IV

OPORTERE DANS LES TEXTES JURIDIQUES

PAR J. PAOLI
Professeur à la Faculté de droit de Dijon

L'impersonnel *oportet, -uit, -ere* a eu deux sens, d'après le *Dictionnaire étymologique de la langue latine* de Ernout-Meillet : un sens faible à l'origine, pour marquer la convenance, le devoir moral plutôt que la nécessité, puis un sens fort, ce verbe ayant ensuite servi à rendre l'idée de devoir, d'obligation. On trouve ces deux sens chez Cicéron, qui, d'une part, semble opposer *oportet* à *necesse est*[1] et à *opus est*[2] et, d'autre part, écrit qu'*oportere* exprime la notion du devoir absolu[3].

Dans son savant commentaire des *Bacchides*, M. Ernout a signalé, en outre, la fréquence du sens affaibli d'*oportere* chez Plaute[4], d'où il semble juste de conclure, avec le *Dictionnaire étymologique*, que ce sens a été le plus ancien.

Heumann et Seckel, dans leur *Handlexikon zu den Quellen des röm. Rechts*[5], *u°* *oportere*, ont, eux aussi, classé avec méthode les divers sens de ce verbe. Leur remarquable travail, fait d'après les sources juridiques, permet de retrouver, dans les textes du droit romain, les deux sens principaux définis, surtout selon les textes littéraires, par MM. Ernout et Meillet. Tantôt *oportere* désigne, à leurs yeux, *ce qui est obligatoire, nécessaire, ordonné* (*müssen, notwendig sein, geboten sein*), tantôt il marque *ce qui est recommandé, conforme à la règle, ce qui convient* (*sollen, dürfen, sich gebühren*).

Un tel accord doit être souligné. Cependant, Heumann et Sec-

1. Verr., II, 3, 39, § 84 : *tamquam ita fieri non solum oporteret, sed etiam necesse esset.*

2. Att., XIII, 25, 1 : *hoc fieri oportet et opus est.*

3. Or., XXII, 74 : *oportere enim perfectionem declarat officii, quo et semper utendum est, et omnibus.*

4. Paris, Les Belles-Lettres, 1935, p. 82, *ad u.* 552 : « *oportet* : comme *debeo*, et le français *devoir*, allemand *sollen*, marque souvent moins une nécessité qu'une possibilité », cf. *u.* 602, et Asin., 381 : *hasce aedis esse oportet*, « ce doit être cette maison-ci »; Mil., 47 : *tantum esse oportet*, « ce doit être le compte ».

5. 9e éd. (Iéna, Gustave Fischer, éditeur, 1907).

kel, à la différence de MM. Ernout et Meillet, n'ont pas recherché lequel des deux sens d'*oportere* était le plus ancien. Il nous a paru utile, au contraire, d'essayer de résoudre cette question, afin de dire si les sources juridiques confirment ou non la leçon qui semble se dégager des textes littéraires. Tel est l'objet de cet article.

* * *

Il est possible de citer tous les textes juridiques antérieurs à Justinien — ils sont extrêmement nombreux — et même la plupart de ceux des compilations justiniennes où l'on rencontre le verbe *oportere*. Nous en avons fait le relevé, que nous ne croyons ni pouvoir ni devoir reproduire ici. Il nous suffit en note d'indiquer les ouvrages qui nous ont permis de le faire et que le lecteur pourra aisément consulter comme nous [1].

Certes, des documents nouveaux ont été découverts postérieurement à ces divers ouvrages. Parmi eux, il faut citer, en premier lieu, les fragments des *Institutiones* de Gaius, parchemins achetés en février 1933 au Caire, dans la boutique d'un antiquaire, par une érudite florentine et publiés depuis par M. Arangio-Ruiz [2].

1. La liste de tous les textes juridiques antérieurs à Justinien est très facile à dresser grâce à : 1° l'*Index ad fontium partem priorem*, de Bruns-Gradenwitz, t. III (*additamentum*) des *Fontes iuris Romani*, de Bruns, p. 54; 2° le *Vocabolario delle Istituzioni di Gaio*, de Zanzucchi, *u° oportet;* 3° l'*Ergänzungsindex zu Ius und Leges*, de M. Ernst Levy. Ces trois ouvrages permettent de relever tous les emplois des mots figurant dans le tome I^er^ des *Fontes* de Bruns, les *Textes* de Girard et les *Fontes iuris Romani* de Riccobono, Baviera et Ferrini. On doit encore utiliser, pour l'étude des sources antérieures à Justinien : 4° l'*Heidelberger Index zum Theodosianus* et son *Ergänzungsindex*, de Gradenwitz. Enfin, pour les textes des compilations justiniennes, on doit recourir aux : 5° *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, t. IV, 2, Berlin, 1936; 6° *Vocabularium Codicis Iustiniani (pars latina)*, de von Mayr, col. 1731 à 1733; 7° *Vocabolario delle costituzioni Latine di Giustiniano*, de Longo, *Bull. dell'Istituto d dir. rom.*, 10. De nombreux emplois du mot au Digeste ont été aussi relevés par Heumann-Seckel, *loc. cit.* De tous ces instruments de travail, forgés par le patient et minutieux effort des sciences allemande et italienne, les trois plus précieux pour nous ici sont l'*Index* de Bruns, le *Vocabolario* de Zanzucchi et le *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*. Les autres ont été établis pour les textes postclassiques dont l'intérêt, dans la recherche que nous entreprenons, est nécessairement bien moindre que celui des textes cités dans les *Fontes* de Bruns ou des *Institutiones* de Gaius. On en jugera, d'ailleurs, par nos développements au texte ci-dessus.

2. *Pubbl. d. soc. ital. per l. r. d. pap. in Egitto*, n° 1182, 1933. Parmi les autres éditions et commentaires dont ce texte a été depuis l'objet, nous ne citerons ici que le travail de M. E. Levy, *Z. S. S.*, 54 (1934), p. 258 à 311, qui demeure fondamental.

Nous trouverons en eux un renseignement de première importance sur le sens ancien de notre verbe. Il faut donc ajouter quelque peu à la liste « officielle » dressée d'après nos *Indices* et nos *Vocabularia*.

Il ne convient pas de méconnaître, d'autre part, que les œuvres d'écrivains et historiens latins, demeurées en dehors des dépouillements, peuvent fournir au juriste de précieuses indications. Nous aurons l'occasion de le constater en étudiant plus loin une formule juridique citée par Tite-Live[1].

Notre liste ainsi établie et complétée, nous avons entendu choisir les textes les plus anciens ou ceux qui nous donnaient le sens le plus ancien d'*oportere*. Nous avons posé en principe que ceux de l'époque de Cicéron ou postérieurs à elle ne pouvaient nous intéresser que dans la mesure où ils nous permettaient de remonter plus haut dans le temps. Aussi cette méthode nous a-t-elle conduit à ne retenir qu'un très petit nombre de textes.

* * *

Nos recherches nous ont montré que la plus importante de nos sources, malgré sa date tardive, était les *Institutiones* de Gaius. Gaius a été, parmi les commentateurs des XII Tables, le dernier en date. Sans doute, sa connaissance de la vieille législation décemvirale n'était-elle pas parfaite[2]. Mais il reste vrai de dire qu'il a

1. *Ab u. c.*, éd. Seymour Conway et Flamstead Walters, dans *Scriptorum classicorum bibliotheca oxoniensis*, I, 32, 11. La présence du verbe *oportere* dans ce texte nous a été rappelée par M. Giffard.

2. Voy. Schoell, *Legis duodecim tabularum reliquiae* (1866), p. 42-46; Krueger, *Z. S. S.*, 5 (1884), p. 221; Krueger, *Sources*, trad. Brissaud, p. 246-247; Riccobono, *Fontes* (1909), p. 49 (Tab. VIII, 15 *a*); Huvelin, *Furtum*, p. 53; Kübler, article *Gaius*, dans Pauly-Wissowa, *Realencyclopädie*. Il ne convient cependant pas de pousser la critique trop loin. Bien des obscurités apparentes, voire des contradictions de Gaius, s'expliquent par l'histoire. Cf. Kübler, *op. cit.*, sur *Inst.*, II, 64, réfutant Krueger, *Quellen*, 185, 19 (à propos du *pignus*), de même que sur d'autres paragraphes. Quant à soutenir, comme on le fait souvent (voy., par ex., Riccobono, *loc. cit.*), que Gaius n'a pas utilisé le texte même de la loi des XII Tables, mais seulement d'anciens commentaires, rien ne nous semble moins vraisemblable. Les auteurs qui le font ont composé leurs ouvrages à une époque où l'on admettait très généralement que Gaius avait vécu et écrit ses œuvres dans une province, tandis que l'on pense aujourd'hui plutôt que la vie et l'activité juridique de Gaius ont eu Rome pour théâtre. Voy. Kübler, *loc. cit.*, et préface latine de l'édition Teubner (1935), *Geschichte* (1925), p. 269; Martin Fehr, *Z. S. S.*, 32, 1911, p. 390 à 401; Kipp, *Quellen* (1919), p. 127; Jörs-Kunkel-Wenger (1935), § 19, 4; Longo e Scherillo, *Storia del dir. rom.* (1935), p. 296, etc... En sens contraire

été le seul jurisconsulte postérieur à Auguste qui ait écrit un tel commentaire, qu'il avait donc étudié le droit ancien[1] et qu'il est toujours grave de lui imputer une erreur. Nous pourrons même admettre dans notre démonstration, comme on le verra, qu'il n'a pas cité les termes mêmes de la loi des XII Tables dans l'un des textes les plus importants que nous devrons étudier. Enfin, il n'est aucune raison de suspecter son témoignage sur les points précis qui nous intéressent. Bien mieux, nous trouverons dans les *Notae iuris* de Valerius Probus une confirmation au moins partielle de ses dires.

Le verbe *oportere* se trouve dix fois seulement[2] dans les trois premiers commentaires de Gaius. On doit passer rapidement sur ces textes, en signalant cependant la phrase suivante (III, 180) :

Apud ueteres scriptum est ante litem contestatam dare debitorem OPORTERE, post litem contestatam condemnari OPORTERE, post condemnationem iudicatum facere OPORTERE.

Il n'est pas besoin d'insister ici sur le sens d'*oportere*. Mais quels sont les *ueteres* dont parle notre jurisconsulte? Sont-ils les jurisconsultes de la fin de la République et du début de l'Empire, qu'il désigne ailleurs de la même façon[3]? On peut en douter, à la lecture du § 11 du commentaire IV[4], où les *ueteres* sont les contem-

cependant encore Arangio-Ruiz, *Bull. d. Ist. rom.*, outre Kniep, *Der Rechtsgelehrte Gaius und die Ediktskommentare*, Iena, et *Gai Institutionum Commentarius Primus, Text mit Vorwort...*, Iena (1910 et 1911), dont les conclusions ont été généralement rejetées. Cf. Martin Fehr, *loc. cit.* Les manuels français suivent cependant l'ancienne opinion de Mommsen (*Iahrb. des gem. R.*, III, 1859, p. 1 et suiv.), combattue par Huschke dans sa préface latine toujours reproduite de l'édition Teubner et par bien d'autres. L'argument le plus sûr est à déduire, nous semble-t-il, du fait que Gaius se représente lui-même comme un zélé Sabinien et démontre par là qu'il devait sa formation de jurisconsulte à l'école romaine des Sabiniens.

1. Il est peut-être vrai de dire, avec Kübler, *Realencyclopädie*, *loc. cit.*, que Gaius n'avait pas le sens de l'histoire, mais il est faux de soutenir qu'il n'en avait pas le goût. Le contraire est démontré par son introduction au Commentaire des XII Tables (D., I, 2, 1), où il compare l'interprétation qui ne tient pas compte de l'histoire à un « travail accompli avec des mains non lavées ». Ses *Institutiones* contiennent, en outre, nombre de développements historiques : sur la pluralité de cautions, les testaments, le *furtum*, la procédure... Et cette énumération est loin d'être limitative.

2. II, 204, 213, 244. — III, 91, 137, 155, 174, 179, 180, 181.

3. I, 188, où sont cités Q. Mucius, Seruius Sulpicius et Labéon. Voy., sur la question en général des *ueteres* et la littérature de seconde main qui les concerne, Huvelin, *Furtum*, p. 359-360.

4. *Actiones, quas in usu ueteres habuerunt, legis actiones appellabantur.* Nous étudierons plus loin ce texte.

porains des XII Tables. Ce doute est néanmoins très loin de la certitude. Il convient donc de citer ce texte, non de s'y arrêter.

En continuant nos investigations, nous rencontrons des emplois beaucoup plus nombreux du verbe *oportere* dans le commentaire IV des *Institutiones*. Ce livre est, on le sait, consacré à l'étude de la procédure, surtout des formules, l'auteur reproduisant textuellement les phrases de leur contenu. Nous pouvons citer trente-cinq paragraphes dans lesquels on rencontre, souvent plusieurs fois, notre mot[1]. Choisissons parmi eux :

IV, 2. In personam actio est, qua agimus, quotiens *litigamus* cum aliquo, qui nobis uel ex contractu uel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE.

IV, 5. Appellantur... in personam uero actiones, quibus DARI FIERIVE OPORTERE intendimus, condictiones.

IV, 17 b. Per condictionem ita agebatur : aio te mihi sestertiorum X milia DARE OPORTERE...

IV, 18. ... Nunc uero non proprie condictionem dicimus actionem in personam *esse, qua* intendimus DARI nobis OPORTERE.

IV, 20. ... quod nobis DARI OPORTET...

IV, 33. ... DARI nobis OPORTERE intendimus...

IV, 47. ... quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio DARE FACERE OPORTET ex fide bona...

Nous pourrions multiplier les citations. Mais il est d'ores et déjà bien évident — et d'ailleurs reconnu par tous les romanistes du monde entier — que les mots *dari fieri oportere* formaient une expression juridique toute précise, technique, dans les formules de procédure : elle permettait de reconnaître, dans l'*intentio* d'une formule, une demande personnelle conforme au *ius*. L'action, dont l'*intentio* contenait le verbe *oportere*, était dite *in ius concepta*, par opposition aux actions *in factum*, où il n'était question que de faits et non d'un droit. *Oportere* symbolisait ainsi, dans la

1. Nous complétons ici le *Vocabolario* de Zanzucchi par le relevé des emplois du mot dans les nouveaux fragments de Gaius et nous obtenons ainsi la liste suivante : IV, 2, 4, 5, 17 a, 17 b, 18, 20, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 41, 42, 45, 47, 53, 54, 55, 57, 60, 61, 64, 67, 87, 93, 116 a, 116 b, 131, 131 a, 134, 135, 163, 183. La fréquence même de l'emploi d'*oportere*, dans le livre consacré par Gaius à l'étude de la procédure, suffirait, à elle seule, à prouver que ce mot était un terme technique de procédure. La comparaison du nombre total de ces emplois, avec celui relevé dans les trois premiers commentaires, est édifiante.

technique procédurale, le droit que les juristes modernes nomment droit personnel parce qu'il est celui qui permet à une personne d'exiger une certaine prestation d'une autre personne. Et comme, juridiquement, la notion du droit personnel se confond avec celle de l'obligation, il en résultait qu'à Rome, dans cette technique procédurale qui était par excellence la technique du droit, *oportere* exprimait l'idée du devoir juridique reconnu et sanctionné par le droit civil[1].

Oportere appartenait donc, en droit classique romain, à la langue de ce droit. Il avait dans les formules de procédure une valeur presque symbolique, en tous les cas bien précise, technique. Et son sens était le plus fort que l'on puisse concevoir.

Mais depuis quand en était-il ainsi? Était-ce depuis l'époque des *ueteres* contemporains des XII Tables?

Nous le pensons. Et voici nos preuves :

1° Le § 17 a du commentaire IV de Gaius (nouveaux fragments du Caire) est ainsi rédigé :

P*er* iudici*s* p*o*stulati*o*nem ageba*tur*, *si* qua de re ut ita agere*t*ur lex iuss*i*sset sicu*ti* lex XII *t*abularum de *eo* q*uod* ex stipul*a*ti*o*ne petitur. ea*que* res talis fere erat. qui agebat sic dicebat : EX SPONSIONE TE MI*H*I X MI*LIA SESTERTIORVM* DARE OPORTERE AIO : ID POSTVLO AIAS AN NEGES. adu*e*rsarius dicebat N*ON* O*PORT*ERE. Actor dicebat...

De toute évidence, Gaius cite ici textuellement une formule de

1. Cette traduction a pour elle l'unanimité des romanistes. Voy., par exemple, Heumann-Seckel, *loc. cit.* : « in den Klagformeln bedeutet *oportere* : aa) die im Zivilrecht gegründete Verpflichtung, Schuld des Beklagten; in dieser Bedeutung steht *oportere* oder *oportet* in der *intentio* aller *formulae in ius conceptae* für *actiones in personam*, und nur in solchen Formeln... »; Riccobono, *Corso*, II, p. 72 : « *In ius concepta* è la formula in cui la *intentio*, ossia la parte in cui si conclude la domanda dell'attore, è fondata su di una norma, un principio di *ius ciuile*. In questo tipo è caratteristica la frase *dare oportere*, che sta ad indicare l'obbligo conforme al *ius* su cui la lite verte... »; Girard, *Man.*, p. 1080; Giffard, *Précis*, n° 240; Wenger, *Institutionen des röm. Zivilprozessrechts*, p. 153 (sur la distinction des actions *in ius* et *in factum*); Jörs-Kunkel-Wenger, *Röm. Recht*, éd. 1935, p. 61, n. 3, qui introduisent ici la distinction allemande de la *Schuld* et de la *Haftung* et pour qui *oportere* exprime l'idée de la *Schuld;* enfin — et sans pouvoir citer tous les auteurs — M. E. Levy, *Z. S. S.* (1934), p. 298 et p. 301, traduisant *dare oportere* par « ein Leistensollen ». Quant aux juristes romains eux-mêmes, voy. Gaius, IV, 45 : *Sed eas quidem formulas, in quibus de iure quaeritur, in ius conceptae uocamus, quales sunt, in quibus intendimus... nobis dari oportere...* Voy. aussi les paragraphes suivants et, au paragraphe 47, un exemple d'action *in ius* et un autre d'action *in factum*.

procédure, celle de la vieille *legis actio per iudicis arbitriue postulationem*. L'adverbe *fere* s'explique par l'exemple choisi, qui est celui d'une *sponsio* (sorte de stipulation) ayant pour objet une somme d'argent. Telle devait être, en effet, l'hypothèse la plus générale, la plus courante, dans laquelle la *i. a. p.* servait de sanction à la stipulation. Quant au sens d'*oportere*, il est impossible de ne pas reconnaître en lui celui que nous venons de définir pour l'époque classique[1].

Mais il nous faut dater cette formule. Gaius nous dit que c'était la loi des XII Tables qui ordonnait d'agir par *i. a. p.* lorsqu'une stipulation (la *sponsio* était la stipulation des citoyens) avait été faite. Il semble logique d'en conclure que la formule avait été rédigée par les décemvirs eux-mêmes[2].

Nous ne l'affirmons cependant pas. Deux objections viennent à l'esprit, en effet, contre une telle opinion : tout d'abord, il faut remarquer que la formule parle de sesterces, monnaie inconnue à l'époque des XII Tables[3] ; ensuite, il convient de retenir que, très vraisemblablement, la loi des XII Tables ne contenait pas les formules des *legis actiones :* elle pouvait créer, donner des actions, elle n'était pas un formulaire de procédure, puisque les Romains durent attendre la publication par Cn. Flavius de celui d'Appius Claudius pour connaître, bien plus tard, les formules jalousement tenues secrètes par les pontifes. Ces deux objections méritent d'être examinées.

Gaius ne nous dit pas que la formule citée par lui était dans les

1. Sur ce dernier point, croyons-nous, et à la suite d'une communication faite par M. J. Carcopino aux *Journées d'histoire du droit* de juin 1937, M. le doyen Duquesne a exprimé en notre absence et peu avant nous la même opinion. Nous avons été heureux d'apprendre, lors de notre rapide retour au congrès dont une vérification de texte nous avait éloigné quelques instants, que notre éminent collègue nous avait précédé et couvrait ainsi cette interprétation de son autorité.

2. C'est l'avis de M. Ernst Levy, *Z. S. S.*, 54 (1934), p. 299, qui parle de *dezemviralen Spruchformel*.

3. Selon Pline, *N. H.*, 33, 46, le monnayage de l'argent n'a commencé à Rome qu'en 269 av. J.-C. Mais nous savons qu'il faut entendre par là que les Romains, en cette année ou dans les années qui suivirent, instituèrent un atelier de monnayage à Rome sur le Capitole, dans le temple de *Iuno Moneta*, la Conseillère, et s'y mirent à frapper de l'argent. En réalité, la frappe de ce métal avait déjà commencé pour eux lors de la conquête de la Campanie. Elle se faisait, il est vrai, selon des mesures très différentes. Voy. sur tout cela Kübler, *Geschichte*, p. 355, dont nous nous contentons de reproduire l'opinion ici ; de même, Païs, dans Glotz, *Hist. anc.*, p. 205, p. 403 et suiv. Il nous est impossible de consacrer à cette place un examen plus approfondi à cette question.

XII Tables. Il écrit que les XII Tables ordonnaient d'agir par *i. a. p. de eo quod ex stipulatione petitur*. Il résume, rapporte la disposition des XII Tables, disposition qui ne pouvait être rédigée qu'en termes généraux. La formule reproduite, au contraire, convenait au cas, certes le plus fréquent, mais non le seul, où l'on agissait par *i. a. p.*, c'est-à-dire celui d'une stipulation de somme d'argent. Mais la stipulation pouvait porter sur une chose autre qu'une *pecunia*. Gaius lui-même nous l'indique par le mot *fere*. Il cite donc un exemple concret : celui de la formule donnée dans le cas ordinaire d'une stipulation pécuniaire. Le législateur, quant à lui, ne pouvait pas prévoir toutes les hypothèses différentes dans lesquelles la stipulation aurait à jouer. Il n'a donc pas eu à parler de sesterces ou d'une autre monnaie quelconque : il a entendu ordonner la *i. a. p.* dans tous les cas où une chose, quelle qu'elle fût, était réclamée en vertu d'une stipulation (*de eo quod ex stipulatione petitur*) et, si l'on devait penser qu'il a lui-même établi la formule de cette *legis actio*, il faudrait nécessairement admettre qu'il l'a fait en termes très généraux également. Ajoutons que, seule, une disposition aussi large et imprécise a pu permettre d'agir par *i. a. p.* pour réclamer une créance de 10,000 sesterces, selon l'exemple choisi par Gaius, le jour où le sesterce a été connu. Nous allons le démontrer en étudiant un autre texte dans lequel nous trouverons, en même temps, la preuve que le verbe *oportere* se trouvait cependant, avec son sens fort, dans la loi des XII Tables.

Il s'agit encore d'un fragment de Gaius :

IV, 11. Actiones, quas in usu ueteres habuerunt, legis actiones appellabantur uel ideo, quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, uel ideo, quia ipsarum legum uerbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges obseruabantur. unde eum, qui de uitibus succisis ita egisset, ut in actione uites nominaret, responsum est rem perdidisse, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de uitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur.

Ce texte nous apprend que les actions de la loi étaient ainsi appelées, soit parce qu'elles avaient été établies par des lois (entendons par là que leurs formules avaient été rédigées par le législateur lui-même) à une époque où les édits du préteur, qui devaient plus

tard contenir les formules de procédure, n'existaient pas encore, soit parce qu'elles avaient été calquées sur les termes employés par le législateur, c'est-à-dire parce que leurs formules reproduisaient les mots des textes législatifs. Gaius ajoute qu'il n'était même pas permis de remplacer le mot *arbores* par celui de *uites* dans l'*actio de arboribus succisis*, parce que la loi des XII Tables, en vertu de laquelle cette action était donnée, avait parlé *en général* des arbres coupés. D'où il ressort que, si la loi des XII Tables avait parlé, à propos de la *i. a. p.*, d'une stipulation ayant pour objet une somme d'argent exprimée dans la monnaie de l'époque, il eût été impossible par la suite d'utiliser cette procédure pour réclamer les 10,000 sesterces qui figurent dans l'exemple de Gaius.

Ce n'est pas le seul enseignement de ce texte. Gaius y définit une double alternative : les lois anciennes, nous dit-il, donnaient elles-mêmes les formules des *legis actiones* ou ces formules étaient établies en reproduisant mot pour mot les expressions du législateur. Il est légitime d'en conclure que, la loi des XII Tables ordonnant d'agir par la *legis actio per i. a. p. de eo quod ex stipulatione petitur* et la formule de cette action contenant l'expression technique *dare oportere*, ces deux mots devaient nécessairement se trouver dans la vieille législation décemvirale. Il est impossible de sortir de ce dilemme : ou la loi des XII Tables donnait elle-même la formule de la *i. a. p.* dans la forme *ex sponsione te mihi DARE OPORTERE aio*[1], ce qui nous paraît peu vraisemblable, ou les *uerba* de la *i. a. p.* étaient, dans la même forme, *ipsius XII tabularum legis uerbis accommodata*, et les mots DARE OPORTERE se trouvaient déjà dans la loi des XII Tables également. En admettant la seconde alternative, il faut même dire que, de tous les *uerba* de la formule, celui dont la présence était la plus nécessaire et, à nos yeux, est la mieux démontrée dans la loi des XII Tables, est celui que nous étudions. En effet, par la phrase *aduersarius dicebat non oportere*, Gaius nous montre qu'*oportere* était le mot principal, essentiel, de la formule calquée (*accommodata*) sur les *uerba* de la loi, car c'était sur lui que portait la négation du défendeur et que se fondait la contestation. A l'*oportere* du demandeur, affirmation du devoir juridique mis en œuvre par la contrainte judiciaire, répondait le *non oportere* du défendeur. Et nous savons que décla-

1. Nous écartons de cette formule toute mention d'une somme d'argent pour les raisons qui ont été déjà exposées.

rations et défenses étaient également formalistes dans les *legis actiones*, les deux plaideurs devant employer des locutions choisies par le législateur ou empruntées au texte des lois[1].

Les deux alternatives définies par Gaius conduisent donc à une conclusion inébranlable. Le rapprochement des deux fragments ci-dessus nous donne la certitude que le verbe *oportere* était déjà dans le texte des XII Tables, sans nous obliger à admettre que Gaius, en nous conservant la formule de la *i. a. p.*, a reproduit un modèle procédural imaginé par les décemvirs eux-mêmes. Il devient difficile, de ce fait, d'accuser Gaius d'une erreur. Pour concevoir un soupçon sérieux, il faudrait ici, comme on a pu le faire ailleurs[2], trouver, avec un autre fragment des *Institutiones* ou avec un autre auteur, une contradiction. Or, non seulement il n'en existe pas, à notre connaissance, mais encore les deux fragments étudiés s'expliquent à merveille l'un par l'autre et, enfin, il faut trouver dans les *Fragmenta de iuris notis*[3] de Valerius Probus, contemporain de Néron et de Domitien, qui cependant a pu, comme on l'admet généralement, emprunter ses citations des *legis actiones*, par l'intermédiaire de quelque auteur, au *Ius Flauianum* antérieur de trois siècles à notre ère, une confirmation expresse du renseignement de Gaius. Nous savons, en effet, par ce grammairien, que le verbe *oportere* était employé dans les formules des actions de la loi[4]. Et voici, selon Valerius Probus, la phrase dans laquelle on le rencontrait :

4. In legis actionibus haec : I. A. T. M. D. O. aio te mihi DARE OPORTERE.

Moins les mots *ex sponsione*, cette phrase est exactement celle de la formule de la *i. a. p.* citée par Gaius. Elle était certainement

1. Il suffit de lire la description du *sacramentum in rem* par Gaius, IV, 16, pour en être convaincu.

2. Ainsi Gaius, *Inst.*, II, 45, attribue aux lois *Iulia* et *Plautia* la prohibition d'usucaper les *res ui possessae* et affirme, *Inst.*, II, 49, que cette interdiction remonte aux XII Tables. Voy. aussi, à propos d'une autre erreur commise par Gaius au sujet des XII Tables, Huvelin, *Furtum*, p. 53.

3. Girard, *Textes*, éd. 1937 (Félix Senn), p. 212 et suiv.; Riccobono, *Fontes*, II, p. 363 et suiv. Cf., sur le titre « de iuris notarum », l'édition de Th. Mommsen, dans H. Keil, *Gramm. lat.*, t. IV, Leipzig, 1864, p. 268. Sur l'emprunt possible de Probus au *Ius Flauianum*, voy. Mommsen, *Philolog. schr.*, 213, et Krüger, *Quellen*[2], p. 33, n. 32. Litt. chez Jörs-Kunkel, *op. cit.*, § 14, n. 6.

4. *Oportere* se trouve aussi dans les *Excerpta Probiana ex Codice Einsidlensi* (Riccobono, *Fontes*), sous les n[os] 6, 7 et 13 (Girard, *Textes*, n[os] 42, 41 et 69).

d'un usage général dans les *legis actiones in personam*[1]. On comprend par là que Valerius Probus n'ait pas eu à reproduire le *ex sponsione* de la *i. a. p.*, usité seulement dans les hypothèses où cette *legis actio* servait de sanction à la stipulation. Sans doute Valerius Probus ne nous dit-il pas que cette phrase était dans les XII Tables. Peu nous importe, d'ailleurs. Mais il résulte de ses propos qu'elle était déjà, au vieux temps des actions de la loi, d'un usage traditionnel et, par conséquent, si ancien[2] que l'on pouvait, sans craindre de la rendre inintelligible, en abréger tous les mots en les représentant par leurs lettres initiales.

En résumé, nous pouvons affirmer qu'*oportere* marquait déjà, à l'époque des XII Tables, le devoir juridique, l'obligation au sens technique et précis du droit romain.

2° Les nouveaux fragments de Gaius ne nous fournissent pas seulement des renseignements précieux sur la *i. a. p.* Ils nous font connaître aussi la formule de la *legis actio per condictionem*, procédure moins ancienne que la *i. a. p.*, car elle n'a été créée que par deux lois de dates imprécises, mais certainement toutes deux du VI^e^ siècle de Rome : les lois *Silia* et *Calpurnia*[3]. L'expression technique *dari oportere*, que nous retrouvons dans la formule de la *condictio*[4], ne prouve donc que la coexistence du sens fort et du sens affaibli de notre verbe au siècle de Plaute. Mais, si la *condictio*,

1. Voy., par exemple, la formule de la *legis actio per condictionem*, ci-dessous n. 26. La *i. a. p.* a aussi été donnée par des lois dans des cas où il n'y avait aucune stipulation, cf. Gaius, IV, 17 a.

2. Voy. la préface de Valerius Probus : *Est etiam circa perscribendas uel pauciores litteras notandas uoces studium necessarium. Quod partim pro uoluntate cuiusque fit, partim pro usu publico et obseruatione communi. Namque apud ueteres cum usus notarum nullus esset...*

3. Gaius, IV, 19.

4. Gaius, IV, 17 b. *Per condictionem ita agebatur : aio te mihi sestertiorum X milia dare oportere : id postulo, aias aut neges. aduersarius dicebat non oportere. actor dicebat : quando tu negas, in diem trigensimum tibi iudicis capiendi causa condico. deinde die tricensimo ad iudicem capiendum praesto esse debebant. condicere autem denuntiare est prisca lingua. 18. Itaque haec quidem actio proprie condictio uocabatur. nam actor aduersario denuntiabat, ut ad iudicem capiendum die XXX adesset; nunc uero non proprie condictionem dicimus actionem in personam esse, qua intendimus dari nobis oportere. nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.* C'est donc la survivance du *dari oportere* qui a fait conserver à cette procédure son nom de *condictio*, lorsque l'ancienne *denuntiatio* eut disparu. L'importance de ces mots, tant dans la *legis actio per condictionem* que dans la *condictio* classique, est ainsi mise en pleine lumière. Voy. aussi la phrase *actor dicebat non oportere*. La *legis actio p. c.*, procédure plus perfectionnée, a certainement dû entraîner de bonne heure la désuétude de la *i. a. p.* ou sa transformation dans le genre classique.

dont nous parle Gaius et qui fut celle du droit privé, n'est pas aussi ancienne que la loi des XII Tables, elle a été précédée dans le temps d'une autre procédure appartenant au droit international public, qui présentait avec elle certaines ressemblances impressionnantes. Cette procédure était celle de la très vieille et très obscure[1] *clarigatio.*

Avant de pénétrer, avec Tite-Live, dans les détails de cette curieuse institution, il faut bien retenir que la *condictio* du droit privé servait à assurer surtout la restitution des choses détenues sans droit. Les Romains parlaient de *condictio furtiua*, de *condictio indebiti.* Quelle que soit l'époque à laquelle ils ont commencé à tenir ce langage, il est intéressant de rapprocher ces expressions, quant au sens, de celui du verbe *clarigare.* Dans la langue rituelle, écrivent MM. Ernout et Meillet (*Dict.*, *u*° *clarus*), *clarigare* signifie « réclamer à haute voix à l'ennemi ce qu'il a pris ». La *clarigatio* du droit international public avait donc la même nature juridique que la *condictio* du droit privé : toutes deux servaient à la répétition de tout ce qui était possédé injustement au regard du droit romain[2].

Lisons maintenant Tite-Live, *ab u. c.*, I, 32, 11 :

Confestim rex his ferme uerbis patres consulebat : « Quarum rerum litium causarum CONDIXIT pater patratus populi Romani Quiritium patri patrato Priscorum Latinorum hominibusque Priscis Latinis, quas res nec dederunt [nec soluerunt] nec fecerunt, quas res DARI FIERI [solui] OPORTVIT... »

De toute évidence, le roi rapporte aux *patres* le langage qui a été tenu par le *pater patratus* du peuple romain à celui des anciens Latins et aux anciens Latins eux-mêmes, langage auquel Tite-Live a fait allusion très brièvement un peu plus haut dans la phrase *Peragit deinde postulata*, I, 32, 6. En d'autres termes, le roi reproduit la formule elle-même de la *clarigatio.* Le verbe *condixit* nous montre que celle-ci était une véritable *condictio.* En outre, depuis

1. Quint., *Inst.*, VII, 3, 13, rangeant le mot *clarigatio* parmi les *uerba obscuriora et ignotiora.* — Voy. aussi, sur les rapports de la *clarigatio* et de la *condictio*, Giffard, *R. H. D.*, 1937, p. 771, n. 2.

2. Voy. chez Tite-Live, I, 32, 5 : *ius... quod nunc fetiales habent descripsit, quo RES REPETVNTVR. 6. Legatus ubi ad fines eorum uenit unde RES REPETVNTVR...* Voy. aussi Pline, *N. H.*, 2, 3 : *clarigatumque mitterentur, id est res raptas clare repetitum...*

la découverte de 1933 (Gaius du Caire), il est devenu possible de rapprocher les mots DARI FIERI OPORTVIT de la formule prononcée par le héraut sacré de celle de la plus ancienne *condictio* du droit privé : *Aio te mihi... dare oportere.* Ajoutons aussi, pour continuer la comparaison, que le même délai de trente jours[1] était accordé par les Féciaux dans la *condictio* internationale et par le droit privé au défendeur dans la *condictio* étudiée par Gaius[2].

Ainsi, le nouveau Gaius nous permet de préciser le rapprochement de la *clarigatio* et de la *condictio* de l'ancien droit privé. Et ceci nous révèle clairement le sens du verbe *condicere : in diem trigensimum tibi iudicis capiendi causa condico.* Il ne nous semble plus possible désormais de voir dans ce mot l'idée d'un accord, d'un arrangement entre les parties, conclu à propos de leur comparution devant le juge[3]. *Condicere* marque ici incontestablement la sommation d'avoir à prendre juge dans le délai fixé. Son équivalent est bien le verbe *denuntiare* employé par Festus et par Gaius[4]. La *condictio* était donc, comme la *clarigatio*, une affirmation du devoir juridique de l'adversaire (*aio te... dare oportere*), suivie, pour le cas où cet adversaire refusait de s'exécuter (*quando tu negas* chez Gaius, *quas res nec dederunt nec fecerunt* chez Tite-Live), d'une sommation (*condictio* au sens étroit, qui a donné son nom à toute

1. Trente-trois jours, selon Tite-Live, I, 32, 9, mais les trois jours supplémentaires se trouvaient aussi dans la *comperendinatio* (Gaius, IV, 15) qui faisait suite à la nomination du juge dans la *condictio* privée comme dans les autres *legis actiones*. Cf. Wenger, *Institutionen*, p. 183.

2. Nous n'entendons cependant pas résoudre ici la question des origines de la *condictio* du droit privé et nous nous dispensons d'examiner, à ce sujet, les textes et les opinions émises. Il nous est impossible d'étudier à cette place un problème d'histoire juridique aussi important et difficile, qui nous conduirait à tenter d'éclaircir les très obscures notions du *condictus dies cum hoste* et du *status dies cum hoste*. Cf. Aulu-Gelle, *N. A.*, XVI, 4, 4; Plaute, *Curculio*, I, 5, et litt. citée par Wenger, *Institutionen*, p. 123, n. 20.

3. Ernout et Meillet, *Dictionnaire étym.*, *u°* *dix*, *dicis*, édition 1932. Les nouveaux fragments de Gaius ayant été découverts en 1933, aucune édition nouvelle n'a paru depuis.

4. Il nous semble que, selon le grammairien dont nous avons l'abrégé doublement réduit chez Paul Diacre (Bruns, *Fontes*, II, Scriptores, p. 5), *condicere* a eu deux sens : 1° P. 64, *condicere est dicendo denuntiare* (comp. Gaius, IV, 17 b), et P. 66, *condictio in diem certum eius rei, quae agitur, denuntiatio*. Il paraît bien difficile ici de ne pas traduire *condicere* par *sommer*, *inviter à*, et *condictio* par *sommation*, non cependant par *citation*, car la *denuntiatio* qui donna, à l'origine, son nom à la *legis actio per condictionem*, n'était pas une citation en justice. Elle n'est pas à l'origine de la *litis denuntiatio* du droit postclassique. Cf. Boyé, *La denuntiatio introductive d'instance sous le Principat*, Bordeaux, 1922, p. 131. — 2° P. 39, *condictum est, quod in commune est dictum.*

la procédure) d'avoir à prendre juge au bout des trente jours. Ces trente jours, suivis des trois autres de la *comperendinatio*, précédaient la contrainte finale résultant du jugement en droit privé et de la guerre en droit international.

Si frappants que soient ces rapprochements, nous n'entendons cependant pas soutenir que les lois *Calpurnia* et *Silia* n'ont fait que transposer, en la laïcisant et en la simplifiant, une procédure du droit international public dans le droit privé. Mais ils nous montrent que celui-ci a emprunté, en créant la *legis actio per condictionem*, certaines choses à la très vieille procédure du *ius fetiale*, parmi lesquelles les mots solennels et symboliques, expression du devoir juridique le plus rigoureux : DARE OPORTERE. En d'autres termes, nous retrouvons le verbe *oportere* dans le très ancien rituel des Féciaux avec le même sens juridique que dans la loi des XII Tables et la formule de la *iudicis arbitriue postulatio*.

3° On nous permettra sans doute de passer plus rapidement, désormais, sur des textes que nous avons cru devoir retenir et qui, à la vérité, présentent un intérêt moindre, car ils sont d'une époque moins ancienne que celui des XII Tables et du rituel du *ius fetiale*.

Parmi les emplois d'*oportere* au sens fort, Heumann et Seckel ont relevé certains textes où ce verbe sert à marquer la force obligatoire des règles du droit public qui s'imposent aux magistrats dans l'accomplissement de leurs fonctions. Ils n'ont, cependant, pas cité le plus ancien de ces textes, facile à retrouver néanmoins, grâce à l'*Index* de Bruns. Ce texte est celui, d'après Festus[1], de la *lex Papiria de sacramentis*. Cette loi, en même temps qu'elle rendait les triumvirs capitaux électifs, décidait qu'ils auraient à accomplir les divers actes de leurs fonctions *uti ex legibus plebeique scitis exigere iudicareque esseque oportet*. Il est malheureusement impossible de dater cette loi avec précision. On doit seulement penser, avec Mommsen et Girard, qu'elle fut postérieure à la création de la préture pérégrine en 512 de Rome et antérieure à la loi latine de Bantia et à la *lex Acilia repetundarum* (*Seruilia* de Glaucia, selon M. Carcopino)[2]. Néanmoins, il semble que les devoirs

1. Cf. Bruns, *Fontes*, I, n° 4; Fest. 344.

2. Sur la date (108) proposée par M. Carcopino, voy. *Autour des Gracques*, p. 205 et suiv., et, du même auteur, *La République romaine*, dans Glotz, *Histoire ancienne*, 3e partie, p. 311, n. 18 En sens différent encore l'édition 1937 des *Textes* de Girard, qui ne fait état que des anciennes opinions.

(*oportere*) des triumvirs capitaux avaient été définis par des lois et des sénatus-consultes dès la seconde moitié du v^e^ siècle[1] de Rome. On peut tenir pour vraisemblable — mais non pour démontré — que notre verbe se trouvait déjà dans ces textes.

Ajoutons aussi que ce verbe se trouvait certainement au sens fort dans la formule donnée par le préteur Rutilius Rufus[2] au *bonorum emptor* agissant par l'action à transposition de personnes (*actio Rutiliana*). Or, Publius Rufus a été consul en 105 av. J.-C. et préteur au plus tard en 118[3].

Nous ne pousserons pas plus loin notre examen des textes juridiques concernant l'ancien droit[4].

* * *

Ceux-ci ne nous ont permis de reconnaître à *oportere* qu'un seul sens, ce verbe marquant toujours l'obligation au sens juridique. Il n'existe pas, à notre connaissance, un seul texte qui, pour l'époque des origines et jusqu'à Plaute, puisse attester une autre signification.

Nous n'avons cité que ceux dont l'authenticité ne pouvait être mise en doute. Nous avons entendu, au contraire, nous abstenir d'invoquer le témoignage des *leges regiae*[5], dont les rares citations

1. Voy., sur la date de la loi *Papiria*, Mommsen, *Staatsrecht*, 2, 580, et surtout Girard, *Organisation judiciaire*, I, p. 178, n. 2. Sur la date de la création des triumvirs capitaux, voy. aussi ces mêmes auteurs et notamment le second, *op. cit.*, p. 178, n. 1.

2. Gaius, *Inst.*, IV, 35.

3. Girard, *Man.*, p. 1111, n. 4, et *Mélanges*, I, p. 91-94.

4. Nous pensons que, dans le *de agri cultura* de Caton, *oportere* se traduit par *il est nécessaire de, il est indispensable de*, et non par *il convient de* (144, 1; 145, 1; 146, 1; 147, 1; 148, 1; 149, 1; 150, 1). Le sens est donc encore celui d'obligation, il marque la nécessité et non la convenance. On peut, toutefois, en discuter, car l'interprétation n'est pas aussi évidente que dans les textes précités.

5. L'impressionnante démonstration apportée par M. J. Carcopino aux *Journées d'histoire du droit* de Paris (juin 1937) ne nous permet pas de croire à leur authenticité. — Voy. cependant dans des sens différents sur les *leges regiae* : Westrup, *On the antiquarian-Historiographical activities of the Roman pontifical College. Danske Videnskabernes Selskab, Hist.-filol. Meddelelser*, 16, H. 3, p. 19 et suiv.; Baviera, *Scritti Giur.*, 1909, p. 37 et suiv., réfutant Hirschfeld, *Berl. Sitzungsberichten*, 1903, p. 1 et suiv., et *Kleinen Schriften*, 1913, p. 239, où l'auteur a abandonné l'opinion critiquée par Baviera; Bremer, *Iurisprud. Antehadr.*, I, p. 132 et suiv. Nous ne croyons pas devoir citer ici les travaux anciens de Glück, Dirksen et Voigt, et nous renvoyons, pour le surplus, aux *Textes* de Girard, p. 3-5, en croyant cependant devoir ajouter que l'opinion dominante aujourd'hui est exposée dans les ouvrages plus ou moins scolaires de Bruns-Lenel, *Geschichte und Quellen*

textuelles contiennent cependant deux fois (Numa, *Ius sacrum*, 3 et 4) notre verbe, la seconde fois, notamment, dans la forme *aeris CCC darier oporteat*, à propos du bénéfice pécuniaire qui accompagne et compense sans doute le sacrifice à Jupiter Férétrien, conséquences, tous deux, de la capture des *prima spolia opima*. Nous sommes en présence de dispositions du *ius sacrum*, comme pour la *clarigatio*, institution liée au culte de Jupiter Férétrien aussi, et dans la formule de laquelle nous avons également rencontré l'expression technique *dari oportere*. Personne ne croit plus, certes, à l'authenticité des *leges regiae*. Mais il ne semble pas possible de s'appuyer sur le sens qu'elles prêtent à notre verbe pour donner adhésion à cette *communis opinio*.

Mais, si les textes examinés ne donnent à *oportere* qu'un seul sens, par contre, dans les sources de basse époque et même les compilations de Justinien, *oportere* a différentes significations. On y rencontre d'abord l'emploi de ce verbe pour désigner ce qui est exigé non par le droit, mais par l'équité. Nous touchons ici à la notion du devoir moral. Or, il est de première importance, dans notre étude, de remarquer que ces textes sont ou interpolés ou douteux, ainsi que le signale le *Handlexikon* de Heumann et Seckel[1]. Voudrait-on même écarter le soupçon qui pèse sur l'un d'eux et soutiendrait-on que, par l'intermédiaire d'Ulpien (l. 23 ad ed., D., 9, 3, 5, 12 : *Seruius respondit ad exemplum huius actionis dari oportere actionem*), il permet de remonter jusqu'à une affirmation de Servius Sulpicius, consul en 51 et mort en 43, on n'en pourrait rien conclure que nous ne sachions déjà, puisque le sens affaibli

des röm. Rechts, dans *Enzyklopädie d. Rechtswissenschaft* de Holtzendorff et Kohler, Band I, H. 1 (1913), pp. 318-319; Kübler, *Geschichte* (1925), p. 9-10; Longo e Scherillo, *Storia* (1935), p. 46 à 49; de Francisci, *Storia*, I, p. 340-341, et la litt. cit. n. 9; Giffard, *Précis*, I, nos 36-37, n. 5. Parmi toutes les études, une place spéciale doit être faite à Païs, *Ricerche*, I, p. 243 et suiv. Voy. enfin, sur le choix des des textes, Zocco-Rosa, *Annuario Ist. di Storia del dir. rom.*, Catània, 11-12, 390 et suiv.

1. Ulp. l., 66 ad ed., D., 42, 8, 1, pr. *Ait praetor :* « *Quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignorauerit, de his curatori bonorum uel* [*ei, cui de ea re actionem dare oportebit*]... » L'interpolation est admise ici par tout le monde. Elle est moins évidente dans les autres textes cités par Heumann-Seckel : C., 4, 10, 2, *utilem marito actionem ad similitudinem eius, qui nomen emerit, dari oportere saepe rescriptum est*, mais cette constitution est de l'an 260 de notre ère; D., 24, 3, 31, 2 (Julien, l. 18 des *Digesta*); *iudicati actionem filiae potius quam heredibus patri dari oportebit*, mais nous sommes, avec Julien, à l'époque d'Hadrien déjà; D., 9, 3, 5, 12, voy. ci-dessus au texte.

d'*oportere* se rencontre chez Plaute bien avant l'époque de ce jurisconsulte.

Dans les compilations de Justinien, *oportere* marque également la convenance, le devoir inspiré par la conscience[1]. Il est fréquent aussi d'y retrouver le premier sens défini plus haut. Celui-ci n'a jamais disparu de la langue du droit : on le rencontre à toutes les époques et dans toutes les œuvres des jurisconsultes et du législateur[2].

* * *

Il nous est désormais possible d'affirmer qu'*oportere* rendait seulement à l'origine, dans la langue du droit, l'idée du devoir juridiquement obligatoire, de l'obligation dans toute sa rigueur romaine.

Que faut-il en conclure? Doit-on dire que, de ce sens, est sortie, à une époque encore ancienne et difficile à préciser, la signification plus faible de *devoir moral, convenance?* Peut-on affirmer qu'une évolution sémantique s'est accomplie? On concevrait facilement un tel affaiblissement. Mais il est bien difficile de le prouver[3].

1. Nous nous bornons à reproduire ici les indications du *Handlexikon* : D., 4, 4, 27, 1, *pluris, quam oportuit, uendere;* D., 3, 5, 7, 1, *ampliores, quam oportuit uendere; — non oportet, il ne faut pas, on ne peut pas* : D., 1, 16, 9, 5; 1. 3, 21; 3, 2, 21; 13, 6, 13, 1; 31, 52; 38, 1, 39, 1; 48, 19, 8, 3; 50, 16, 79, 1. Nous jugeons inutile de rechercher si ces textes sont interpolés ou non. Une pareille recherche serait sans intérêt ici.

2. Il nous faudrait citer à cette place la plupart des textes que nos *Indices* et nos *Vocabularia* nous ont permis d'examiner. Voy. à titre d'exemples : *Fragmenta Vaticana,* 35, 6; 92; *Collatio,* VII, 3, 1; Paul, *Sent.,* IV, 2; V, 4, 18; V, 12, 7; *Édit de Théodoric,* 130; *Code Théodosien* (éd. Krueger), 1, 1, 5, 8; 1, 2, 3; 1, 2, 6; 1, 5, 8; 1, 5, 13; 1, 6, 9; 1, 7, 1; 1. 10, 8, 2, etc...; D., *de Justinien,* 48, 5, 16, pr., où ce sens est particulièrement marqué : *si maritus sit in magistratu, potest praeueniri a patre : atquin non oportet* (Ulp., L, 2, *de adulteriis*); 38, 14, 1, 2; 50, 16, 227, pr.; 45, 1, 76, 1; 45, 1, 89 et 125; 50, 16, 8, pr.; 37; *Code de Justinien,* 1, 2, 22, 1; 2, 3, 10; 3, 1, 9; 4, 1, 12, 5; 5, 3, 20, 5, etc... Ces exemples ont été arbitrairement choisis, pour la plupart, dans le nombre considérable de textes que nous avons examinés. On ne doit donc pas conclure du fait qu'un texte n'est pas cité ici que nous avons reconnu en lui l'emploi d'*oportere* en un sens différent. Nous avons même jugé inutile de dresser la liste de toutes les œuvres juridiques dans lesquelles on rencontre ce verbe dans un sens ou dans un autre. L'*Ergänzungsindex* de M. E. Levy, d'une inappréciable valeur pour les sources postclassiques qui nous sont parvenues en dehors des compilations de Justinien, permettra, aisément d'ailleurs, au lecteur de compléter cette énumération.

3. On pourrait penser à tirer argument de la rédaction des formules d'actions de bonne foi : *quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona.* L'expression *oportere ex fide bona* mérite de retenir l'attention. L'obligation inspirée par la bonne foi perd, en effet, de sa rigueur. Elle est plus souple, elle répond beaucoup plus peut-être à un ensemble de devoirs moraux et de convenances qu'à une exigence strictement juridique. On nous dispen-

Ne doit-on pas penser plutôt que, parallèlement à son sens fort et proprement juridique, *oportere* a eu de bonne heure, dans la langue courante, un emploi moins rigoureux? Cet usage déjà connu de Plaute a fini, nous l'avons vu, par s'introduire tardivement dans les œuvres des jurisconsultes et du législateur. N'est-ce pas la preuve qu'il est issu d'une tradition populaire, générale, à laquelle les juristes ont sans doute opposé une certaine résistance, mais qu'ils ont, en définitive, adoptée par habitude courante dans les cas où ils ne se proposaient pas d'exprimer la notion technique et toujours conservée de l'*oportere* primitif?

Peut-on expliquer l'usage second de notre mot, retrouver l'origine de cette tradition? On ne saurait répondre affirmativement, toute hypothèse étant ici beaucoup plus fragile encore. Mais notre but principal est atteint, croyons-nous. Nous avons pu retrouver le sens le plus ancien du verbe *oportere* dans les sources juridiques et, second résultat, nous convaincre du désaccord apparent entre la leçon des textes étudiés par nous et celle des sources littéraires. Nous pouvons ajouter qu'à suivre celles-ci il n'est pas permis de remonter dans le temps aussi haut que nous avons pu le faire en examinant celles-là. Dès lors, nous sommes autorisés à dire que, des deux sens de notre verbe, le plus fort doit être tenu pour son sens premier et propre. La vraisemblance ne permet pas d'admettre qu'un emploi plus nuancé ait appartenu à la langue des très anciens Romains et nous manquons pour cela de témoignages. L'*oportere* primitif n'a pu rendre que l'idée du devoir dans la conception impérative de la vieille Rome, c'est-à-dire dans celle de l'obligation juridique.

Jules PAOLI.

sera d'invoquer à l'appui de ces remarques des textes bien connus. Mais faut-il dire que l'expression *oportere ex fide bona* a marqué l'affaiblissement constaté du sens d'*oportere*? Il nous paraît douteux que la clause *ex fide bona* ait pu s'entendre tout d'abord dans le sens qu'elle a eu à l'époque classique et que nous lui attribuons aujourd'hui. La *bona fides*, à laquelle elle renvoyait, a été, en premier lieu, le respect le plus strict de la parole donnée et l'*oportere ex fide bona* une obligation rigoureuse. Voy. Jörs-Kunkel, *R. R.*, § 101, n. 12. Et il semble bien que le sens affaibli d'*oportere* était connu longtemps avant l'apparition des actions où la notion de bonne foi au sens moderne était prise en considération. Nous ne faisons aucune difficulté, cependant, pour reconnaître que certaines obscurités demeurent encore dans cette matière. La question est celle des origines de l'action de bonne foi. Elle ne peut être résolue que dans une étude générale des *iudicia bonae fidei*.