujas) 1972.
- GIFFARD/VILLERS (1976) = GIFFARD/VILLERS, *Droit romain et ancien droit français: les obligations*, 4^e éd., Paris (Dalloz) 1976.
- GIRARD (1906) = GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 4^e éd. revue et augmentée, Paris (Rousseau) 1906.
- GLÜCK (1905) = GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, vol. 12, tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col codice civile del regno d'Italia; direttori SERAFINI [et al.], tradotto ed annotato da BERTOLINI [et al.], Milano (Società editrice libraria) 1905.
- GOLECKI (2013) = GOLECKI, «Synallagma as a Paradigm of Exchange: Reciprocity of Contract in Aristotle and Game Theory», in: HUPPES-CLUYSENSAER (ed.), *Aristotle and the philosophy of law: theory, practice and justice*, Dordrecht (Springer) 2013, pp. 249-264.
- GORDON (1989) = GORDON, «The importance of the <i>iusa causa of traditio>», in: BIRKS (ed.), *New perspective in the roman law of property: essays for Barry Nicholas*, Oxford (Clarendon Press) 1989, pp. 70-83.
- GRÖSCHLER (2009) = GRÖSCHLER, «Auf den Spuren des Synallagma – Überlegungen zu D. 2.14.7.2 und D. 50.16.19», in: BENKE/MEISSEL (Hrsg.), *Antike – Recht – Geschichte: Symposion zu Ehren von Peter E. Pieler*, Frankfurt a.M. (Lang) 2009, pp. 51-72.

- GROSSO (1960) = GROSSO, «Causa del negozio giuridico», in: *Enciclopedia del diritto VI*, 1960, pp. 532-535. (= «Causa del negozio giuridico», in: *Scritti storici giuridici, tomo III, Diritto privato, persone, obbligazioni, successioni*, Torino (Giappichelli) 2001, pp. 684-686)
- GROSSO (1962) = GROSSO, *I legati nel diritto romano, Parte generale*, 2^a ed., Torino (1962).
- GROSSO (1963) = GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, 3^a ed., Torino (Giappichelli) 1963.
- GROSSO (1976) = GROSSO, «<Contractus> e <synallagma> nei giuristi romani», in: *Scritti in onore di Giuliano Bonfante*, vol. 1, Brescia (Paideia) 1976, pp. 341-349.
- GUARINO (1988) = GUARINO, *Diritto privato romano*, 8^a ed., Napoli (Jovene) 1988.
- GUZMÁN BRITO (2001) = GUZMÁN BRITO, «Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la codificación europea y americana», *Rivista de Estudios Histórico-Jurídicos* 23 (2001) 209-367.
- HÄHNCHEN (2003) = HÄHNCHEN, *Die causa condictio: ein Beitrag zum klassischen römischen Kondiktionenrecht*, Berlin (Duncker & Humblot) 2003.
- HARKE (2003) = HARKE, «Das klassische römische Kondiktionensystem», *Iura* 54 (2003) 49-86.
- HARKE (2005) = HARKE, *Si error aliquis intervenit – Irrtum im klassischen römischen Vertragsrecht*, Berlin (Duncker & Humblot) 2005.
- HOFMANN (1873) = HOFMANN, *Die Lehre vom titulus und modus acquirendi und von der iusta causa traditionis*, Wien (Manzschens Buchhandlung) 1873.
- HONSELL (1974) = HONSELL, *Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte: eine rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Untersuchung zu § 817 BGB*, München (C. H. Beck) 1974.
- HURNI (2014) = HURNI, «Kommentar ad Art. 17 OR», in: HONSELL (Hrsg.), *Obligationenrecht Kurz Kommentar*, Basel (Helbing Liechtenhahn) 2014, pp. 54-58.
- HUPKA (1932) = HUPKA, «Der dissensus in causa», *ZSS* 52 (1932) 1-30.
- HUSCHKE (1879) = HUSCHKE, «Kritische Versuche über streitige Pandektenstellen und Pandektenmaterien», *ACP* 62 (1879) 320-349.
- JÄGGI (1973) = JÄGGI, «Kommentar ad Art. 1 OR», in: SCHÖNENBERGER/JÄGGI, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Bd. VIa: Das Obligationenrecht, Kommentar zu den Art. 1-17 OR*, 3. völlige neubearbeitete Auflage, Zürich (Schulthess) 1973, pp. 224-406.
- JANKÉLÉVITCH (1957) = JANKÉLÉVITCH, *Le je-ne-sais-quoi et le presque rien*, Paris (PUF) 1957.
- JHERING (1923) = JHERING, *Der Zweck im Recht*, Bd. I, 6.-8. Aufl., erste Ausgabe in volkstümlicher Gestalt, Leipzig (Breitkopf & Härtel) 1923.

- JUNG (2007) = JUNG, «Das Rückforderungsrecht des Schenkers mortis causa: zugleich eine Abhandlung zu D 39,6,39 und D 39,6,35,2-3», in: PICHONNAZ/VOGT/WOLF (Hrsg.), *Spuren des römischen Rechts. Festschrift für Huwiler zum 65. Geburtstag*, Bern (Stämpfli) 2007, pp. 325-357.
- KASER (1937) = KASER, «*transactio*», *RE* 6 A (1937) pp. 2139-2147.
- KASER (1968) = KASER, *Restituere als Prozessgegenstand. Die Wirkungen der litis contestatio auf den Leistungsgegenstand im römischen Recht*, 2. Aufl., München (C. H. Beck) 1968.
- KASER (1971) = KASER, *Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht*, 2. Aufl., München (C. H. Beck) 1971.
- KASER (1975) = KASER, *Das römische Privatrecht. Zweiter Abschnitt: Die nachklassischen Entwicklungen*, 2. Aufl., München (C.H. Beck) 1975.
- KNÜTEL (1997) = KNÜTEL, «La causa nella dottrina dei patti», in: VACCA (ed.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica: 2. congresso internazionale ARISTEC* (Palermo-Trapani 7-10 giugno 1995), Torino (Giappichelli) 1997, pp. 131-144.
- KOSCHAKER (1925) = KOSCHAKER, «Bedingte Novation und pactum im römischen Recht», in: HANAUSEK/WENGER (Hrsg.), *Abhandlungen zur antiken Rechtsgeschichte: Festschrift für Gustav Hanausek zu seinem siebenzigsten Geburtstage am 4. September 1925, überreicht von seinen Freunden und Schülern*, Graz (Ulrich Moser) 1925, pp. 147-156.
- KRAMPE (2014) = KRAMPE, «Julian im dialog über mutuum, traditio und causa», *Fundamina: A Journal of Legal History* (2014) 489-499.
- KUPISCH (1987) = KUPISCH, «Arricchimento nel diritto romano, medioevale e moderno», in: *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, vol. 1, Torino (Unione tipografica-Editrice Torinese) 1987, pp. 423-446.
- KUPISCH, *Ungerechtfertigte Bereicherung* (1987) = KUPISCH, *Ungerechtfertigte Bereicherung, Geschichtliche Entwicklungen*, Heidelberg (Decker & C. F. Müller) 1987.
- LABORENZ (2014) = LABORENZ, *Solutio als causa: Die Frage des Abstraktionsprinzips im römischen Recht*, Köln/Weimar/Wien (Böhlau) 2014.
- LANGE (1930) = LANGE, *Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition*, Leipzig (Theodor Weicher) 1930.
- LANTELLA (1994) = LANTELLA, ««Ultero citroque»: appunti teorici e storici sulla <lateralità> degli atti», in: *Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di G. Provera*, Napoli (Jovene) 1994, pp. 87-132.
- LÉGIER, «La libéralité conditionnelle entre vifs en droit romain», in: *Varia: études de droit romain*, vol. 3, Paris (Sirey) 1958, pp. 155-238.

- LENEL (1889) = LENEL, «Die Lehre von der Voraussetzung (im Einblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches)», *ACP* 74 (1889) 213-239.
- LIEBS (1978) = LIEBS, «Bereicherungsanspruch wegen Misserfolg und Wegfall der Geschäftsgrundlage», *Juristenzeitung* 21 (1978) 697-703.
- LIEBS (1986) = LIEBS, «The History of the Roman *Condictio* up to Justinian», in: MACCORMICK/BIRKS (eds.), *The legal mind: Essays for Tony Honoré*, Oxford (Clarendon Press) 1986, pp. 163-184.
- LOTMAR (1875) = LOTMAR, *Über Causa im Römischen Recht: Beitrag zur Lehre von den Rechtsgeschäften*, München (Ackermann) 1875.
- LOTMAR (2019) = LOTMAR, *Das römische Recht vom Error*, herausgegeben und eingeleitet von FARGNOLI (Hrsg.), Frankfurt am Main (Vittorio Klostermann) 2019.
- LOUIS-LUCAS (1918) = LOUIS-LUCAS, *Volonté et cause, étude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, Thèse, Paris (Sirey) 1918.
- MACCORMACK (1985) = MACCORMACK, «Contractual Theory and the innominate Contracts», *SDHI* 51 (1985) 131-152.
- MACCORMACK (1995) = MACCORMACK, «The *condictio causa data causa non secuta*», in: EVANS-JONES (ed.), *The Civil Law Tradition in Scotland*, Edinburgh (The Stair Society) 1995, pp. 252-276.
- MAGDELAIN (1958) = MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du prêteur*, Paris (Sirey) 1958.
- MANTELLLO (1990) = MANTELLO, *I dubbi di Aristone*, Ancona (Casa Editrice Nuove Ricerche) 1990.
- MANTELLLO (1995) = MANTELLO, «Le classi nominali per i giuristi romani», *SDHI* 61 (1995) 217-270.
- MAYER-MALY (1991) = MAYER-MALY, *Römisches Privatrecht*, Wien/New York (Springer-Verlag) 1991.
- MAYER-MALY (1996) = MAYER-MALY, «Rezension von Behrends et al., *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, Bd. II, Digesten 1–10*», *ZSS* 113 (1996) 451-454.
- MELILLO (1970) = MELILLO, *In solutum dare: contenuto e dottrine negoziali nell'adempimento inesatto*, Napoli (Jovene) 1970.
- MELILLO (1994) = MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere: contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli (Liguori) 1994.
- MERZ (1992) = MERZ, *Vertrag und Vertragsschluss*, 2. Aufl., Freiburg (Universitätsverlag) 1992.
- MEYER-PRITZL (1998) = MEYER-PRITZL, «Pactum, conventio, contractus: zum Vertrags- und Konsensverständnis im klassischen römischen Recht», in: DUFOUR/RENS/MEYER-PRITZL/WINIGER (éds.), *Pacte, convention, contrat: mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin*, Bâle/Frankfurt-am-Main (Helbing & Lichtenhahn) 1998, pp. 99-120.

- MEYLAN (1936) = MEYLAN, «La loi 23 Dig. 46, 4 et la notion de bilatéralité du contrat de vente chez Labéon», in: *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, vol. 4, Palermo (G. Castiglia) 1936, pp. 279–311.
- MINICONI (1943/1944) = MINICONI, «Esquisse d'une histoire du mot causa», *REL* 21 (1943/1944) 82-86.
- MINICONI (1951) = MINICONI, *Causa et ses dérivés. Contribution à l'étude historique du vocabulaire latin*, Thèse, Paris (Les Belles Lettres) 1951.
- MITTEIS (1908) = MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, Leipzig (Duncker & Humblot) 1908.
- MONIER (1930) = MONIER, «Le malentendu sur la causa traditionis», in: *Studi in onore di Bonfante III: nel XL anno d'insegnamento*, Milano (Fratelli Treves Editori) 1930, pp. 217-231.
- MONIER (1948) = MONIER, *Vocabulaire de droit romain*, 4^e éd., Paris (Domat Montchrestien) 1948.
- MONIER (1954) = MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain, tome 2, Les obligations*, 5^e éd., Paris (Domat Montchrestien) 1954.
- MORIN, *Commentaire ad art. 1 CO* (2021) = MORIN, «Commentaire ad art. 1 CO», in: THÉVENOZ/WERRO (éds.), *Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO*, 3^e éd., Bâle (Helbing) 2021, pp. 8-55.
- MORIN, *Commentaire ad art. 2 CO* (2021) = MORIN, «Commentaire ad art. 2 CO», in: THÉVENOZ/WERRO (éds.), *Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO*, 3^e éd., Bâle (Helbing) 2021, pp. 56-60.
- MÜLLER (2018) = MÜLLER, «Kommentar ad Art. 1 OR», in: AEBI-MÜLLER/MÜLLER (Hrsg.), *Berner Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht*, Bern (Stämpfli) 2018, pp. 121-255.
- PALMA (2016) = PALMA, «La negozialità romana: fenomeno storico e modello metastorico; note sulla causa contractus», in: MURILLO VILLAR/CALZADA GONZÁLEZ/CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ (eds.), *Homenaje al profesor Armando Torrent*, Madrid (Dykinson) 2016, pp. 633-654.
- PARINI VINCENTI (2017) = PARINI VINCENTI, «Pacta servabo. Riflessioni sulla categoria generale dei contratto», *SDHI* 83 (2017) 433-448.
- PELLECCHI (1998) = PELLECCHI, «L'azione in ripetizione e le qualificazioni del <dare> in Paul. 17 ad Plaut. D. 12.6.65. Contributo allo studio della <condictio>», *SDHI* 64 (1998) 69-160.
- PELLOSO (2007) = PELLOSO, «Le origini aristoteliche del συνάλλαγμα di Aristone», in: GAROFALO (ed.), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, Padova (CEDAM) 2007, pp. 5-100.

- PELLOSO (2011) = PELLOSO, «*Do ut des e do ut facias*. Archetipi labeoniani e tutele acontrattuali nella giurisprudenza romana tra primo e secondo secolo D.C.», in: GAROFALO (ed.), *Scambio e gratuità. Confini contenuti dell'area contrattuale*, Padova (CEDAM) 2011, pp. 89-173.
- PENNACCHIO (2016) = PENNACCHIO, *Riflessioni su contractus e pacta adiecta*, Napoli (Jovene) 2016.
- PERNICE (1888) = PERNICE, «Parerga, Zur Vertragslehre der römischen Juristen», *ZSS* 9 (1888) 195-260.
- PERNICE (1892) = PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im 1. Jahrhundert der Kaiserzeit*, Bd. III, 1. Aufl., Halle (Max Niemeyer) 1892.
- PERNICE (1898) = PERNICE, «Parerga VIII. Ueber wirtschaftliche Voraussetzungen römischer Rechtssätze», *ZSS* 19 (1898) 82-183.
- PEROZZI (1903) = PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna (Zanichelli) 1903.
- PEROZZI (1948) = PEROZZI, *Scritti giuridici, vol. 2, Servitù e obbligazioni*, Milano (Giuffrè) 1948.
- PETERLONGO (1936) = PETERLONGO, *La transazione nel diritto romano*, Milano (Giuffrè) 1936.
- PFLÜGER (1937) = PFLÜGER, *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach römischem Recht*, München/Leipzig (Duncker & Humblot) 1937.
- POTHIER (1818) = POTHIER, *Pandectae Justinianae, in novum ordinem digestae: cum legibus codicis, et novellis, quae jus Pandectarum confirmant, explicant, aut abrogant: praefixus est index titulorum et divisionum omnium, quo totius operis specimen quoddam et quasi materiarum Appendix exhibetur: subjecta quoque tabula, qua nominatim leges omnes cum suis paragraphis et versiculis ordini digestorum restituuntur*, vol. 1, Paris (Fournier) 1818.
- POTHIER (1819) = POTHIER, *Pandectae Justinianae, in novum ordinem digestae: cum legibus codicis, et novellis, quae jus Pandectarum confirmant, explicant, aut abrogant: praefixus est index titulorum et divisionum omnium, quo totius operis specimen quoddam et quasi materiarum Appendix exhibetur: subjecta quoque tabula, qua nominatim leges omnes cum suis paragraphis et versiculis ordini digestorum restituuntur*, vol. 3, Paris (Fournier) 1819.
- PRINGSHEIM (1921) = PRINGSHEIM, «Animus donandi», *ZSS* 42 (1921) 273-327.
- RANIERI (2009) = RANIERI, «Die causa des Vertrages und die Entwicklung des Europäischen Vertragsrechts. Ein Beitrag zur historischen Rechtsvergleichung», in: WIEGAND/KOLLER/WALTER (Hrsg.), *Tradition mit Weitsicht: Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag*, Bern (Stämpfli) 2009, pp. 637-662.
- ROMANO (2010) = ROMANO, «Nota sulla tutela del contraente evitto nell'ambito dei c.d. contratti innominati. Il caso dell'actio auctoritatis», *DIRITTO@STORIA* 9 (2010) 1-46.

- RÜGER (2011) = RÜGER, *Die donatio mortis causa im klassischen römischen Recht*, Berlin (Duncker & Humblot) 2011.
- SACCOCCIO (2002) = SACCOCCIO, *Si certum petetur: dalla «condictio» dei «veteres» alle «conditiones» giustinianee*, Milano (Giuffrè) 2002.
- SANFILIPPO (1943) = SANFILIPPO, *Condictio indebiti: Il fondamento dell'obbligazione da indebito*, Milano (Giuffrè) 1943.
- SARGENTI (1988) = SARGENTI, «Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano», *Iura* 39 (1988) 24-74.
- SARGENTI (1997) = SARGENTI, «Da Labeone ad Aristone. Continuità o antitesi?», in: VACCA (ed.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica: 2. congresso internazionale ARISTEC (Palermo-Trapani 7-10 giugno 1995)*, Torino (Giappichelli) 1997, pp. 145-149.
- SANTORO (1970) = SANTORO, *Per la storia della condictio*, in: *Studi in onore di Gioacchino Scaduto 3*, Padova (CEDAM) 1970.
- SANTORO (1971) = SANTORO, *Studi sulla condictio*, Palermo (Montaina) 1971.
- SANTORO (1983) = SANTORO, «Il contratto nel pensiero di Labeone», *Annali del seminario giuridico della Università di Palermo* 37 (1983) 5-289.
- SANTORO (1997) = SANTORO, «La causa delle convenzioni atipiche», in: VACCA (ed.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica: 2. congresso internazionale ARISTEC (Palermo-Trapani 7-10 giugno 1995)*, Torino (Giappichelli) 1997, pp. 85-130. (= «La causa delle convenzioni atipiche», in: BURDESE (ed.), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova (CEDAM) 2006, pp. 221-278)
- SAVIGNY (1853) = SAVIGNY, *Obligationenrecht II*, Berlin (Veit) 1853.
- SAVIGNY (1856) = SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts. Sachen- und Quellenregister*, Bd. IV, Berlin (Veit) 1841.
- SCEVOLA (2008) = SCEVOLA, *Negotium mixtum cum donatione. Origini terminologiche e concettuali*, Padova (CEDAM) 2008.
- SCEVOLA (2011) = SCEVOLA, «Il negozio misto con donazione: elaborazione romane e ricostruzioni moderne», in: GAROFALO (ed.), *Scambio e gratuità. Confini contenuti dell'area contrattuale*, Padova (Cedam) 2011, pp. 247-330.
- SCHERMAIER (2014) = SCHERMAIER, «From non-performance to mistake in contracts», in: SIRKS (ed.), *Nova ratione. Change of paradigms in roman law*, Wiesbaden (Harrassowitz) 2014, pp. 107-132.
- SCHIAVONE (1971) = SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. «Nova negotia» e «transactio» da Labeone a Ulpiano*, Napoli (Jovene) 1971.
- SCHIAVONE (1991) = SCHIAVONE, «La scrittura di Ulpiano. Storia e sistema nelle teorie contrattualistiche del quarto libro «ad edictum»», in: BELLOCI (ed.), *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea, Atti del Convegno di diritto romano (Siena 14-15 aprile 1989)*, Napoli (Jovene) 1991, pp. 125-161.

- SCHMIDLIN (2008) = SCHMIDLIN, «Il consensualismo contrattuale tra nomina contractus e bonae fidei iudicia», in: VACCA (ed.), *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo*, Padova (CEDAM) 2008, pp. 99-129.
- SCHWARZ (1952) = SCHWARZ, *Die Grundlage der Conductio im klassischen römischen Recht*, Münster (Böhlau) 1952.
- SCHWENZER (2012) = SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 6. überarbeitete Auflage, Bern (Stämpfli) 2012.
- SCIALOJA (1907) = SCIALOJA, *Negozi giuridici: lezioni dettate nella r. Università di Roma nell'anno accademico 1892-1893*, redatte dai dot. MAPEI e NANNINI, Roma (G. Speranza & G. Martoriati) 1907.
- SCIALOJA (1931) = SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, vol. 2, Roma (Attilo Sampaolesi) 1931.
- SCIANDRELLO (2011) = SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento (Università degli studi di Trento) 2011.
- SERAFINI (1868) = SERAFINI, «Conciliazione della legge 36 Dig. de acquir. rer. dom. (41, 1) colla legge 18 Dig. de reb. cred. (12, 1)», *AG 1* (1868) 51-61.
- SIMONIUS (1939) = SIMONIUS (August), «Quelques remarques sur la cause des obligations en droit suisse», in: *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris (Dalloz) 1939, pp. 733-767.
- SIMONIUS (1953) = SIMONIUS (August), «Zur Frage einer einheitlichen <causa conditionis>», in: *Festschrift Hans Lewald bei Vollendung des vierzigsten Amtsjahres als ordentlicher Professor im Okt. 1953*, Basel (Helbing und Lichtenhahn) 1953, pp. 161-174.
- SIMONIUS (1958) = SIMONIUS (Pascal), *Die donatio mortis causa im klassischen römischen Recht*, Basel (Helbing & Lichtenhahn) 1958.
- SIRKS (2014) = SIRKS, «Change of paradigm in contractus», in: SIRKS (ed.), *Nova ratione. Change of paradigms in roman law*, Wiesbaden (Harrassowitz) 2014, pp. 133-162.
- SOBCZYK (2018) = SOBCZYK, «Condictio causa data causa non secuta and Development of the Contractual System», *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa* 11 (2018) pp. 177-195.
- SOLAZZI (1963) = SOLAZZI, «Ancora dell'errore nella <condictio indebiti>», in: *Scritti di diritto romano IV (1938-1947)*, Napoli (Jovene) 1963, pp. 405-447. (= «Ancora dell'errore nella <condictio indebiti>», *SDHI* 9 (1943) 55-103)
- SOLAZZI (1972) = SOLAZZI, «Le 'conditiones e l'errore», in: *Scritti di diritto romano*, vol. 5, Naples (Jovene) 1972, pp. 1-42. (= «Le 'conditiones e l'errore», *Atti Acc. Napoli* 62 (1947) 69-119)
- SÖLLNER (1987) = SÖLLNER, «Die causa im Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten», in: SCHRÄGE (Hrsg.), *Das römi-*

- sche Recht im Mittelalter*, Darmstadt (Wissenschaftliche Buchgesellschaft) 1987, pp. 131-187.
- STURM (1971) = STURM, «Quittance transactionnelle et réduction de sa portée en droit romain», *RIDA* 18 (1971) 639-672.
- STURM (1983) = STURM, «La *condictio ob transactionem*», in: *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, vol. 3, Milano (Giuffrè) 1983, pp. 627-660.
- STURM (1990) = STURM, «Il *pactum* e le sue molteplici applicazioni», in: MILAZZO (ed.), *Contractus e pactum: tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana: atti del convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della "littera Florentina"*, Copanello 1-4 giugno 1988, Napoli/Roma (Ed. Scientifiche Italiane) 1990, pp. 149-180.
- TALAMANCA (1953) = TALAMANCA, «Recensioni critiche», *AG* 145 (1953) 164-185.
- TALAMANCA (1990) = TALAMANCA, «La tipicità dei contratti romani fra <conventio> e <stipulatio> fino a Labeone», in: *Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana, Atti del IV convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della littera Fiorentina (Copanello 1-4 giugno 1988)*, Napoli (Edizioni Scientifiche Italiane) 1990, pp. 35-108.
- TALAMANCA (2006) = TALAMANCA, «Contratto e patto nel diritto romano», in: GAROFALO (ed.), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, (2006) pp. 37-84. (= «Contratto e patto nel diritto romano», in: *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, vol. 12, Torino (Unione tipografica – Editrice Torinese) 1995, pp. 58-75)
- TANEV (2013) = TANEV, «La struttura logica della causa nella sistematica aristotiana delle obbligazioni volontarie», *IA* 1/26 (2013) 20-36.
- TERCIER/PICHONNAZ (2019) = TERCIER/PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, 6^e éd. complétée et mise à jour, Genève/Zurich/Bâle (Schulthess) 2019.
- THOMAS (1976) = THOMAS, *Causa: sens et fonction d'un concept dans le langage du droit romain*, Thèse non publiée, Paris II, 1976.
- TIMBAL (1924) = TIMBAL, *Des donations rémunératoires en droit romain et en droit français*, Toulouse (Société méridionale d'impression) 1924.
- TONDO (1998) = TONDO, «Note ulpianee alla rubrica editale per i <pacta conventa>», *SDHI* 64 (1998) 441-464.
- TRAMPEDACH (1896) = TRAMPEDACH, «Die *condictio civilis incerti*», *ZSS* 17 (1896) 97-154.
- VACCA (2005) = VACCA, «Osservazioni in tema di <condictio> e <arricchimento senza causa> nel diritto romano classico», in: MANNINO (ed.), *L'arricchimento senza causa: atti del Convegno dell'Università degli Studi Roma Tre, Roma, 24 e 25 ottobre 2003*, Torino (Giappichelli) 2005, pp. 7-36.

- VAN OVEN (1954) = VAN OVEN, «La forêt sauvage de la *condictio* classique», *TR* 22 (1954) 267-307.
- VAN VLIET (2003) = VAN VLIET, «*Iusta Causa Traditionis* and its History in European Private Law», *European Review of Private Law* 11/3 (2003) 342-378.
- VÉLISSAROPOULOS-KARAKOSTAS (1996) = VÉLISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, «*Pacta conventa servabo et Aristote*», *RHDFE* 74 (1996) 185-197.
- WIEGAND/HURNI (2014) = WIEGAND/HURNI, «Kommentar ad Art. 1 OR», in: HONSELL (Hrsg.), *Obligationenrecht Kurz Kommentar*, Basel (Helbing Liechtenhahn) 2014, pp. 9-19.
- VION (2019) = VION, *L'étendue minimale de l'accord en droit suisse des contrats (art. 1 et 2 CO). Entre points essentiels du contrat, liberté contractuelle et complètement judiciaire*, Lausanne (Editions Juridiques Libres) 2019.
- VOCI (1937) = VOCI, *L'errore in diritto romano*, Milano (Giuffrè) 1937.
- VOCI (1946) = VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano (Giuffrè) 1946.
- VOCI (1953) = VOCI, «Recensiones librorum: Donatuti – Le causae ... (1951); Schwarz – Die Grundlage (1952); Lübtow – Beiträge (1952)», *SDHI* 19 (1953) 412-421.
- VOCI (1963) = VOCI, *Diritto ereditario romano*, vol. 2, 2^a ed., Milano (1963).
- VOIGT (1862) = VOIGT, *Über die conditiones ob causam und über causa und titulus im allgemeinen*, Leipzig (Voigt und Guenther) 1862.
- WINDSCHEID (1850) = WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf (J. Buddeus) 1850.
- WINDSCHEID (1906) = WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. II, 9. Aufl., unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts, bearbeitet von Dr. KIPP, Frankfurt am Main (Literarische Anstalt Rütten und Loening) 1906. [réimpression de l'édition Scientia Verlag Aalen 1963].
- WOLF (1961) = WOLF, *Error im römischen Vertragsrecht*, Köln (Böhlau) 1961.
- WOLF (1970) = WOLF, *Causa stipulationis*, Köln/Wien (Böhlau) 1970.
- WOLFF (1957) = WOLFF (Hans Julius), «Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechtes», *ZSS* 74 (1957) 26-72.
- WOLFF (1966) = WOLFF (Hans Julius), «La structure de l'obligation contractuelle en droit grec», *RHDFE* 44 (1966) 569-583.
- WUNNER (1964) = WUNNER, «*Contractus*». *Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Köln/Graz (Böhlau) 1964.
- WUNNER (1970) = WUNNER, «Der Begriff *causa* und der Tatbestand der *condictio indebiti*», *Romanitas: revista de cultura romana: língua, instituições e direito* 9 (1970) 459-483.
- ZELLWEGER-GUTKNECHT (2020) = ZELLWEGER-GUTKNECHT, «Kommentar ad Art. 1 OR», in: WIDMER LÜCHINGER/OSER (Hrsg.), *Basler Kommentar*,

Obligationenrecht I Art. 1-529 OR, 7. Aufl., Basel (Helbing Lichtenhahn) 2020, pp. 55-68.

ZHANG (2007) = ZHANG, *Contratti innominati nel diritto romano: Impostazioni di Labeone e di Aristone*, Milano (Giuffrè) 2007.

ZIMMERMANN (1990) = ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town (Juta & Co.) 1990.

Index des fragments

1. Sources juridiques

a. Sources juridiques pré-justiniennes

GAIUS, Institutiones

1.18-19	6 n. 44
1.38	6 n. 44
2.20	156 n. 698
2.220	220 n. 902
2.244	220 n. 902
3.91	36 n. 177
4.16	62 n. 287

ULPIANUS, Regulae

19.7	156 n. 698
------	------------

Vaticana Fragmenta

11	69 n. 312
----	-----------

b. Corpus Iuris Civilis

Digesta

2.14.1.3	28 n. 141, 44 ss , 75, 76 n. 343, 223 n. 920
2.14.7 pr.	43, 51 n. 234, 53 n. 251
2.14.7.1	43 ss , 47, 51
2.14.7.2	6, 8, 11 n. 77, 15, 19, 21, 23 ss, 30 ss, 34 ss, 42, 43 s, 47 ss, 54-67 , 70, 70 ss, 81 ss, 113, 123, 136 n. 616, 139, 146 n. 657, 147, 148 et n. 663, 157, 159, 167 n. 741, 177 n. 777, 190, 191, 193 n. 827, 196 n. 835, 198, 199 n. 843, 214, 221, 227, 229, 238, 257, 263, 269, 271

2.14.7.4	15 n. 81, 42 n. 202, 44, 54-67 , 68, 82 n. 353.
5.2.26 pr.	243 n. 993, 245 n. 997
4.4.16.2	243 n. 993, 245 n. 997
4.3.7.8	243 n. 993, 245 n. 997
10.2.20.3	70 n. 319
12.1.18 pr.	75 n. 339, 156 n. 698, 269 n. 1057
12.1.19 pr.	221 n. 910, 222 n. 915, 230 n. 945
12.4.1 pr.	127 n. 563
12.4.1.1	223 n. 917, 226 n. 930 et n. 931, 227 n. 935, 231 n. 953, 243 n. 993, 245 n. 997 et n. 999
12.4.2	127 n. 565, 180 n. 793, 181 s, 183 n. 799, 184, 223 n. 917, 227 n. 935, 231 n. 953, 249
12.4.3.7	36 n. 177, 95 n. 386, 135 n. 614, 136 n. 622, 141 n. 629, 158 n. 701, 170 , 174 n. 767, 177 n. 778, 194 , 196 n. 835, 199 n. 846, 214 n. 883
12.4.5 pr.	100 n. 406 et n. 408, 101 n. 415, 117 n. 488, 123 n. 527, 136 n. 620, 158 n. 701 et n. 702, 159 n. 712, 166 n. 734, 172, 177 n. 778, 193 n. 829, 196 n. 835, 201 ss , 228 n. 936, 233 n. 958, 255 n. 1043, 258 n. 1046, 259 n. 1050, 264 n. 1053
12.4.8	223 n. 917, 227 n. 935, 231 n. 953
12.4.9 pr.	146 n. 655, 223 n. 917, 227 n. 935, 231 n. 953, 250 n. 1028
12.4.14	180 n. 791, 181, 182 et n. 797, 184, 249, 250 n. 1027
12.4.15	86 n. 361, 95 n. 387, 135 n. 614, 136 n. 622, 140 n. 626, 141 n. 629, 169 s , 174 n. 767, 177 n. 776 et n. 778, 194, 196 n. 835, 199 n. 846, 264 n. 1053
12.4.16	20, 23, 30 ss , 53 s, 147 s
12.5.1 pr.	85 n. 357, 89 n. 362 et n. 363, 94 s, 102 n. 423, 103 n. 428, 136 n. 621, 140 n. 626, 149 s, 159 n. 709 et n. 712, 160 n. 713 et n. 714, 163 ss , 166, 167 n. 742, 169 n. 748, 188 n. 810, 198 n. 839, 199 n. 841, 200 n. 848, 209 ss , 255 n. 1044, 258 n. 1047, 259 n. 1051, 264 n. 1052
12.5.1.1	101 n. 418, 125, 159 n. 708 et n. 712, 180 n. 791, 181, 182 et n. 797, 184, 221 n. 907, 246 n. 1002, 248 n. 1012, 249, 251 n. 1030, 254 n. 1040, 255 n. 1042, 259 n. 1049
12.5.1.2	104 n. 435, 127 n. 556, 143, 168 n. 745, 179 n. 784 et n. 787, 180, 182, 183 n. 798, 186, 211 ss , 249, 250 n. 1025, 264 n. 1053

- 12.5.2 40 n. 626, 146 n. 653, 158 n. 701, 159 n. 708 et n. 712, 182, 188 n. 810, **210 ss**, 255 n. 1044, 258 n. 1047, 259 n. 1051
- 12.5.3 101 n. 416, **129 s**, 146 n. 653, 159 n. 709 et n. 712, **211 s**, 259 n. 1051, 182
- 12.5.4 pr. 101 n. 416, 127 n. 564, 130 n. 578, 146 n. 653, 159 n. 709 et n. 712, 182
- 12.5.4.1 101 n. 416, 127 n. 564, 130 n. 578, 146 n. 653, 159 n. 709 et n. 712, 182
- 12.5.4.2 101 n. 416, 130 n. 578, 146 n. 653, 159 n. 709 et n. 712, 211 n. 868, 212
- 12.5.4.3 101 n. 416, 127 n. 564, 130 n. 578, 159 n. 709 et n. 712, 182
- 12.5.4.4 101 n. 416, 127 n. 564, 146 n. 653, 159 n. 709 et n. 712, 182
- 12.5.5 101 n. 416, 146 n. 653
- 12.5.6 36 n. 177, 103 n. 431, 149 n. 666
- 12.5.8 103 n. 430
- 12.5.9 pr. 101 n. 416 et n. 418, 125, 146 n. 653 et n. 654, 159 n. 708 et n. 712, 179 n. 786 et n. 788, 180, 182 et n. 797, 186, 217 et n. 892, 246 n. 1003, **247 s**, 249, 250 n. 1019, 254 n. 1038 et n. 1040, 255 n. 1042, 259 n. 1049
- 12.5.9.1 146 n. 653
- 12.6.52 85 n. 357, 86 n. 361, 89 n. 362 et n. 363, 90, 93, 94 et n. 382, 98, 101 n. 421, 102 n. 423, 104 n. 434, 105, **107 ss**, **114 ss**, 117 n. 484, 124, 126, 130 n. 580, **131 s**, 134 n. 602, 135 et n. 612, 140 n. 626, 141 n. 628, 143 n. 637, 145 n. 647, 146 n. 658, 149 n. 669, 160 n. 713 et n. 714, 163, **165 ss**, 176 s, 178, 179 n. 787, 180 et n. 791, 181, 182 et n. 798, 183 n. 800, 184, 186, **188 ss**, 213 n. 878 et n. 880, 236 n. 968, 249, 264 n. 1052, 265 n. 1054
- 12.6.23 pr. 104 n. 435, 105, 107, 110 n. 460, **113 ss**, 118 n. 494, 127 n. 562, 135 n. 612, 141 n. 628, 149 n. 666, 152 n. 686, 153 n. 687, **157**, 166 n. 731, 167 n. 741, 174 n. 766, 177 n. 776, 180 n. 792, 181, 182, **185 s**, **234**, 249
- 12.6.23.3 89 n. 362, 94 n. 385, 104 n. 434 et n. 435, 117 n. 489, 118 n. 494, **127 s** et n. 562, 130 n. 580, 135 n. 613, 136 n. 622, 141 n. 630, **150 ss**, 161 n. 716, 162 n. 721, 168 n. 745, 173, 174 n. 770, 177 n. 776, 179 n. 784 et n. 787, 180 et n. 792, 181, 182, 183 n. 798 et n. 800, 184, 186 s, 199 n. 842 et n. 847, 249, 250 n. 1020

- 12.6.33 36 n. 177, 223 n. 920, **227 s**, 231 n. 954
- 12.6.35 182, 183 n. 800
- 12.6.65 pr. 9 n. 73, 10 n. 74, 36 n. 178, 95, 102 n. 423, 104 n. 433, 118 n. 495, 126 et n. 553, 127 n. 556, 140 n. 626, 143, **149 s**, 160 n. 713 et n. 714, **162**, 165, 166, 167 n. 742, 182, 183 n. 798, 198 n. 839, 199 n. 841, 200 n. 848, 213 n. 877 et n. 880
- 12.6.65.2 94 n. 382, 98 n. 391, 100 n. 406, 101 n. 412, 104 n. 434, 107 et n. 447, 110, **111 ss**, **114 ss**, 117 n. 484, 118 n. 493, 124, 126, 130 n. 580, **132**, 134 n. 602, 135 n. 612, 141 n. 628, 149 n. 668, 150 n. 672, 164 et n. 727, 166, 167 n. 741, 174 n. 766, **178**, 179 n. 787, 180 et n. 790 et n. 792, 181, 182, 183 n. 800, **184 ss**, 193 n. 828, 196 n. 835, 199 n. 842 et n. 843, 231 n. 955, 249
- 12.6.65.3 89 n. 362, 94 n. 382, 95 n. 386, 100 n. 406, 101 n. 417 et n. 418, 104 n. 435 et n. 436, 123 n. 527, 125, 127 et n. 556 et n. 562 et n. 564, 128, 129 n. 575, 134, 135 n. 612 et n. 614, 136 n. 622, 140 n. 626, 141 n. 628 et n. 629, 146 n. 653, 158 n. 701, 159 n. 708 et n. 712, 162 n. 721 et n. 722, **164 s**, 165 n. 731, 167 n. 741, 168 n. 745 et n. 748, **170 ss**, 174 n. 766 et n. 767, 176 n. 772, 177 n. 778, 178 n. 784, 179 n. 787 et n. 789, 180 et n. 792, 181, 182, 183 n. 798 et n. 800, 184, 186, 193 n. 828, 196 n. 835, 199 n. 842 et n. 846, 214 n. 882, **215-239**, 241, 244, 246 n. 1001, 247 et n. 1008 et 1009, 249, 250 n. 1021 et n. 1026, 254 n. 1039, 255 n. 1041 et n. 1045, 258 n. 1048, 259 n. 1049 et n. 1050, 264 n. 1053
- 12.6.65.4 91 n. 376, 128 n. 574, 146 n. 653 et n. 655 et n. 657, 148 n. 663
- 12.6.66 36 n. 177, 229 n. 943
- 12.7.1.1 94 n. 385, 104 n. 435, 118 n. 495, 127 n. 562, 135 n. 613, 136 n. 622, 141 n. 630, 154 n. 690, 161 n. 716, 168 n. 745, **173**, 174 n. 769, 180 n. 792, 181, 182, 183 n. 798, 184, 199 n. 842 et n. 847, 249, 250 n. 1022
- 12.7.1.2 104 n. 435, 127 n. 562, 154 n. 691, 156 n. 696, 161 n. 716, 168 n. 745, 182, 183 n. 798, 184, 250 n. 1023
- 12.7.1.3 154 n. 692
- 12.7.2 94 n. 385, **154 s**, 199 n. 842
- 12.7.3 155 n. 695, **154 ss**

- 12.7.4 94 n. 385, 101 n. 418, 104 n. 435, 123 n. 527, 127 n. 562, 135 n. 613, 136 n. 622, 141 n. 630, 158 n. 701, 159 n. 708 et n. 712, 168 n. 645, 173, 174 n. 769, 180 n. 792, 181, 182, 183 n. 798, 184, 199 n. 842 et n. 847, 246 n. 1001, 247 n. 1010, 249, 250 n. 1024, 254 n. 1039, 255 n. 1041, 259 n. 1049
- 17.1.8 pr. 16 n. 86, 35 n. 175, 48 n. 221, 62 n. 287 et n. 291, 65 n. 298
- 19.1.11.6 104 n. 435, 117 n. 487, 118 n. 495, 127 n. 562, **153 s**, 168 n. 745, 172, 179 n. 784 et n. 787, 180, 182, 183 n. 798, 186, 249
- 19.4.1.2 27 n. 137, **28**, 51 n. 238
- 19.4.1.4 **28**, 127 n. 565, 182, 183 n. 799, 184
- 19.4.2 15 n. 81, 33 et n. 168, 42 n. 202, 51 n. 238, 64 n. 297, **67 s**, 82 n. 353, 104 n. 432, 149 n. 666
- 19.5.5 pr. 6 n. 49, 49 n. 223, 71 n. 321, 91 n. 376, 107 s, 109, 112, 113, 146 n. 653 et n. 657 et n. 659, 148 n. 663, 177 n. 777, **190 s**
- 19.5.5.1 49 n. 223, 51 n. 238, 71 n. 321, 89 n. 362, 146 n. 653 et n. 657, 182 et n. 797, 184
- 19.5.5.2 49 n. 223, 71 n. 321
- 19.5.5.4 49 n. 223
- 19.5.7 37 n. 189
- 19.5.8 15 n. 81, 42 n. 202, 62 n. 287, 65 n. 298, **68 ss**, 82 n. 353
- 19.5.9 100 n. 406 et n. 408, 101 n. 415, 116 n. 482, 117 n. 486, 123 n. 527, 136 n. 620, 158 n. 701, 159 n. 712, **208 ss**, 255 n. 1043, 258 n. 1046, 259 n. 1050
- 19.5.15 16 n. 86, 62 n. 287 et n. 291, 63, **64**, 71 n. 321, 95 n. 387, 100 n. 406 et n. 407, 101 n. 415, 116 n. 483, 117 n. 486, 123 n. 527, 135 n. 613, 136 n. 620 et n. 622, 140 n. 626, 141 n. 630, **158 s**, 168 n. 745, **172 s**, 173 n. 761, 174 n. 768, 177 n. 777, 193 n. 829, 196 n. 835, 199 n. 843 et n. 845, 205, **206 ss**, 223 n. 920, 227 n. 934, 255 n. 1043, 258 n. 1046, 259 n. 1050, 264 n. 1053
- 19.5.17.1 62 n. 287, **63 s**, 65 n. 298, 71 n. 321
- 22.1.38.1 90, 223 n. 917, 227 n. 935, 231 n. 953
- 23.3.5.9 223 n. 917, 227 n. 935, 229 n. 939, 231 n. 953, 243 n. 993, 245 n. 997
- 24.1.13.2 118 n. 493 et n. 496, 226 n. 932, 229 n. 939, 230 n. 944, 231 n. 953 et n. 954
- 28.7.8.7 218 n. 896, 220 n. 900, 229 n. 939, 231 n. 953, 243 n. 993

35.1.72.6	104 n. 439
39.5.1 pr.	102 n. 424, 117, 119 n. 501, 120, 228 n. 937, 231 n. 955, 243 n. 994
39.5.18 pr.	118 n. 495, 218 n. 895, 221 et n. 910, 223 n. 920, 224 s , 227 n. 934, 230 n. 945, 244
39.5.18.1	71 n. 321, 118 n. 495, 218, 220 n. 903, 224 et n. 924, 225 n. 925, 227 n. 934, 229 n. 939, 230 n. 945, 231 n. 953, 244
39.5.18.2	72 n. 324
39.5.19.1	112 n. 466 et n. 468
39.5.19.2	226
39.5.19.5	94 n. 385, 117, 118 s , 120, 135 n. 613, 136 n. 622, 140 n. 626, 141 n. 630, 160 n. 713, 173, 174 ss , 196 n. 835, 198 n. 839, 199 n. 842 et n. 847, 213 n. 880 et n. 881, 216 n. 885, 225 n. 928, 264 n. 1052
39.5.19.6	95 n. 387, 101 n. 417, 119 n. 497, 128 n. 574, 129 n. 575, 135 n. 613, 136 n. 622, 140 n. 626, 141 n. 630, 145 n. 652, 146 n. 653 et n. 660, 160 n. 713, 162 n. 721 et n. 723, 174 ss , 179 n. 786 et n. 788, 180, 196 n. 835, 198 n. 839, 199 n. 842 et n. 845, 213 n. 880 et n. 881, 214 n. 882, 225 n. 928, 243 s , 245 n. 997, 249, 255 n. 1045, 258 n. 1048, 264 n. 1052
39.5.2.7	101 n. 417, 104 n. 436, 118 n. 493 et n. 496, 119 s , 123 n. 527, 128 , 129 n. 575, 146 n. 653, 159 n. 712, 162 n. 721 et n. 162, 176 n. 772, 196 n. 835, 214 n. 882, 218 n. 897, 220 n. 903, 221 n. 910, 223 n. 917, 226 ss , 230 n. 945, 231 n. 953 et n. 954, 238 n. 974, 239 ss , 243 n. 993, 245 n. 997, 255 n. 1045, 258 n. 1048, 259 n. 1050
39.6.35.3	49 n. 223, 127 n. 565, 128 n. 574, 146 n. 653, 181, 182, 183 n. 799, 184, 218, 220 n. 903, 221 n. 910, 222 ss , 227 n. 935, 229 n. 938, 230 n. 945 et n. 947 et n. 949, 231 n. 953 et n. 954, 232 n. 956, 238 n. 975 et n. 976, 249
41.1.36	15 n. 81, 42 n. 202, 73 s. , 75 s et n. 339, 156 n. 698, 159 n. 706
44.4.2.3	146 n. 660
44.7.1.1	27 n. 134
44.7.1.2	27 n. 135
44.7.3 pr.	15 n. 81, 73 s , 76 n. 344
44.7.3.1	15 n. 81, 42 n. 202, 73 s , 76 n. 344
50.16.19	2 n. 10, 47 n. 217, 58 s

Institutiones

2.20.31 105 n. 439

3.23.2 51 n. 238

Codex

4.6.5 117 n. 485

4.6.10 117 n. 485

c. Scholia ad Basilica

11.1.7 19 n. 88

*d. Source médiévale**Corpus Brachylogus*

3.8 50 n. 227

2. Sources non juridiquesARISTOTELES, *Ethica Nicomachea*

5.1131a.2 57 n. 268, 60 n. 280

CICERO, *Verres*

1.25 6 n. 43

2.3.11 6 n. 43

2.2.41 6 n. 43

CICERO, *Trium Orationum*

3.1 6 n. 45

CASSIODORUS, *Expositio psalmorum*

72.13 5 n. 40

ISIDORUS, *Etymologiarum sive originum*

18.15.2 5 n. 40

PLAUTUS, *Mercator*

822 6 n. 43

SCAURUS, *De orthographia*

7.21.20 5 n. 40

La *causa contractus* (i.e. cause du contrat) a été récemment l'objet de controverses, d'aucuns arguant son inutilité pour la validité du contrat.

Une réévaluation fonctionnelle de la notion romaine de *causa*, dont la conceptualisation est une nouveauté, est l'occasion de comprendre ses contours au plus proche des sources et de la casuistique de droit classique. Les juristes et législateurs modernes trouveront peut-être de quoi s'inspirer pour appréhender la pratique moderne du droit.

Le droit romain ne consacrant pas de définition de la *causa*, une étude par la fonction du terme au travers de ses différents contextes d'application, en particulier celui des contrats et de l'action en répétition après inexécution de la contre-valeur attendue (*condictio causa data causa non secuta*), paraît particulièrement adaptée.

Cet ouvrage apporte la nouveauté de définir fonctionnellement la *causa* et d'analyser en profondeur ses dérivés et résurgences dans le contexte de l'action en répétition d'une attribution patrimoniale exécutée mais orpheline de la contrepartie attendue.

Caroline Duret, Dr en droit

ISBN 978-3-7190-4638-5

