

RÉPÉTITIONS ÉCRITES
Pour la Préparation de tous les
EXAMENS DE DROIT

1933-1934

REPETITIONS ECRITES
DE
Droit Romain des Obligations

rédigées d'après le Cours et avec l'autorisation

de

M. COLLINET

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

2^e Année et Doctorat

118

" LES COURS DE DROIT "

RÉPÉTITIONS ECRITES & ORALES
RÉSUMES — PREPARATION A L'EXAMEN ECRIT

3, Place de la Sorbonne (au premier)
— PARIS —

D R O I T R O M A I N - 2ème ANNEE

-:-:-:-:-

PRELIMINAIRES.

ntérêt de
étude des
bligations
D.R.

- Au point
de vue histo-
rique.

Le cours de Droit romain sur les obligations présente un grand intérêt à différents points de vue.

I° - Au point de vue historique d'abord. Quoique le cours doive d'après le programme officiel envisager les rapports que le droit romain présente en cette matière avec le droit français, il est impossible de ne pas retracer l'histoire du Droit romain. Or cette histoire offre un intérêt tout particulier en ce qui concerne les obligations; nous y suivons mieux encore que dans les autres matières l'évolution du Droit romain depuis ses origines encore barbares (XII Tables 300-304 ab. U.C. = 454-450 av. J.C.) jusqu'au Droit byzantin de la codification de Justinien (527-565 ap. J.C.). Entre ces deux dates, il y a de nombreuses étapes par lesquelles le Droit romain s'achemine vers les sommets éclatants du Droit classique pour retomber dans les raffinements byzantins.

- Au point de
de dogmatique.

2° - Au point de vue dogmatique. On rencontre dans cette matière d'abondantes constructions juridiques savamment élaborées par les meilleurs jurisconsultes de l'Antiquité, spécialement ceux de la période préclassique (fin de la République) et classique (Ier, IIème s., début IIIème siècle après J.C.).

Ces constructions juridiques qui ont passé dans le Code civil ont été élaborées suivant la méthode familière des Romains; le souci constant du côté pratique du droit, sans dédaigner cependant son

élargissement par la voie de l'équité.

Au point
de vue moder-

3° - Au point de vue moderne. Tout le monde reconnaît que c'est dans la matière des obligations que le Droit romain présente les plus fortes attaches avec le Droit moderne.

apport
et entre
théorie
des
obligations
C.C.

a) C'est la création qui a le plus inspiré le C. civ. C'est dans cette matière que les sources romaines du C. Civ. sont les plus nombreuses. Bon nombre d'articles (art. 1101 et suivants) ont été empruntés presque mot pour mot à un jurisconsulte Pothier, qui vivait au XVIIIème siècle. et à un grand jurisconsulte du XVIIème siècle, Domat, qui a rangé dans un ordre naturel, sur un plan logique et méthodique, les "Lois civiles" c'est-à-dire les textes du droit romain. Il faut même regretter que les rédacteurs du C. Civ. n'aient pas puisé davantage à la science de Domat et se soient trop souvent contentés de la clarté de Pothier.

Ces jurisconsultes de notre ancien Droit ont dû travailler sur le Droit romain pour élaborer d'après ses textes la théorie des obligations, car cette matière n'était pas traitée par les Coutumes.

ressemblance
entre les
théories
des obligations.

b) La matière des obligations est également une matière moderne en ce sens que c'est celle sur laquelle les Codes et les législations modernes se ressemblent le plus. Il y a entre les divers pays de grandes différences de législations, mais ces divergences sont beaucoup moins nombreuses en ce qui concerne la matière des obligations. La raison est que là il n'est question que d'intérêts pécuniaires, pour la réglementation desquelles les considérations nationales ont moins d'importance que dans le Droit des personnes ou de famille; l'intérêt pécuniaire qui domine le droit des obligations est, peut-on dire, international. Aussi une commission franco-italienne a-t-elle réussi à élaborer pour le droit des obligations un projet de Code unifié commun à la France et à l'Italie non encore hélas promulgué. En raison des similitudes de théories entre le Droit civil et le Droit romain qui en est l'inspirateur dans la matière des obligations, il y aura donc des répétitions fréquentes entre le Cours de Droit romain et les deux cours de Droit civil, ce qui permettra de mieux connaître à la fois le Droit romain et le Droit civil.

point de
vue moral.
et étroit

4° - Au point de vue moral.

a) Le droit, on le sait, a des rapports intimes avec la morale (I) et le Droit n'est ou ne devrait

(I) Le processus a été : Religion, Morale, Droit.

être que de la morale appliquée. Or la théorie des obligations est la partie du "droit des choses" où le droit confine le plus à la morale. L'obligation est, en effet, le devoir juridique de s'acquitter d'une dette. Or qui dit devoir dit quelque chose de moral. Et le domaine des obligations confine tellement à celui de la morale (I) qu'il y a des cas où il est difficile de trouver la limite entre l'obligation juridique et le devoir moral (voir les obligations naturelles). D'autre part, nous montrerons continuellement que l'évolution romaine de la théorie est sans cesse dirigée par des vues morales. Ainsi tombera le reproche injuste adressé par M. Ch. Appleton (Mélanges G. Cornil. T. I. 1926) contre notre enseignement du Droit romain.

b) importance des facteurs moraux dans la théorie des obligations.

b) En second lieu, la matière des obligations est la partie du Droit des choses où les facteurs moraux ont eu la plus grande influence parce que la source principale des obligations c'est le contrat et le contrat est l'accord de deux volontés. Or entre la volonté et la morale il y a des rapports étroits, ou plus exactement il n'y a pas de volonté qui compte en droit et dans la vie sociale, sans l'inspiration morale.

c) la théorie des obligations et le progrès du D. Intal.

c) Enfin, en Droit international même, le progrès est attendu de l'influence que pourra lui faire subir la théorie civile des obligations. Ce sera là un des plus beaux triomphes de la morale et de la théorie romaine des obligations quand les peuples reconnaîtront qu'ils peuvent être tenus comme les individus.

(1) Cf. Ripert : La règle morale dans les obligations civiles. Paris 1922.

BIBLIOGRAPHIE.

Pour la Bibliographie générale, V. P. Collinet, Répertoire des Bibliographies etc... du Droit romain, Paris, 1933 (extr. de la R.H.D.).- Bibliographie des Travaux de Droit romain en langue française, Paris, 1929.

Traité : F.F. Girard : Manuel Elémentaire de D.R.S. 8ème éd. (F. Senn), 1929 - Ed. Cuq : Manuel des Institutions Juridiques des Romains, 2ème éd., 1928.- Savigny : Traité des obligations (trad. Gérardin et

Jozon; 2 vol. 1872,73). Van Wetter : Traité des obligations, en 3 volumes qui, réduits à deux, forment les Tomes III et IV de son Traité des Pandectes.

INTRODUCTION.

§ I - Notion de l'obligation.

Définition de
l'obligation.

La définition de l'obligation est simple :
"L'obligation est un lien de droit entre deux ou plusieurs personnes, en vertu duquel l'une doit fournir à l'autre une prestation déterminée par leur convention ou par la loi".

Les exemples peuvent tout de suite se prendre dans des actes ou des faits de la vie quotidienne : exemples de contrats (l'achat et la vente, dans lequel le vendeur doit livrer la chose, l'acheteur doit payer le prix; le louage, le prêt, etc...); exemples de délits, actes illicites et malhonnêtes (vol, injure, etc...).

Les éléments
de l'obligation.

Cette définition si simple, convenant à toutes les législations, même aux plus originales, comme la législation anglaise, c'est celle de Justinien (Inst. III. 13, Pr)- "Juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura : L'obligation est un lien de droit par lequel nous sommes astreints à la nécessité de payer quelque chose selon le droit de notre cité". - Cette définition célèbre (I), qui ne vient pas de Gaius, est incomplète. Elle donne cependant les trois éléments de toute obligation, que ce soit une obligation contractuelle, délictuelle ou autre.

Sujets :

le créancier.

le débiteur.

Le premier élément, ce sont les sujets de l'obligation : l'obligation est un lien de droit qui se forme entre deux ou plusieurs personnes. a) Le sujet actif, celui qui a le droit de réclamer à l'autre la créance; il s'appelle le créancier : (creditor, reuscredendi, reusstipulandi) -

b) le sujet passif, celui qui est grevé de la dette; il s'appelle le débiteur (debitor, reusdebendi, reuspromittendi, reus tout court) - Le mot reus qui désignait à l'origine une partie quelconque dans un procès ou un contrat a fini par désigner surtout le sujet passif; l'accusé, le défendeur, le débiteur.

(I) Cf. A. Marchi, Bull. dell' Intit. di D.R., 1916, p. 5 et s. - A. Segrè, Studi Bonfante, vol III, 1930.

Sans vouloir faire de l'érudition, il importe de donner l'étymologie de ces mots créancier, débiteur. Credere, être créancier, debere, être débiteur sont des termes qui étymologiquement se réfèrent à une seule catégorie d'obligations, les obligations nées des contrats et particulièrement du prêt (mutuum). Credere, c'est avoir confiance. C'est de ce mot que vient le français croire, le terme juridique créancier, le terme économique crédit. La racine est le mot latin, cor (-dis) coeur (Dictionnaire étymologique latin de Bréal et Bailly). Le créancier est celui qui a confiance en l'autre personne, parce qu'il lui a donné son coeur, ce qu'il a de plus noble en lui (I).

Debere, "devoir", est une contraction de de-habere. Le préfixe De exprime l'idée contraire à celle de l'acte exprimé par le verbe. Habere, c'est avoir quelque chose dans son patrimoine, avoir de l'argent dans sa caisse et debere (ou de-habere) c'est s'exposer à ne plus avoir l'argent qui est dans notre caisse, car, pour payer sa dette, on sera forcé de décaisser.

l'objet.

Le 2ème élément, c'est l'objet. Justinien dit : necessitate adstringimur alicujus solvendae rei. Justinien n'a vu que l'un des objets de l'obligation, le plus important, il est vrai; le solvere, c'est-à-dire l'acte qui consiste à payer quelque chose. Or le paiement s'effectue en Droit romain, comme en Droit français, par un transfert de propriété du débiteur au créancier. Donc le paiement fait partie de la première catégorie d'objets d'obligation qui est dare. En effet, d'après Paul (D. 44.7. fg. 3 Pr.) plus complet que Justinien, l'objet de l'obligation est triple : dare, facere, praestare.

ple objet
sible :

- dare.

a - Dare : c'est transférer la propriété de quelque chose. Il y a datio, non pas quand on fait une donation, car la datio ne consiste pas uniquement dans une donation, mais quand on transfère la propriété d'une chose à quelqu'un, et qu'on se démunir de son droit de propriété. Quand j'effectue un paiement, quand je verse des deniers, je fais une datio. Autre exemple de datio : l'acheteur qui transfère la propriété du prix au vendeur.

Facere.

non facere).

b - Facere : c'est faire quelque chose; un architecte s'engage à construire une maison; il est obligé à facere par un contrat de louage d'ouvrage. Mais facere comprend également le non facere, le fait de s'abstenir. Ainsi je promets à mon cocontractant

(I) Etymologie plus érudite dans Ernout et Millet, Dict. étymol. de la Langue latine, Paris, 1931.

de ne pas commettre de dol dans le contrat (cautio de dolo).

Praestare.

Enfin, le troisième objet, c'est praestare, terme dont le sens est discuté. On traduit en français juridique "prester" qu'il ne faut pas confondre avec prêter. Praestare est une variante du facere dont on l'a distingué parce que ce terme implique l'idée de mettre sa chose à la disposition du créancier sans lui en transférer la propriété. Si vous transférez la propriété, c'est une datio ; si vous mettez la chose à sa disposition, sans lui transférer la propriété, c'est une praestatio. L'exemple typique du Droit romain est celui du vendeur qui n'est pas nécessairement tenu à dare la chose vendue, mais à en transférer (tradere) seulement la vacua possessio, la possession paisible et durable.

, Le vinculum
uris.

aractère per-
sonnel du lien
'obligation ;
ifférence a-
eo le droit
éel.

Le troisième élément, le vinculum juris, le lien de droit, c'est le rapport qui s'établit entre le débiteur et le créancier. Ce rapport unit leurs deux personnes. Ce lien est donc un lien personnel. Aussi les obligations se nomment-elles encore droits de créance ou droits personnels, Jura in persona, droits sur la personne, s'opposant aux droits réels qui, eux, sont des droits portant sur les choses, des jura in re.

L'opposition est frappante surtout quand on considère les actions qui les sanctionnent respectivement. Les actions réelles sont dirigées contre les choses elles-mêmes. Quand vous intentez la revendication, c'est à la chose même que vous vous attaquez ; mais comme vous ne pouvez atteindre la chose directement, c'est au possesseur de la chose que vous la réclamez. En droit, ce possesseur n'est en quelque sorte qu'un paravent. L'action est dirigée contre la chose : actio in rem ; sous les Actions de la Loi : sacramentum in rem.

Les droits de créance ou obligations sont sanctionnés par des actions personnelles, des actions dirigées contre la personne, actio in personam, primitivement, le sacramentum in personam. Ici, ce qui tient la première place, c'est la personne même du débiteur. On sait déjà que l'exécution a été, longtemps à Rome, personnelle ; que c'était une exécution sur la personne physique (la mise à mort, la vente en esclavage trans Tiberim). Puis quand la civilisation s'est adoucie, c'est sur ses biens, sur son patrimoine que le débiteur a répondu de ses dettes, mais l'action n'est pas engagée directement contre son patrimoine, elle ne l'atteint qu'à travers sa personne.

L'obligation ou droit de créance est un lien personnel, d'où plusieurs conséquences restées vraies en

" Les Cours de Droit "

Répétitions Écrites et Orales

T

Caractère personnel de l'obligation.
Conséquences qui en résultent.

1°- La créance s'appelle *nomen* (nom du débiteur).
Explication du mot *nomen* désignant la créance.

partie de nos jours.

1°- L'obligation était si personnelle que la créance s'appelle à Rome *nomen* (c'est-à-dire le nom du débiteur). Comment est-on passé du sens de nom au sens de créance ?

Une première opinion très séduisante rattache cette idée aux Tablettes magiques sur lesquelles on inscrivait les noms des personnes qu'on vouait à la malédiction des dieux infernaux. On aurait employé le procédé contre le débiteur en écrivant son "nom" sur des tablettes de plomb et en le vouant, s'il ne payait pas. Le lien magique serait devenu le lien juridique (1)

Certes, la magie a pu jouer un rôle sur le développement du droit ; le pouvoir de la formule juridique est fondé sur la puissance des mots, comme le pouvoir magique des formules de sorciers.

D'autres auteurs ont rattaché le mot à la pratique du cens. Tous les 5 ans, les censeurs relèvent sur des registres l'état des biens des citoyens. Parmi ces biens, il y avait les créances indiquées comme dues par telle ou telle personne désignée par son nom. D'où *nomen*, créance, lien de droit représenté par l'inscription du débiteur sur les registres publics.

D'autres enfin, ont pensé à l'inscription du nom du débiteur sur les registres privés du créancier. Les Romains avaient coutume de tenir une comptabilité en très bon ordre, de conserver sur leurs registres la preuve de leurs opérations de commerce en recettes et dépenses ; l'un de ces registres servait même à faire naître un contrat spécial, le contrat *litteris*. "*Nomen*" créance viendrait de là, puisque sur ce registre spécial en inscrivant le nom de quelqu'un on faisait naître contre lui une créance (Cf. Gaius. Ins. III.128 : *nomina transcripticia* ; III,130 : *n. arcaria*). Mais la question est de savoir si les registres privés existaient déjà au temps des XII Tables, à une époque où l'écriture était peu développée et où l'on rencontrait déjà des *nomina* (on le verra plus loin).

Il est possible aussi que l'expression *nomen*, créance, soit postérieure aux XII Tables.

2°- Intransmissibilité et incessibilité de l'obligation à l'époque primitive.

2°- Pendant longtemps à Rome l'obligation fut si strictement attachée à la personne qu'elle disparaissait à sa mort. L'obligation primitive était intransmissible par succession. De plus, l'obligation était incessible entre vifs ; on ne pouvait transmettre à titre onéreux ou gratuit le bénéfice résultant

(1) Huvelin : Les Tablettes magiques et le Droit romain ; Congrès international d'Histoire de 1900.

du droit de créance. Mais l'évolution du Droit romain a conduit à la transmissibilité et à la cessibilité de l'obligation, nous verrons dans quelle mesure.

3°- Caractère essentiellement temporaire de l'obligation.

3°- Le droit réel est un droit, en principe, perpétuel, la question de son extinction ne se pose que de façon tout-à-fait anormale et soulève, en Droit romain, des problèmes très délicats (Fg. Vat. n° 283) Le droit de créance est de sa nature destiné à s'éteindre. Primitivement, il s'éteignait par la mort du débiteur. A toute époque, l'obligation s'est éteinte de façon normale par l'exécution, soit volontaire (paiement) ou forcée (paiement après un procès) et par d'autres modes nombreux. Le rôle de l'extinction qui était si modeste à l'égard des droits réels, est au contraire une matière courante, en fait d'obligation.

- Le droit personnel n'est muni ni du droit de suite ni du droit de préférence.

4°- Le droit réel se caractérise par deux éléments, par deux avantages qu'il confère à son titulaire. Il en est ainsi notamment pour le droit de propriété le plus absolu et le plus caractéristique des droits réels. Ces deux avantages sont le droit de suite et le droit de préférence.

Le droit de suite permet au titulaire du droit réel, de poursuivre la chose, non seulement dans le patrimoine de l'acquéreur, mais encore dans celui d'un sous-acquéreur.

Le droit de préférence permet, en cas de conflit entre le titulaire d'un droit réel et les créanciers, au premier de l'emporter sur les seconds.

Cela s'explique parce que le droit réel est un Jus in re.

Le droit de créance n'est pas muni des mêmes avantages. C'est un jus in persona qui ne porte effet qu'à l'encontre de la personne grevée de l'obligation, le débiteur. En particulier, un créancier n'a pas d'avantage sur les autres créanciers. Même s'il est le plus ancien en date, le créancier (dit chirographaire) est obligé de subir la loi du concours avec les autres et de se contenter d'un dividende, c'est-à-dire d'une quote-part de la valeur des biens du débiteur, partagés également entre tous les créanciers.

Toutefois, certains créanciers passent avant les autres, aussi bien en droit moderne qu'en droit romain. Ce sont les créanciers privilégiés et les créanciers hypothécaires, ces derniers titulaires d'un droit réel.

5°- Les droits personnels sont en nombre illimité.

5°- Les droits réels sont en nombre limité : la propriété, les servitudes, le jus in agro vectigali, l'emphytéose, etc.. Dans toute législation quelle qu'elle soit, on peut dénombrer ces droits. Cela s'explique parce que les droits réels visent tous à tirer des choses des utilités économiques définies qui sont en

nombre fini. Si je tire d'une chose son utilité intégrale, je suis titulaire de la propriété ; si je n'en tire que l'usage, j'ai une servitude, etc..

Les droits de créance ou obligations sont en nombre indéfini. Il est impossible de les énumérer, parce que le lien personnel peut s'établir entre des créanciers et des débiteurs dans des circonstances innombrables de la vie civile ou commerciale. La matière des obligations a son domaine non seulement dans le droit civil, mais dans le droit commercial. L'étude que nous en ferons en Droit romain se réfère aux deux matières, parce que les Romains n'ont pas distingué les deux domaines du droit civil et commercial, comme l'ont fait les Droits modernes.

Les droits de créance étant en nombre illimité, les jurisconsultes romains et modernes ont donc été obligés de les classer.

§ II - Divisions des Obligations.

Pour gagner du temps, nous ne donnerons ici que de brèves indications, quitte à préciser plus tard.

1° - d'après leurs sources (O. contractuelles, quasi-contractuelles, délictuelles, quasi-délictuelles, légales).

1° - On peut classer les obligations d'après leurs sources.

Les obligations sont contractuelles (naissant de contrats), quasi-contractuelles (naissant de quasi-contrats), délictuelles (naissant de délits), quasi-délictuelles (naissant de quasi-délits), et enfin légales (naissant de la loi).

2° - d'après les autorités qui les ont sanctionnées: civiles, prétorienne.

2° - On peut classer les obligations d'après les autorités qui les ont sanctionnées.

Elles sont civiles pour la plupart, étant nées en droit civil et sanctionnées par le droit civil. On sait que le droit civil comprend de nombreuses sources: la coutume, la loi, les plébiscites, les réponses des prudents, les constitutions impériales. Les obligations prétorienne ont été sanctionnées par les préteurs (Institutes III, 13,1); les honoraires par les préteurs et les édiles.

3° - Suivant qu'elles sont sanctionnées ou non: civiles, naturelles.

3° - On peut les classer suivant qu'elles ont été sanctionnées ou non.

La plupart ouvrent une action permettant d'attaquer en justice le débiteur qui n'exécute pas; on les appelle obligations civiles, (2ème sens du mot). On leur oppose les obligations qui n'ouvrent pas le même droit d'agir, bien que figurant dans le patrimoine du créancier: les obligations naturelles.

4° - d'après leur objet.

4° - D'après leur objet.

Il y a trois divisions qui se rapportent à l'ob-

jet:

A- Obligations certaines et obligations incertaines.

A - Obligations certaines et obligations incertaines, divisions que l'on a déjà vues à propos des actions.

On appelle certain en droit ce qui peut se définir de façon nette et immédiate, ce qui est déterminé aisément par le quid, quale, quantum; incertain, ce qui est indéterminé et ne peut être fixé que par une appréciation souvent délicate du juge.

B- O. divisibles et indivisibles.

B - Obligations divisibles ou indivisibles selon que l'objet peut se partager facilement (un fonds de terre, une somme d'argent) ou ne le peut pas (un cheval, une servitude).

C- O. simples et O. complexes.

C- Les obligations sont la plupart du temps simples, c'est-à-dire qu'un objet unique est dû.

Elles sont complexes si le débiteur doit ou ceci ou cela aut...aut... Dans ces dernières, les jurisconsultes romains et les nôtres découvrent tantôt des obligations alternatives, tantôt des obligations facultatives, qui seront mieux comprises avec la théorie des actions noxales.

5° - D'après la nature du lien: A. Obligations unilatérales.

5° - D'après la nature du lien.

A - En premier lieu, les obligations sont tantôt unilatérales, tantôt synallagmatiques.

a) Unilatérales, quand il n'y a qu'un lien d'obligation dont le titulaire est le créancier, dont l'obligé est le débiteur. C'est ce qui arrive dans le contrat de prêt, le banquier qui avance de l'argent est prêteur, le client qui le reçoit est emprunteur. C'est ce qui se passe aussi dans le contrat bien connu de sponsio ou stipulatio, se formant par une demande et une réponse. Le stipulant est le titulaire du droit; le promettant est débiteur.

B- Obligations synallagmatiques parfaites et imparfaites.

b) dans les obligations synallagmatiques, le lien est double, c'est un lien croisé. Chaque partie est à la fois créancière et débitrice. Primus est créancier, Secundus est débiteur. Mais en même temps Secundus se trouve créancier et Primus débiteur. C'est ce qui se passe dans la vente dont le double nom (emptio-venditio) marque le caractère synallagmatique. Le vendeur est créancier de l'acheteur, qui doit le prix, mais il est débiteur envers l'acheteur de la chose et vice versa.

Le lien peut être double dès l'origine. Cela caractérise les obligations synallagmatiques dites parfaites, dont les exemples sont très pratiques: vente-achat, louage-prise à bail, société.

Dans les autres obligations synallagmatiques dites imparfaites, le lien est d'abord simple, unilatéral, mais dans la suite, il peut se compliquer d'un contre-lien. On peut citer comme exemple la tutelle ;

le pupille est à l'origine créancier du tuteur, mais il se peut que par ses avances celui-ci devienne éventuellement créancier du pupille.

Renvoi pour les O. solidaires et in solidum.

B - En second lieu, d'après la nature du lien, les obligations à plusieurs sujets sont tantôt solidaires (ou corréales), tantôt in solidum. Nous préciserons ces notions difficiles au Titre VII.

§ III - Les Origines de l'Obligation.

Les questions d'origine sont toujours obscures. L'origine des obligations romaines n'est guère traitée chez nous. (Cf. Cuq. Manuel p. 363 à 366).

Rejet de la théorie faisant reposer l'origine sur la distinction de l'obligatio lien d'assujettissement corporel (Haftung) et du debitum, chose due (Schuld)

On ne s'attardera pas ici à étudier la question en droit primitif comparé. (1) Nous nous bornerons à rappeler une seule théorie. Certains auteurs croient trouver la clef de l'énigme en distinguant entre "l'Obligatio" qui serait un lien d'assujettissement corporel et le "debitum", la chose due qui serait l'objet de la dette. Pareille distinction existe dans le droit germanique entre la responsabilité (Haftung) et la dette (Schuld). On a essayé de la découvrir en droit romain (Cf. Cornil, Mélanges Girard I - 1912) Girard repousse cette théorie (p. 415 n° 1)

Pour nous, il s'agit de déterminer d'où est venue l'obligation romaine, d'où est sorti ce lien juridique entre deux personnes qui permet à l'une de réclamer en justice ce que l'autre lui doit. Pour y voir un peu clair, partons de l'étymologie. (2)

Etymologie du mot obligatio.

Le mot obligatio se compose de deux termes : ligatio "action de lier" ; ob "en vue de" ou mieux "autour" (du corps).

L'obligatio a d'abord été un lien d'assujettissement physique corporel.

En droit primitif, cette ligatio était certainement physique. Les mots n'ont pris le sens abstrait qu'après avoir connu un sens concret. La Sémantique le démontre.

On sait du reste que l'exécution en droit romain a été d'abord une exécution sur la personne et cela prouve que le droit de celui qui agit portait sur la personne physique de l'autre. Le lien qui unissait le

(1) Ni en sociologie (notions du potlach, de la foi jurée, du commerce Koula). v. Moret et Davy, Des clans aux Empires, Paris 1923 ; Warnotte, les Origines Sociologiques de l'Obligation contractuelle, Bruxelles 1927 - Contre la Théorie de M. Hagerström, qui assimile l'obligation à la possession ou assujettissement mystique d'une personne à une autre, lire le C.R. de M.F. de Wischer R.H.D. 1929 p. 603 et s.

(2) Ernout et Meillet v° Ligo, restent dans le vague

sujet passif... sujet actif était un lien d'assujettissement physique, corporel, car, faute de paiement, l'assujetti était conduit dans la prison privée de celui-ci et là, était soumis à l'enchaînement par des fers ou des nerfs de boeufs (XII Tables II,3). L'exécution se poursuivait par la mise à mort, par le découpage du cadavre du débiteur, s'il y avait plusieurs créanciers ou la vente Trans-Tiberim, l'obligatio était donc bien un enchaînement physique (vinculum) (rien du vinculum juris). A qui s'appliquait-elle ? Au début, la notion abstraite d'obligation n'existe pas : on ne connaît que des obligés (Cuj. p. 363). Quels sont-ils ? les addicti, les nexi, les damnati et les judicati (avec les confessi).

Celui-ci pouvait intervenir soit :
1°- sans procédure préalable à la suite d'un délit et peut-être du nexum.

1°- Sans aucune procédure préalable, l'exécution aura lieu à la suite du délit de vol commis par un fur manifestus, le voleur pris sur le fait. La victime peut le tuer ou le retenir prisonnier ; il est addictus à la victime. De même, d'après nous, l'exécution aura lieu sans procédure à la suite du nexum, forme la plus ancienne du prêt en droit romain, acte par aes et libram qui n'est pas un contrat car M. Collinet ne pense pas qu'il ouvre la manus injectio. Les individus qui ne remboursent pas le prêt sont enchaînés chez le prêteur. Ce sont des nexi. (Necto, enchaîner).

2°- soit à la suite d'une procédure de manus injectio fondée sur une damnatio ou sur une condamnation.

2°- Il peut y avoir assujettissement à la suite d'une procédure, la manus injectio appliquée tantôt à une damnatio tantôt à une condemnatio.

a - le sens du terme damnatio est très obscur comme celui de nexum. Nous sommes ici dans les plus anciens temps de Rome et nous sommes en face de notions qu'il est impossible de transposer faute de notion française qui corresponde à damnatio. Le simple mot damnas (esto) autorise sans procédure préalable la M.I.

b - Le judicatum (plus tard la condemnatio) du juge permet au gagnant de faire M.I. sur le judicatus. (condemnatus) à la suite d'un sacramentum, d'une judicis postulatio, ou d'une condictio. Cela a un caractère plus moderne : nécessité d'aller devant le juge, d'obtenir un jugement avant d'exécuter. La procédure sera à deux degrés, l'un tend à faire reconnaître, établir, évaluer le droit : par legis actio ; puis procédure d'exécution par M.I.

Ainsi l'obligatio sera l'enchaînement physique qui résultera d'un acte d'exécution soit individuel, privé, sans procédure, soit accompli à la suite d'une ou de deux procédures judiciaires.

Comment est-on passé du sens d'assujettissement physique

Mais ce n'est pas là l'obligatio au sens définitif du terme, au sens qu'il a dans le Droit romain développé et moderne. L'obligation c'est autre chose, c'est le devoir juridique de faire quelque chose pour quelqu'un d'acquitter....

à celui d'assujettissement juridique.

une dette.

La difficulté est de savoir comment on est passé du sens d'assujettissement physique au sens d'assujettissement juridique.

Voici le système proposé par M. Collinet, il est un peu compliqué, car il n'y a pas d'évolution simple.

Relation entre l'idée d'obligatio au sens juridique et le terme oportere qui figure déjà dans le formulaire des legis actiones sans que cependant cette notion de l'obligatio soit aussi ancienne que cette procédure, la sanction ayant chronologiquement précédé l'action et celle-ci ayant précédé le droit.

A son avis, l'obligation au sens définitif du mot, de devoir juridique, n'existe que quand quelqu'un en vertu d'un délit ou d'un contrat, peu importe, assume la charge d'un dare facere oportere, s'expose à une action portant les mots dare facere oportere. Le mot oportere "il faut" est le mot technique, fondamental pour désigner l'obligation. Or, ces termes se trouvaient déjà dans les paroles du sacramentum in personam de la judicis postulatio et de la condictio (fragments nouveaux de Gaius (1) ; PSI. II 82, 1.187 ; II 205-206) L'actor affirmait son droit en disant : "Aio te mihi C dare oportere".

Ceux qui ont créé ces procédures avaient donc déjà dans l'esprit une idée diffuse d'obligatio, puisqu'ils employaient le mot oportere. L'idée diffuse d'obligatio remonterait donc très haut.

Mais est-ce à dire qu'aussitôt né l'oportere, le concept d'obligation a surgi ? Alors il serait très vieux, antérieur à la Fondation de Rome (754 av. J.C.)

M. Collinet ne le croit pas. En effet, la sociologie scientifique établit que les notions juridiques se forment toujours assez tard dans les civilisations. Ce sont les sanctions qui apparaissent les premières. Cela se comprend, car en pratique ce qui est intéressant pour l'homme, c'est la sanction. Partout, l'action a précédé le droit et l'exécution a précédé l'action. Par conséquent, le droit n'est venu qu'en troisième ordre : exécution d'abord, action ensuite, droit enfin. (2)

Exécution, action, droit, ce processus en Droit romain est parfaitement visible. Jusqu'à Justinien, l'action l'emporte sur le droit. Aujourd'hui, c'est le contraire, nous avons renversé l'ordre des facteurs (droit, action, exécution). Grâce aux progrès de la science du droit au moyen âge, grâce au travail des Glossateurs et des Canonistes, on a dégagé complètement l'idée de droit et l'on a donné le pas au droit sur l'action. Ce qui compte aujourd'hui, c'est le droit, et l'action n'en est qu'une conséquence. On parle toujours de droit et on parle très peu d'action,

(1) V.P. Collinet, R.H.D. 1934, n° 1

(2) cf. Dareste - Etudes d'Histoire du Droit, 3 vol. qui contiennent sur le Droit comparé primitif des vues très sûres.

quoique le droit ne puisse se réaliser dans la pratique que sous la forme d'action. Aujourd'hui : Droit, action, exécution.

Comment donc, après l'exécution, après l'action, l'obligation a-t-elle pu naître ? Comment les Romains ont-ils pu dégager la notion diffuse d'oportere, le lien juridique ?

La notion d'obligation s'est dégagée le jour où les Romains ont par suite d'une intervention doctrinale commencé à considérer les droits comme faisant partie du patrimoine c'est-à-dire le jour où les actions qui présupposaient ces droits sont devenus transmissibles héréditairement. Existence de l'obligation à l'époque de la loi des XII Tables qui consacrent leur transmissibilité aux héritiers.

Les Romains ont dû dégager la notion de lien juridique le jour où ils ont eu intérêt à le faire. Ce dégagement a dû avoir lieu par l'intervention doctrinale, comme tout dégagement des notions juridiques, les docteurs étant très probablement les pontifes. Or, cet intérêt a apparu lorsque les droits que présupposaient théoriquement les actions ont commencé à compter dans le patrimoine, c'est-à-dire quand celles-ci furent devenues transmissibles activement aux héritiers du créancier.

L'héritier recueille un patrimoine composé de biens corporels. S'il hérite en même temps d'actions biens incorporels c'est que celles-ci correspondent à quelque chose qui est transmissible, qui est comme on dit, patrimonial.

L'obligation existerait déjà au temps des XII Tables, d'après deux constitutions, l'une de Gordien (C.J. III 36.6), l'autre de Dioclétien et Maximien (C.J. II, 3.26) réunies dans la reconstitution des XII Tables (V.9) Girard Textes p. 15). Ces deux textes parlent de la division proportionnelle entre les héritiers des nomina, c'est-à-dire des créances et de l'"*aes alienum hereditarium*" (*aes*, argent; *alienum*, d'autrui, l'argent que l'on doit à autrui, les dettes héréditaires).

L'existence de cette règle dans les XII Tables prouverait que créances et dettes faisaient déjà partie du patrimoine comme les biens ordinaires donc la notion d'obligation existerait déjà à cette époque mais cela est contesté. Le mot nomen = créance remonte-t-il si haut ?

En tout cas, l'obligation, devoir juridique, a dû apparaître relativement tôt, car il faut qu'elle soit née à une époque où l'obligatio, le lieu d'assujettissement physique était encore le mode d'exécution normal, autrement, on n'aurait pu passer du sens d'assujettissement corporel au sens de lien juridique. Le processus qui du sens physique a conduit au sens juridique peut en effet se reconstituer ainsi. Les juristes (car la notion d'obligation est une notion doctrinale) les pontifes, pour déterminer ce sens nouveau sont partis du sens ancien en remontant à la source qui déterminait l'enchaînement matériel. L'obliga-

tion c'était l'enchaînement matériel. Mais quelle était la cause, la source de cet enchaînement ? C'était le devoir de payer ce qu'on devait, l'obligation au sens abstrait du terme.

Quand ce travail de l'esprit s'est fait chez les juristes l'exécution corporelle était encore le mode normal d'exécution. Or on sait que l'enchaînement du débiteur n'a été supprimé en dehors des délits (remarque capitale) que par la loi *Postellia Papiria* du début de V^e siècle (environ 354 av. J.C.). Il est donc probable que le sens définitif du terme obligatio a été obtenu, sinon dès les XII Tables, du moins avant la date de 354 av. J.C. c'est-à-dire avant le V^e siècle de Rome (1).

Naissance de la notion d'obligation dans le domaine des contrats avant qu'elle ne soit étendue à celui des délits.

D'ailleurs l'obligatio n'est pas née dans le domaine délictuel (comme on le dit souvent). Elle est née selon nous dans le domaine contractuel, probablement pour le rapport venant de la sponsio, "promesse de payer" la composition pécuniaire, car la promesse est fondée sur la fides, notion divinisée très ancienne; promittere, c'est étymologiquement "mettre en avant (pour jurer) la main droite, siège de la fides (la loyauté)". Les rapports de la promesse qui enchaîne la volonté du sponsor avec l'obligation, vinculum juris, sont manifestes. Il ne fut pas question d'obligation dans les délits jusqu'à la procédure formulaire (2).

Extensions de la notion d'obligation surtout après la procédure formulaire.

Une fois éclos, la notion d'obligatio devoir juridique s'étendit, se développa à mesure que la civilisation progressait. Après la création de la procédure formulaire (VII. S. de Rome, 154 av. J.C.).

a) Les sanctions énergiques permises contre le *fur manifestus* disparaissent; l'exécution privée du débiteur n'est plus possible contre lui et est remplacée par une action prétorienne pénale au quadruple (G. III.189).

b) D'autre part le nexum, l'effet direct des clauses de *damnatio* qui ouvraient la M.I. sans jugement préalable ont également disparu. La *damnatio* fonde simplement des actions ordinaires qui comportent le terme *oportere* comme toutes les actions *in personam*, mais qui sont au double contre celui qui nie (*actio iudicati, a ex testamento*) (3).

(1) Contra, Cuq, Manuel p. 364 (fin du V^e siècle).

(2) Cf. F. de Visscher, Etudes de droit romain, Paris 1931, p. 255 et ss. - On pourrait discuter si l'obligation n'est pas née dans le nexum (argument de Varro de l.l., VII, 105: *obligentur... obligatur*).

(3) Thèse de Paoli, Paris 1933.

de tous
les rapports, qu'ils aient permis ou non primitive-
ment des sanctions immédiates contre la personne phy-
sique. Le lien corporel, l'obligatio avait disparu;
il était remplacé par le devoir juridique d'exécu-
tion, par l'obligation sanctionnée à l'aide d'une ac-
tion in personam, et cela quelle que soit la source
d'où dérive le droit du créancier.

§ IV - Les sources des obligations.

Distinction
des obliga-
tions nées ex
delicto et
des O. nées
ex contrac-
tu.

Tous les rapports de droit qui fondent des
actions in personam sont des obligations. Pour se
reconnaître parmi toutes ces obligations, il a fallu
les classer. Les jurisconsultes romains ont reconnu
d'abord deux groupes : d'un côté les obligations nais-
sant des contrats : ex contractu, de l'autre, les
obligations qui naissent des délits, ex delicto, ex
maleficio.

C'est la summa divisio de Gaius, la division
principale (Inst. III. 88). Nous ignorons qui l'a in-
ventée. Il est possible que ce soit le jurisconsulte
Sabinus, le second chef de l'Ecole des Sabinien, juris-
consulte du début de l'Empire, car Sabinus a été un
grand constructeur de notions juridiques et l'inven-
teur d'un système qui a longtemps dominé le droit (I).
Gaius qui a écrit ses Institutes entre 138 et 154
(Appleton; R.H.D., 1929, pr. 230) est un héritier
intellectuel de Sabinus. Si la division n'a pas été in-
ventée par celui-ci, elle a pu l'être par les Juris-
consultes antérieurs, hommes de grande valeur, qu'on
appelle les Veteres, qui vivaient à la fin de la Ré-
publique et à qui Sabinus se réfère.

Les contrats sont des conventions, des accords
de volonté reconnus par le droit civil et qui consti-
tuent des actes volontaires licites (vente, louage,
prêt, stipulation, contrat litteris etc....) sanction-
nés par des actions dites rei persécutoires, des ac-
tions qui, comme l'indique leur nom poursuivent une
res, une valeur, et tendent à mettre dans le patrimoine
la chose due ou son équivalent pécuniaire.

Les délits sont des faits volontaires illicites

(I) Les libri ad Sabinum d'Ulpien firent l'objet du
cours de 1ère Année jusqu'à Justinien (cf. Collinet,
Hist. de l'Ecole de Droit de Beyrouth, 1925 p. 225).

des actions dites délictuelles ou pénales.

Contrats et délits ont donc la même base : la volonté. Mais d'une part, c'est la volonté licite, conforme au droit aux bonnes mœurs, à la morale - les contrats de l'autre la volonté illicite contraire aux lois, aux bonnes mœurs, à la morale, les délits de plus le contrat exige deux volontés, le délit est le fait d'une seule.

Obligations
nées des va-
riae causa-
rum figurae.
O. nées quasi
ex contractu
ou quasi ex de-
lictio.

Dans la vie juridique il existe aussi à côté des obligations nées ex contractu et ex delicto, d'autre obligations formant un troisième groupe composite. L'existence de ce groupe qui comporte des obligations ni contractuelles, ni délictuelles est révélé par un texte fameux de Gaius dans ses *Res cottidianae* (cas pratiques qui se voient tous les jours) ou *Aurei* (chose dorées qu'il faut connaître parce que ce sont les plus précieuses). Longtemps il n'a pu exister que les deux sources anciennes, mais selon H. Spencer le progrès étant la complication, rien d'étonnant à ce que soient nées postérieurement d'autres obligations qui ne rentraient ni dans les contrats, ni dans les délits.

Le texte de Gaius (D.44.7.I. Pr.) les désigne sous le nom vague d'obligations naissant ex variis causarum figuris, de types divers de sources. Un autre texte de Gaius (D.H.T., 5) les reprend. Par exemple il analyse l'obligation née de la tutelle § I. Le tuteur, en vertu de quelle source est-il tenu ? L'obligation qui résulte de ses actes de gestion est licite; donc elle n'est pas délictuelle. D'autre part, le pupille n'a pas passé de contrat avec lui. Par conséquent l'*actio tutelae* n'est une action ni délictuelle ni contractuelle. Le tuteur sera tenu comme s'il avait passé un contrat avec le pupille, quasi ex contractu.

A l'inverse Gaius prend l'exemple du juge qui fait le procès sien (§ 4). Le juge qui sciemment ou par ignorance juge de façon malhonnête est responsable envers la partie qu'il a lésée. Son acte n'est pas un acte licite, il a commis un méfait, mais un méfait qui ne peut rentrer dans la définition des délits parce que sa volonté malhonnête y est moins prononcée que dans le délit. Il est tenu comme s'il avait commis un délit, quasi ex maleficio.

Gaius dans ce texte avait un langage hésitant. Il avait simplement esquissé une classification, cette esquisse allait-être poussée par les jurisconsultes successeurs de Gaius et on trouve aux *Institutes* de Justinien III, 13, 2 la division quadripartite; les obligations naissent ex contractu, quasi ex contractu, ex maleficio, quasi.

ex maleficio. Donc 4 sources d'obligations, selon que les obligations sont contractuelles, quasi contractuelles délictuelles, quasi délictuelles. Cette classification quadripartite que Justinien n'a pas inventée a fait fortune et c'est celle du C. Civ.

Obligations
légales.

Elle a été critiquée comme toute classification parce qu'elle laisse en dehors d'elle certains rapports un résidu qu'on ne peut ramener aux quatre groupes. On a donc rangé le résidu sous une 5ème source d'obligations, la loi. C'est un pis-aller, car en réalité toutes les obligations viennent de la loi, toutes les obligations sont légales puisque, si la loi ne les sanctionne pas elles n'existeraient pas (I).

§ V. Plan.

Voilà donc cinq sources d'obligations.

Dans quel ordre les utiliser. Quel plan suivre ? Dans l'exposé du droit romain on a longtemps suivi le plan de Justinien, en étudiant successivement les quatre premières sources des obligations. Ce plan a l'avantage d'être parallèle à l'ordre suivi par le C. Civ.

Plan du cours.

D'autres auteurs, comme Girard, ont suivi le plan du texte de Gaius au Digeste en étudiant : les contrats, les délits, les *variae causarum figurae*, tout en renversant l'ordre des deux premières sources pour se conformer à l'ordre historique qu'ils supposaient : délits, contrats, *variae causarum figurae*. M. Collinet prendra un plan particulier qui permet de gagner du temps et de donner des idées générales qu'il n'est pas toujours facile de placer avec la classification du C. Civ. Ce plan est fondé sur le caractère licite ou illicite des obligations, sur ce qu'on appelle quelquefois la licéité ou l'illicéité des obligations.

Voilà encore une distinction fondée sur la morale, fondée sur un criterium moral. Nous arrivons au plan suivant.

Titre I - Les obligations nées de faits illicites (délits et quasi délits).

Titre II- Les obligations nées d'actes ou de faits licites. Actes ou faits parce que ces obligations naissent ou bien d'actes (contrats) ou bien de faits quasi contrats. Dans les faits li-

(I) Sur la discussion de cette classification v. les *Manuels de Droit français*. Pour le droit romain cf. Brini, C.R. de l'Académie de Bologne 1924.

cites rentrent les contrats, les quasi-contrats et la loi.

Nous verrons à propos de ces deux titres quelles sont les sanctions de ces obligations.

Mais il y a en droit romain comme en droit moderne des obligations qui n'ont pas de sanctions et sont voisines des devoirs moraux. On les étudiera dans un Titre III: Les obligations naturelles.

L'obligation doit être exécutée volontairement, faute de quoi le créancier peut poursuivre l'exécution de son débiteur en justice. Cette question sera traitée au Titre IV: L'exécution et l'inexécution des obligations.

L'obligation est destinée à s'éteindre. Il faut donc examiner dans un Titre V : L'extinction des obligations.

L'obligation a fini par devenir patrimoniale. Elle a pu être cédée comme la propriété: Titre VI : la Cession des obligations.

L'obligation grève habituellement une seule personne et d'ordinaire il n'y a qu'un créancier. Ce sont les obligations simples. Mais il y a des cas où il y a plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs et ces créanciers et ces débiteurs peuvent être liés entre eux si étroitement qu'ils sont solidaires l'un de l'autre. Ce sera l'objet du Titre VII : Les obligations solidaires.

Enfin le débiteur ne trouvant pas toujours du crédit est obligé économiquement de donner des garanties au créancier. Nous étudierons dans le Titre VIII: Les sûretés personnelles et les sûretés réelles qui garantissent les obligations.

TITRE I

LES OBLIGATIONS NÉES DE

FAITS ILLICITES.

Il en existe de deux sortes : les obligations ex delicto et quasi ex delicto. Les plus importantes de beaucoup sont les obligations délictuelles.

La première question est de déterminer l'origine des actions pénales, sanctions des obligations délictuelles, et qui expliquent leurs caractères. Après quoi, nous étudierons historiquement les divers délits et quasi-délits.

Chapitre I

ORIGINES ET CARACTERES DES OBLIGATIONS EX

DELICTO (1)

Section ILes origines des délits.

La vengeance privée première sanction du tort causé. La guerre privée de groupe à groupe.

On sait par les études de l'an dernier sur l'origine de la justice, de la procédure et des actions qu'avant l'apparition des actions ou des droits, il existait déjà une exécution. On n'avait conçu que très vaguement l'idée de droit, mais on avait déjà d'une façon très nette l'idée de violation du droit, du tort, de l'injustice. C'est de la notion négative d'injustice que sortira plus tard le droit - notion positive.

La première sanction de l'injustice commise contre un homme est la vengeance privée. L'individu qui

(1) A lire : Girard, Manuel p. 418 à 425 avec des bibliographies abondantes, mais encore incomplètes.

se voit lésé va réagir instinctivement par la vengeance : l'individu ou plutôt le groupe, car dans les milieux primitifs, l'individu ne compte pas ; c'est le clan, la tribu, la gens qui comptent.

Le groupe dont un membre a subi une lésion, une injustice de la part d'un membre d'un groupe voisin va, pour se venger, déclencher la guerre contre l'autre. Nous avons affaire à la guerre privée (comme entre nations celle qui se prétend lésée déclenche la guerre publique, nationale). A propos de cette guerre privée sur laquelle on n'insistera pas, notons seulement que l'idée de responsabilité n'existe pas dans les milieux primitifs. L'homme primitif se venge du mal objectif, ce qui explique qu'il se venge comme l'enfant, même sur des objets inanimés. C'est seulement par un progrès mental bien connu que l'homme moins primitif découvre la notion d'imputabilité, de responsabilité. On trouve encore dans le Droit romain primitif des traces de ce régime. (1)

Obstacles successifs apportés à la vengeance.

La vengeance qui suit son cours, cette guerre privée, ne nous intéresse pas au point de vue juridique. Ce qui est intéressant, ce sont les obstacles qui y sont mis parce que ces obstacles sont des sources de notions juridiques. On voit par là comment s'est formé le droit.

1°- Intervention d'un tiers offrant son arbitrage.

1°- La vengeance peut être arrêtée par l'intervention de tiers : d'un groupe qui viendra tenter d'imposer son arbitrage, ou d'un individu jouissant d'une autorité spéciale, le sorcier d'abord, puis le roi.

Sans insister sur l'arbitrage, il faut se rappeler qu'il est la source de la procédure et de la justice. (2). La même formation qui dans les litiges particuliers remonte à des milliers d'années s'introduit aujourd'hui dans les rapports entre Etats.

2°- L'accord des parties, pax.

2°- La vengeance peut être arrêtée aussi d'un commun accord entre le coupable et la victime par un arrangement, une transaction. Ce n'est autre chose que le traité de paix, car on ne fait pas assez attention à ceci que le mot paix "pax" a la même racine que pactum, convention. Il intervient donc entre le coupable et la victime une transaction, un traité de paix sous la forme d'un pacte. Cette transaction va nous conduire à la notion très importante de poena ou "amende" (sens différent de celui de peine ou châtiment qui est son sens banal, mais dérivé).

En effet, l'arrangement pouvait porter sur différents points :

(1) Cf. Ihéring : *actio injuriarum*, trad. franc. 1888

(2) Cf. Declareuil N.R.H.D. 1889. La justice dans les coutumes primitives

Objet de l'arrangement entre le coupable et la victime.

a) lutte de champions.

b) le talion.

1°- Les deux groupes pouvaient convenir qu'au lieu de la guerre, ils s'en remettraient à des champions. C'est l'origine du duel judiciaire demeuré dans notre ancien Droit comme mode de preuve.

2°- Une réglementation de la vengeance peut exister sous la forme du talion : on applique à celui qui a commis un fait, le même fait. Il en reste en droit romain une trace dans l'injuria.

3°- La transaction portera le plus souvent sur l'attribution au groupe dont fait partie la victime, ou plus tard à celle-ci, d'une poena, amende.

c) la poena ou composition pécuniaire (rançon).

La poena, c'est ce que les historiens appellent aujourd'hui la "composition pécuniaire". Cette composition pécuniaire est donnée en troupeaux d'abord à l'époque où l'argent n'existe pas, en têtes de bétail. boeufs, moutons, plus tard en argent, d'abord des lingots de monnaie, puis de la monnaie frappée. Cette composition est en réalité une rançon, analogue au wergeld des Germains. La composition pécuniaire, en effet, n'a aucun rapport avec le dommage causé ; elle est fondée sur une toute autre idée que la réparation du dommage : c'est le rachat du corps, du sang, de la vie du coupable. Celui-ci pourrait être mis à mort. Il rachètera sa vie au moyen d'une indemnité pécuniaire, la composition.

Le mot poena n'est pas d'origine latine. Les Romains n'en ont pas trouvé eux-même l'idée. Comme souvent, le mot est d'origine grecque : poinê, châtiement.

Cette composition pécuniaire a été pendant longtemps volontaire, c'est-à-dire qu'elle ne s'imposait ni à la victime, ni au coupable : si la victime ne voulait pas accepter la composition, la guerre commençait ou continuait, de même si le coupable ne voulait pas payer la composition que lui demandait la victime. Il reste quelques cas de composition volontaire dans le droit romain (injuria, furtum manifestum). La poena est alors une "amende conventionnelle".

Transformation de la composition volontaire en composition légale.

Plus tard, la composition deviendra forcée, la poena sera une "amende légale" ; la victime est obligée de la recevoir et le coupable est tenu de la donner.

Persistance de la vengeance privée dans quelques cas exceptionnels.

Avant de voir comment cela s'est produit, ajoutons que, même lorsque dans l'évolution générale du Droit, la vengeance a été limitée ou arrêtée par les différents moyens que nous venons d'indiquer, elle reste cependant licite en certains cas. Quand la conscience générale paraît la rendre nécessaire, quand l'affaire est telle que la rançon ne paraît pas une réparation suffisante, quand la vengeance apparaît comme la seule façon de réparer l'injustice. C'est

ainsi qu'en Droit romain il est permis de tuer le fur manifestus dans certains cas, particulièrement graves (vol de nuit ou en armes). Aujourd'hui même, dans les affaires dites d'honneur, l'usage admet qu'il est plus noble de se battre en duel que de recourir aux tribunaux.

Autrement, dans la plupart des cas avec le temps, la sanction des délits est la composition forcée et légale (poena, amende). Elle est légale en deux sens : 1°- Parce que la victime est obligée de s'en contenter et que le coupable doit la payer, et 2°- en ce sens qu'elle est tarifée. L'estimation de la composition n'est plus laissée au libre arbitre des particuliers. La Loi Salique contient un système de ce genre ; on l'a assez exactement définie un "tarif de compositions pécuniaires". Les XII Tables sont à cet égard un précurseur de la Loi Salique. Elles contiennent comme elle un tarif de compositions pécuniaires, mais elles ne sont pas que cela et contiennent d'autres dispositions, comme la loi Salique, d'ailleurs.

La poena sera naturellement réclamée par la victime ou sa famille à l'autre partie, au coupable ou à sa famille, et le conflit qui les divise sera tranché par des arbitres privés. Quand l'Etat sera devenu assez fort pour imposer sa volonté, le procès sera organisé par le Roi ou les magistrats.

La réclamation que la victime formule devant eux constitue ce qu'on appelle une action. Les actions données en matière de délits, les actions pénales, ont ceci de très intéressant que tous leurs caractères rappellent la vengeance privée dont elles sont les succédanés.

Avant d'arriver aux caractères des actions pénales, disons quelques mots des délits publics. Les actions pénales sont les sanctions des seuls délits privés, en face desquels on trouve les délits publics. Ceux-ci sont ceux qui intéressent l'Etat tandis que les délits privés intéressent les familles, les individus.

Dès les origines du Droit romain, existent des délits publics, parce que la notion de l'Etat se trouve constituée à Rome dès l'origine. On regardait déjà comme délits publics, soit des crimes contre l'Etat (trahison, désertion, sacrilège), soit des crimes commis contre les particuliers, mais qui troublaient d'une façon si grave l'ordre social qu'ils étaient en quelque sorte des crimes contre l'Etat (meurtre, incendie).

De plus en plus, les délits publics ont été réprimés par de nombreuses lois, notamment les Lois

L'action pénale tendant à obtenir le paiement de la poena.

Brèves indications sur les délits publics réprimés par une peine.

Juliae (Inst. IV.18) Ils ouvrent des accusations publiques (crimina, par. ex. le crimen suspecti tutoris) et ressortissent à des tribunaux particuliers, les quaestiones perpetuae.

Les délits publics étaient réprimés par des peines qui étaient le plus souvent corporelles ; on précipitait le coupable du haut de la Roche Tarpéienne on le condamnait à la mort, à l'exil, à la flagellation. Ces délits publics pouvaient aussi emporter des peines pécuniaires qui s'opposent directement à la composition pécuniaire et s'appellent "multae", amendes. Or, rien qu'au nom, on devine la différence entre les deux choses : la poena est la sanction d'un délit privé, la multa, amende, sanctionne un délit public.

Quelle a été l'origine des peines publiques ? Mommsen (1) a échafaudé tout son système du Droit pénal romain sur une idée qui a eu d'abord beaucoup de succès et que Girard accepte encore. C'est que les peines de l'Etat imitent celles que le paterfamilias appliquait dans la Domus ; l'Etat serait un agrandissement de la famille romaine. Cette conception a été combattue et on peut dire qu'elle l'était d'avance par une autre théorie beaucoup plus juste et qui se fonde sur l'histoire du Droit comparé et des législations anciennes en même temps qu'elle est commandée par des concepts généraux qui semblent plus exacts. Mommsen a créé sa théorie en n'ayant en vue que l'Etat romain.

L'autre idée émane de savants qui ont étudié le Droit comparé, notamment le Droit grec. Le système des peines publique en Droit grec ne reproduit pas du tout ce qui se passait dans l'intérieur de la famille. La peine, en droit primitif, a pour fondement une idée ou magique ou religieuse. La peine publique a une origine religieuse comme l'a démontré M. Glotz (Diet. des Antiq. grecques et Romaines de Daremberg et Saglio V° Poena) (2) Il en fut sans doute de même à Rome.

Dans l'histoire générale, la tendance du développement historique en matière de délits s'est marquée par la restriction du domaine des délits privés au profit du domaine accru des délits publics. Cela s'explique par deux faits qui, comme il arrive souvent en histoire, sont des faits d'ordre différent, qui conjuguent leurs conséquences dans le même sens.

(1) Sur le D. pén. romain cf. Mommsen. Dr. Pén. Romain traduction Duquesne 3 Vol. Paris 1907 - F. de Wissche la Formule Paricidas esto etc.. (Etudes citées p.435 et s.

(2) en réaction contre cette idée v. Calhoun the Growth of criminal Law in ancient greece, 1927.

Fondement religieux de la peine dans le droit primitif.

Transformation au cours du D. R. de délits privés de plus en plus nombreux en délits publics.

1°- Le premier fait, c'est le progrès de l'Etat. L'Etat s'est montré de plus en plus puissant à Rome, très puissant et même autocratique et, par voie de conséquence, il est de plus en plus intervenu dans les relations, entre les individus. Il était donc tout naturel que l'Etat réprime plus de faits illicites qu'au début ; il a montré sa puissance, en particulier, en transformant quelques délits privés en délits publics (*furtum*, *injuria*).

2°- L'autre fait, c'est que les actions pénales ont subi elles-mêmes une évolution.

Elles se sont éloignées de plus en plus de l'idée qui était à leur base, l'idée que les actions délictuelles étaient des succédanés de la vengeance. Leur objet primitif était une amende représentant le rachat de la vie de la victime. Cela a changé. A la fin de la République (voir *infra*), apparaît, sur ce terrain des délits, une autre conception qui n'était pas du tout normale pour eux au début, l'idée de réparation du préjudice (*res*) à laquelle servira l'amende.

L'idée de *res* était née à Rome dans un tout autre domaine que celui des délits, dans le domaine complexe des rapports sanctionnés par des actions réipersécutoires. Toute action réipersécutoire a pour objet rempersequi, de poursuivre une valeur, *res*. Tel est le cas de la revendication qui poursuit la remise dans le patrimoine d'une chose qui en est sortie ; de même des actions qui poursuivent la mise dans le patrimoine d'une valeur en réparation du préjudice qui lui serait causé si le défendeur ne fournissait pas ce qu'il a promis (contrats et quasi-contrats).

Quand les actions réipersécutoires se sont dégagées, après les actions pénales, il a existé deux domaines en opposition bien nette : celui des délits et face des droits réels et des obligations sanctionnés par des actions réipersécutoires. Le premier était dominé par l'idée de *poena* ; le second, par l'idée de réparation du préjudice, de *res*. La *poena* s'oppose à la *res*, l'action pénale à l'action réipersécutoire.

La *res* a été à l'origine une notion n'ayant qu'un champ d'application réduit (1).

Puis le domaine de la *res* s'est étendu. Les actions réipersécutoires se sont multipliées surtout à mesure qu'on créait des contrats nouveaux ou des qua-

(1) Certains auteurs se sont demandés si la revendication a toujours été une action réipersécutoire ou si elle n'a pas été peut-être même en Droit romain, une action pénale. Théorie audacieuse qui s'appuie sur le droit comparé et qu'il ne faut présenter qu'avec des réserves.

Pénétration
dans les ac-
tions pénales
de l'idée de
réparation du
préjudice.

Origine de
l'idée de ré-
paration dans
le domaine
des droits
sanctionnés
par des ac-
tions reiper-
secutoires.

Extension du
domaine de la
res au détri-
ment de celui

de la poena.

si contrats si bien qu'à la fin de la République, il était considérable. Déjà à cette époque, il déborde sur le domaine pénal (on le verra) car toutes les législations montrent une évolution de la poena vers la res. (Poisnel). L'idée de peine, d'amende, de rachat de la vie du coupable se réduit à mesure que l'idée de res s'étend. L'évolution avait commencé en Droit romain. Mais c'est dans les législations modernes qu'elle s'est accentuée.

Différence
entre les délits
privés
du D.R. et
les délits
civils du
droit moderne.

En effet, les délits du droit civil actuel sont tout autre chose que les délits privés romains. Les délits du C. Civ. ne donnent aucunement lieu à une amende. Ils ouvrent simplement le droit à la réparation du préjudice causé, c'est-à-dire à des dommages-intérêts. Leurs effets sont absolument assimilés à ceux du contrat : plus de différence de nature entre les obligations délictuelles et les obligations contractuelles. Le principe est donné par l'Art. le plus célèbre du C. Civ., l'art. 1382 : tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. Le délit ouvre simplement une action en réparation du préjudice. On ne parlerait pas autrement pour viser l'effet d'un contrat. La seule différence, c'est que dans les délits, le préjudice est déjà arrivé, il est passé. Dans le contrat, il n'est que futur, ne naissant que si le débiteur ne s'exécute pas volontairement.

Si aujourd'hui les délits civils ouvrent simplement une action en dommages-intérêts, comme les contrats, s'il n'existe plus de différence de nature entre les obligations délictuelles et les obligations contractuelles, il faut en conclure qu'il n'existe plus aujourd'hui de délits privés au sens romain du mot, de délits privés générateurs d'amendes. Tous les délits éveillant l'idée de punition sont aujourd'hui des délits publics : on les trouve dans le C. Pénal ; on les étudie au Cours de Droit criminel. Eux seuls donnent ouverture à des peines corporelles, à des amendes pécuniaires. L'idée d'amende n'existe plus aujourd'hui que dans le droit pénal et plus du tout dans le droit civil. Les actions pénales sont les sanctions des délits publics. En droit pénal, on oppose l'action publique à l'action civile, laquelle désigne l'action par laquelle la partie lésée réclame réparation du préjudice causé.

Section II.

Caractères des Actions pénales et
des obligations délictuelles.

Principe fondamental impliquant les caractères des A. pénales; l'action pénale remplace la vengeance.

Les actions pénales sanctionnant les délits privés possèdent un certain nombre de caractères qui s'opposent à ceux des actions réipersécutoires. Pendant longtemps à Rome le contraste a été complet entre les actions pénales et les actions réipersécutoires. Ces caractères des actions pénales les romanistes les ont exposés autrefois sans savoir quelle était l'idée générale qui les expliquait. C'est une conquête de la renaissance des études historiques de droit au XIX^e siècle qui a fait découvrir cette idée.

Tout s'explique par l'idée que l'action pénale remplace la vengeance, qu'elle n'est qu'un succédané de la vengeance privée.

1° - Intransmissibilité passive des actions pénales.

1° - Les actions pénales sont intransmissibles, tout au moins passivement contre les héritiers du délinquant. L'intransmissibilité passive s'explique par le fait qu'elles remplacent la vengeance qui n'avait plus de sens après la mort de l'auteur du délit.

Le droit romain a dépassé l'étape où les actions pénales étaient aussi intransmissibles activement et l'héritier de la victime peut les intenter.

2° - Survivance des actions pénales à la capitis deminutio de l'auteur du délit.

2° - Les actions pénales survivent à la capitis deminutio. Sans entrer dans les détails, on sait que la capitis deminutio a pour effet d'anéantir la personnalité juridique du capite minutus, sans toucher sa personnalité physique. C'est donc une erreur de la comparer à la mort, comme on le fait toujours par un rapprochement trompeur (Cf. Desserteaux) puisque la mort détruit la personnalité physique et laisse subsister la personnalité juridique, sous la forme d'un patrimoine héréditaire. La capitis deminutio laisse survivre les actions délictuelles, puisqu'elles remplacent la vengeance, laquelle s'attaque à la personne physique du coupable, et que celle-ci subsiste après la capitis deminutio.

3° - Extinction des actions pénales par sim-

3° - Les actions pénales s'éteignent en droit romain par simple pacte, par simple accord de volonté sans formes.

L'extinction des contrats anciens, au contraire

ple pacte.

en droit romain, exigeait des formes comme leur conclusion.

Pourquoi les actions pénales s'éteignent-elles par simple pacte ? C'est que ce pacte extinctif, c'est simplement le traité de paix, la transaction qui mettait fin à la vengeance. C'est l'idée d'apaisement après l'acte coupable pour en arrêter la sanction (pax et pactum ont la même racine, on l'a vu).

4°- L'action pénale a toujours pour objet un dare pecuniam.

4°- Les actions pénales ont toujours pour objet un dare lequel porte toujours sur une somme d'argent. La poena c'est l'ancienne composition volontaire transformée en composition légale. Cet objet pécuniaire d'une action pénale fut primitivement en droit romain ou un tarif fixe (300 as, 150 as, 25 as pour les injures) ou la valeur de la chose multipliée (furtum); la multiplication montre qu'on ne cherche pas à réparer le préjudice, mais à punir le coupable.

5°- Les actions pénales sont noxales.

5°- Quand l'auteur du délit est un alieni juris (esclave, fils ou fille de famille) ou un animal, l'action pénale dirigée contre le chef de famille ou le propriétaire possédait un caractère particulier. Au lieu d'avoir un seul objet, l'action avait deux objets: Aut noxiam sarcire aut innoxiam dedere "réparer le dommage ou livrer le coupable à la victime". Ces actions noxales ne peuvent s'expliquer que par la vengeance (I).

6° Cumul des actions pénales entre elles dans les actions répersécutoires.

6°- Les actions pénales se cumulent entre elles, comme aussi avec les actions répersécutoires. Ainsi l'action furti se cumule avec la revendication ou la conditio furtiva qui sont répersécutoires. En effet, l'idée de vengeance représentée par l'action pénale furti est indépendante de l'idée de réclamation de la chose volée (revendication) et de l'idée de réparation du préjudice (conditio furtiva).

Transformation des caractères des actions pénales:

Ces caractères des actions pénales se sont conservés en général. Des modifications apparaissent cependant dans deux directions :

1° Disparition de certains caractères anciens.
a) Quant au montant de la condamnation.

1°- Certains caractères anciens se sont perdus :

a) L'objet de l'action était la poena et la poena était le rachat de la vie du coupable, elle n'avait aucun rapport avec l'objet du dommage qu'il ne s'agissait pas d'évaluer. Pourtant déjà à l'époque des XII Tables la poena a été calculée d'une autre façon. En cas de furtum on prenait pour base la valeur de l'objet dérobé ce qui prouve qu'il y avait un rapport entre l'amende et le préjudice causé; mais cette valeur on la multipliait par 2 ou 3 suivant les cas. C'était cette multiplication qui constituait la pénalité.

(I) Sur la distinction de vindicta et noxia F. de Visscher, p. 109 et s.

Le droit romain est allé plus loin. Dans certaines actions délictuelles prétoriennes la condamnation n'était même plus un multiple. Elle était au simple de la valeur du préjudice, comme les actions réipersécutoires.

b) Quant à la transmissibilité de l'action.

b) De même les actions pénales n'étaient pas transmissibles passivement. Dans les délits prétoriens les actions le sont dans la mesure de l'enrichissement des héritiers. Ici intervient la notion nouvelle d'enrichissement injuste (peut-être seulement par voie d'interpolation).

2°- Reconnaissance d'actions mixtes.

2°- La théorie des actions pénales a subi un complément et une modification par la reconnaissance des actions mixtes. Nous avons constaté l'existence d'actions pénales succédanées de la vengeance privée et d'actions réipersécutoires sanctionnant les rapports licites. Pendant longtemps existèrent seules ces deux catégories d'actions. Mais de même que la division des obligations s'est compliquée, de même celle des actions s'augmente par la création des actions mixtes. Le droit classique ne connaît pas le nom d'action mixtes, mais il connaît la chose: Gaius, (4.9) déclare qu'il est des cas où nous poursuivons à la fois la res et la poena, la réparation du dommage et l'amende. Ces cas sont ceux des actions qui croissent au double contre celui qui nie, actiones quae crescunt in duplum adversus infitiantem: l'actio iudicati, donnée pour exécuter le jugement, l'actio depensi en recours de la caution contre le débiteur principal, l'actio de la Loi Aquilia pour punir le dommage causé sans droit à autrui, l'actio ex testamento qui sanctionne le legs per damnationem.

a) Les actions mixtes dans le droit de Justinien.

Le nom d'actions mixtes paraît ne dater que du droit byzantin (Inst. 4.6.18) qui, du reste, présente une autre conception des actions mixtes. Les principales actions mixtes chez Justinien sont : a) l'action au quadruple vi bonorum raptorum (Inst. 4.6.19) Quand quelqu'un a enlevé des biens par violence, il est condamné au quadruple dont 1/4 représentant la valeur de la chose et 3/4 la pénalité.

b) L'action prétorienne au double dépositi en cas de dépôt nécessaire. Elle est pour une part pénale et pour une part réipersécutoire (Inst. H. T. 17).

c) L'action de la Loi Aquilia est naturellement mixte si le coupable a nié. Justinien (H. T. 19) ne fait que répéter Gaius sur ce point. Mais il remarque que cette action est mixte, même si elle est au simple, c'est-à-dire si le coupable avoue. En effet, dans l'action de la Loi Aquilia la condamnation se mesure non sur la valeur de la chose, non au moment de la

Litis contestatio, mais sur la plus haute valeur de la chose dans l'année ou dans le mois précédents. C'est la différence entre la valeur actuelle et la valeur maxima ou dans l'année ou dans le mois qui constitue la pénalité.

Chapitre II.

DELITS ET QUASI-DELITS.

Evolution historique des délits.

L'évolution historique des délits en droit romain est caractérisée par quelques traits tout à fait particuliers et significatifs:

1°- Le nombre des délits a été toujours en augmentant tout au moins jusqu'à la fin de la République.

2°- En même temps qu'il s'étendait par certains côtés, le champ des délits se rétrécissait par d'autres. En effet, il se rétrécissait au profit du champ des contrats (dépôt), lesquels étaient très rares à l'origine et se développaient avec la civilisation en rongant le domaine du délit. Le nombre des délits privés a diminué aussi en ce sens que plusieurs d'entre eux (furtum, injuria) ont fini par être transformés en délits publics.

3°- Leur sanction s'est adoucie à mesure qu'on s'éloigne de l'origine, c'est-à-dire du règne de la vengeance privée.

4°- La conception primitive des délits est nécessairement matérialiste, suivant la conception même de tous les droits primitifs. Mais comme partout, ce caractère matérialiste fait place à une conception idéaliste (On l'a vu à propos de la revendication de la possession où le corpus ne compte pour ainsi dire plus). De même en matière de délits.

Mais -observation capitale - les Romains ne sont jamais arrivés à poser un principe général pour la répression des délits semblables à celui de notre article 1382. D'où la conséquence : ayant posé un principe, le C. Civ. n'a pas besoin d'énumérer les délits civils. Lorsqu'un fait rentre dans la définition générale de l'art. 1382, il sera sanctionné par des dommages-intérêts et ouvrira une action en réparation, quelle que soit sa dénomination et même s'il n'en a pas; peu importe la caractéristique du délit, du moment

qu'il y a dommage et faute de l'agent. Les Romains, même sous Justinien n'en sont jamais arrivés là, ils ont donc conservé énormément de délits qui ont chacun leur réglementation spéciale et ils les ont réprimés chacun d'une façon particulière. Ce qui détermine une théorie assez compliquée que nous exposerons historiquement.

Section I.

L'ANCIEN DROIT CIVIL DES XII TABLES A LA FIN DE

LA REPUBLIQUE.

La loi des XII Tables renferme un certain nombre de délits qui donnent lieu à des sanctions différentes et présentent en somme le régime de transition entre la vengeance privée et la composition légale.

§ I - Les délits où la vengeance est licite.

I- Cas de vengeance privée:

La loi des XII Tables admet encore la légitimité de la vengeance privée dans deux cas, où la victime n'aura pas d'action en justice, la victime exécutant elle-même le coupable, avec faculté de composition volontaire cependant.

I° - Injure consistant en un *membrum ruptum*.

1° - Certains cas d'injure.

L'injure (1) *injuria* - c'est conformément à l'étymologie du mot, un acte commis sans droit contre quelqu'un: *in* privatif, *Jus* (juris) le droit. Cette notion très vague s'est différenciée au fur et à mesure qu'on avance dans la civilisation et les jurisconsultes sont arrivés à distinguer plusieurs sortes d'injures. Ils ont pris pour modèle le Droit grec plus avancé que le droit romain. Justinien (*Institutes* IV, 4, Pr.) donne une énumération des différentes catégories d'injures: Parmi ces injures figure l'injure au sens moderne, l'atteinte portée à quelqu'un dans son honneur, dans sa personnalité morale, la *contumelia*. Mais en droit primitif, il n'est pas question de telles injures, le caractère matérialiste du droit se reflète dans l'injure. Pour qu'il y ait injure, il faut qu'il y ait un préjudice commis au corps et à la personne physique d'un homme libre, donc inestimable en argent.

La Loi des XII Tables en cas d'injure admet encore le talion: on fera au coupable ce qu'il a fait

(1) P. Huvelin, *Mél. Appleton* (1903), 371 - 499.

lui-même à la victime, dans le cas unique du membrum ruptum. Les XII Tables autorisent alors la victime à composer avec le coupable "ni cum eo pacit talio esto"; c'est le premier cas de composition volontaire (Gaius 3.220)

Qu'est-ce que le membrum ruptum ? Sur ce point des contestations durent encore. Ce n'est pas la fracture d'un os, laquelle donne ouverture à une action. Des auteurs ont donc supposé que c'est l'amputation d'un membre, si par exemple je vous coupe le nez (Huvelin Mélanges, Appleton 1903 p. 371 et 819). M. Appleton (Mélanges Cornil, t. I. 1926) a vigoureusement combattu cette opinion en reprenant son idée ancienne, d'après laquelle il s'agit simplement de la lésion d'un membre, par exemple si par des coups violents je cause des ecchymoses à votre bras; contra Girard (p. 429, n. 2).

Tel est le seul cas où le talion est permis dans les XII Tables. Pendant longtemps on a cru que la vengeance était encore possible dans deux autres cas très obscurs. - a) l'Occentatio, le charivari qu'on fait contre une personne pour attirer sur elle la malediction des divinités infernales - b) le Carmen famosum qui vise probablement les "incantations magiques" destinées à faire vouer une personne aux dieux infernaux. Aujourd'hui, on admet plutôt que ces faits étaient punis par des peines publiques (1).

2° - Le furtum manifestum.

2° - dans certains cas de furtum manifestum.

Définition.

Large notion du furtum en D.R. (vol, abus de confiance, escroquerie).

Le furtum romain (2) est beaucoup plus large que notre vol. Il est défini par les Institutes IV, 1.1, : "contrectatio rei fraudulosa vel ipsius rei vel etiam usus ejus possessionisve". - Le furtum, c'est le maniement de la chose d'autrui accompli frauduleusement, ou de cette chose même, ou de son usage ou de sa possession.

A - L'étymologie de fur, furtum, est un mot grec "phôr" qui a le même sens. Le furtum est le maniement, contrectatio, de la chose d'autrui, ce qui comprend d'abord la soustraction frauduleuse de la chose, comme le vol actuel, puis l'abus de confiance, l'escroquerie dont les Romains n'ont pas fait des délits spéciaux, comme notre Code Pénal, c'est même le fait de recevoir sciemment le paiement d'une chose indue, car celui qui de mauvaise foi, sachant que vous vous n'êtes pas son débiteur reçoit cependant le paiement s'approprie le bien d'autrui (3)

(1) Eliane Massonneau, Thèse Paris, 1933.

(2) P. Huvelin - Etudes sur le furtum dans le très ancien Droit Romain T.I. 1915.

(3) F. Fitting - thèse de Doctorat, Lausanne, 1926.

Eléments du
furtum

a) contrec-
tatio.

b) animus
furandi.

c) animus
lucrandi.

d) invito
domino.

Différentes
espèces de
vol quant à
son objet: fur-
tum rei; fur-
tum usus; fur-
tum possessionis.

Répression du
vol dans les
XII Tables.

1° - Vengean-
ce privée si
le fur mani-
festus est un

a) La notion de furtum d'après Huvelin n'aurait pas toujours été celle-là. Au début, il fallait une soustraction, amovere, subripere. Ce ne serait qu'à la fin de la République que la notion se serait élargie et que les veteres auraient parlé de contrec-tatio.

b) Il faut que celle-ci soit frauduleuse, qu'on ait l'animus furandi. Nous ne connaissons plus un délit sans intention, pas plus qu'une possession sans intention. Chez les peuples primitifs, elle est à contraire ignorée. Car le primitif ne voit que les faits positifs. Avec le développement du droit on exige que la contrectatio soit frauduleuse, qu'il y ait animus furandi. S'il y a erreur, il n'y a pas intention de voler.

c) Il faut aussi qu'on ait l'idée de lucre, "lucri faciendi gratia".

Enfin d) Il faut qu'on manie la chose d'autrui contrairement à la volonté du propriétaire invito domino. Conséquence: pas de furtum sur une chose sans maître: ni sur un bien abandonné, ni sur un bien vacant telle que l'hérédité jacente (Cf. Théorie de l'usucapio pro herede).

L'objet du furtum a d'abord été une chose corporelle meuble ou immeuble. A l'origine, quand un individu s'installait sans droit dans une maison, on le considérait comme un voleur. Puis les juriscultes ont limité cette notion aux meubles. Le fait de s'emparer d'un immeuble est sanctionné par une autre action, l'action vi bonorum raptorum (V. Infra).

Mais on a déclaré qu'on pouvait voler l'usage de la chose. A côté du furtum rei, fut reconnu le furtum usus, lorsque le dépositaire se sera servi de la chose déposée chez lui.

Les Romains ont également dégagé la notion du furtum possessionis: une chose avait été remise en gage à un créancier pour assurer le paiement de la dette du débiteur; si ce débiteur reprend cette chose dont il est resté pourtant propriétaire, mais dont il a perdu la possession, il commet à l'encontre du créancier gagiste un furtum possessionis. C'est une nouvelle preuve de l'évolution du Droit vers la spiritualité.

B - Comment le vol manifeste est-il réprimé dans les XII Tables ?

1° - La loi autorise la vengeance privée contre le fur manifestus, mais seulement dans deux cas:

a) Si ce fur manifestus, était un voleur de nuit.

voleur de nuit ou s'il est armé.

b) Si le fur manifestus était un voleur de jour, mais qu'il fut armé.

L'individu chez qui ce voleur pénètre et qui le tue n'est pas coupable de meurtre, il l'a tué à juste titre, "jure caesus esto"; celui chez qui le voleur a pénétré dans des conditions particulièrement aggravantes est en légitime défense.

2° - Répression quand le voleur manifeste est de jour et sans armes.

2° - Mais qu'en est-il du fur manifestus de jour et sans armes. Est-ce que la vengeance sera possible dans ce cas ?

La victime se voit ouvertes différentes voies:

a) Si le voleur est un esclave, la loi ordonne qu'il soit frappé de verges et précipité du haut de la Roche Tarpéienne. Dans ce cas, délit public; la vengeance n'est pas autorisée.

b) Si c'est un homme libre, la loi déclare qu'il sera frappé de verges (donc délit public) puis addictus, adjugé, par le magistrat à la victime qui a le droit de l'emmener dans sa prison privée, mais que peut-elle en faire ?

Gaius (3. 189) rapporte que pour certains vieux jurisconsultes l'addictus devenait l'esclave du volé; d'après d'autres, il était assimilé à l'adjudicatus et par conséquent pouvait être mis à mort ou vendu trans tiberim. En tout cas, aucune manus in jectio n'intervient ici.

C - Qu'est-ce que le fur manifestus ?

Définition du fur manifestus: voleur pris en flagrant délit.

M. de Visscher a publié sur le fur manifestus un article remarquable (1) fondé sur le Droit comparé. L'étymologie du mot est assez difficile à connaître. Manifestus vient de manus (main) et d'une racine fest, de la même famille que fendere (saisir). D'après M. de Visscher le fur manifestus, c'est celui qui tient encore la chose dans la main; le terme a donc pour lui un sens actif. Suivant l'opinion de Bréal et Bailly, le terme doit avoir un sens passif; le fur manifestus est celui qui est saisi avec la main, celui que l'on "pince" sur le fait. Mais les jurisconsultes ont discuté sur la notion de flegrance (Gaius, III, 184, Paul Sent. II, 31,2).

Assimilation au voleur manifeste de celui chez qui la chose est trouvée, à la suite d'une perquisitio lance et licio.

D'ailleurs, le fur manifestus n'est pas seulement un voleur pris en flagrant délit. Le fur peut être manifestus dans une autre circonstance que l'on comprend facilement, si on reconstitue la suite des événements. Le vol d'un esclave ou d'un animal vient d'être commis chez quelqu'un. Le premier mouvement du volé c'est de se précipiter à la recherche de la chose, de sortir de sa maison et de suivre sur le sol

(1) Etudes citées, p. 135 et s.

les traces du voleur ou celles de l'objet enlevé. Ces traces le conduisent, par hypothèse, vers la maison d'un autre. Mais devant cette maison, il doit s'arrêter, parce que le domicile du citoyen est inviolable. Alors cet individu se précipite dans la ville, rassemble des témoins; dépouille sa toge, et se met nu, sauf un petit pagne; et dans ce costume, saisissant un plateau avec les deux mains, il pourra s'introduire légalement dans la maison de celui qu'il soupçonne. Nous avons affaire là à une procédure très archaïque qui existe chez d'autres peuples aussi: l'enquête par le plateau et le pagne, *perquisitio lance et licio* (Gaius III, 192-193). M. de Visscher a continué ses travaux sur le *furtum* en étudiant cette perquisition et les actions qui s'y rattachent (1)

Il est difficile de comprendre pourquoi on exigeait ce costume bizarre. On a fait sur ce point plusieurs hypothèses. La meilleure y voit des rites magiques: le *licium* sert à conjurer les sorts; la lance, tenue *ante oculos* est une sorte de miroir où le porteur aperçoit le voleur, croit-on.

Grâce à ce costume singulier, l'individu pourra pénétrer dans la maison de l'inculpé et y chercher l'objet qui lui a été enlevé, partout sauf dans les chambres habitées par les femmes. Il n'y pénétrera pas à condition que l'inculpé prête un serment purgatoire: je jure que l'objet n'est pas dans cette chambre (Esmein *Mélanges d'Histoire du Droit* 234-244). Esmein signale comment les voleurs s'y prenaient pour faire échouer la poursuite sans faire de faux serment: ces stratagèmes très anciens se rencontrent également dans la Genèse et dans Macrobe.

Le *fur manifestus* n'est donc pas seulement l'individu pris sur le fait, mais aussi celui chez qui la chose est découverte à la suite d'une perquisition solennelle, laquelle paraît ridicule à Gaius et a disparu relativement de très bonne heure.

§ 2 - Les délits qui donnent lieu à des compositions légales.

Compositions légales

1° - La pauperies.

2° - Le pastus.

Certains délits engendrent des actions pénales pour réclamer les amendes légales:

1° - La pauperies qui ouvrait l'action de pauperie, action noxale; c'est le dommage causé par un quadrupède (p. ex. blessure à un homme libre).

2° - Le délit de pastus, pâturage. Lorsqu'un

(1) Etudes citées, p. 215 et s.

animal a pâturé dans le pré d'autrui, son maître est tenu par l'action de pastu, qui est noxale (1).

3° - Les injures légères.

3° - Les injures légères sanctionnées par l'actio injuriarum: a) os fractum l'os brisé; l'amende est de 150 as ou livres si la victime était un esclave, 300 as ou livres si la victime était un homme libre. b) Les petites injures (soufflets) étaient punies d'une amende de 25 as ou livres. Il s'agit de l'as pesant une livre de 12 onces et qui était une monnaie de bronze. L'as a fini par tomber à rien. L'unité monétaire courante des Romains fut le sesterce d'argent (H.S.) qui vaut 2 as 1/2 soit 20 centimes.

4° - Certains cas de furtum.

4° - Le 4ème délit est beaucoup plus important, c'est encore le furtum.

Voici les trois hypothèses où des actions naissent du furtum:

a) furtum nec manifestum. (a.f. nec manifestum au double).

a) En cas de furtum nec manifestum, vol non flagrant, la victime peut poursuivre le voleur par l'actio furti, appelée plus tard nec manifesti, action au double, qui a été calculée sur la valeur de l'objet volé (appréciation objective), puis sur la valeur du préjudice causé (appréciation subjective).

Cette action frappe aussi les complices du voleur, c'est-à-dire non seulement ceux qui ont participé à l'acte même, qui ont aidé le voleur, qui ont agi avec lui, mais encore ceux qui lui ont donné des indications pour commettre le vol ou le lui ont conseillé ("Ope consiliove"). Ces deux faits sont prévus dans la formule de l'actio furti "Ope": à l'aide de, comme dans l'expression exceptionis ope; "consilio" par le conseil. Les Romains ont donc puni la complicité matérielle ou même intellectuelle. Ils ont donc eu la notion non seulement des actes délictueux matériels, mais même des actes délictueux intellectuels;

b) deux cas de furtum réprimés par une action au triple:

1) f. conceptum.

b) D'autre part, l'actio furti est donnée au triple dans deux cas:

1) Actio furti concepti, lorsque la chose volée (furtum) est trouvée (conceptum) chez un détenteur quoiqu'il ne soit pas le voleur, chez un recéleur.

Le furtum désigne ici l'objet du vol qui avait été remis par le voleur à cet individu. L'objet est découvert soit au cours d'une perquisitio lance et licio, soit après la disparition de celle-ci, par une enquête non solennelle. Le recéleur est puni d'une peine au triple, une fois de plus que le furtum manifestus parce qu'il n'a pas rendu de lui-même la chose et a commis ainsi un acte délictueux (G. III, 185 et 191).

(1) A. Fliniaux, Mélanges Cornil, t. I, 1928.

2) f. oblatum.

2) Actio furti oblatis (Gaius III, 137 et 191). - Furtum signifie encore chose volée; oblatum: offerte.

Cette action est donnée au détenteur, au recéleur de la chose volée contre le tiers qui la lui avait offerte. Peu importe que ce tiers soit le voleur ou un intermédiaire. Lorsque le recéleur, qui peut être de bonne foi, a été obligé de rendre la chose ou de subir la condamnation au triple par l'actio furti concepti, il se retourne contre celui qui lui a remis la chose et lui réclame la réparation du préjudice par une actio qui est également au triple. L'actio furti oblatis est donc une action récursoire, ou en recours.

Caractères des actions furti.

Les actions furti sont toutes des actions pénales et infamantes (déchéance entraînant l'ignominia).

L'actio furti nec manifesti est donnée à toute personne qui avait intérêt à ce que le vol ne fût pas commis à son détriment; donc d'abord au propriétaire, de plus au possesseur de bonne foi, qui est à cet égard assimilé au propriétaire; au créancier gagiste, qui était un possesseur ad interdicta, et qui avait intérêt à conserver la chose qui lui avait été donnée en gage; au commodataire qui a emprunté à usage une chose pour s'en servir et qui est responsable vis-à-vis du commodant; à l'usufruitier.

Actions réimpersécutaires se cumulant avec l'A. furti.

A côté de l'actio furti, le volé peut intentar aussi des actions réimpersécutaires, actions au simple, non pénales, et non infamantes qui s'opposent donc à l'actio furti. Parmi ces actions réimpersécutaires, qui se cumulent avec l'actio furti, deux sont particulièrement intéressantes; la revendication et la condictio furtiva.

a) La revendication intentée par le propriétaire volé si la chose existe encore.

La revendication ne peut être donnée qu'au propriétaire volé. A l'aide de cette action, il réclamera la restitution de sa chose et, à défaut de celle-ci, une condamnation au préjudice causé. Cette action n'est possible que si la chose se retrouve en nature chez le voleur et peut être identifiée exactement par exemple l'esclave Stichus m'a été volé, je puis le revendiquer parce qu'il se distingue des autres esclaves du voleur.

b) A défaut de cette action, la condictio furtiva, action en indemnité.

Mais il peut arriver que la chose volée ne soit plus reconnaissable parce qu'elle est confondue avec les choses de même genre qui appartiennent au voleur, une somme d'argent par exemple. Le volé réclamera alors une indemnité à raison du vol par une action spéciale la condictio furtiva. C'est une action personnelle fondée sur l'idée d'enrichissement sans cause. Le voleur doit réparer le dommage causé au volé, faute de quoi s'enrichirait au détriment de la victime.

Une difficulté se posait à propos de cette *condictio*. Gaius 4,4 la signale. D'habitude, le propriétaire qui a la revendication, n'a pas besoin de la *condictio*. C'est ici le cas unique où un propriétaire se prétend créancier de sa propre chose. Gaius explique cette anomalie en disant que cette action a été donnée "*odio furtum*" par haine des voleurs. Son origine plus probable vient de ce que la revendication était impossible pour les choses non identifiables, pour lesquelles un secours plus approprié était nécessaire.

5° - Vol du tuteur contre le pupille (a. *rationibus distrahendis*).

5° - Les XII Tables ont puni un voleur particulier: le tuteur. Par suite du caractère primitif de la tutelle, l'*actio furti* n'était pas possible contre le tuteur qui avait commis des détournements sur la fortune du pupille. C'est l'*actio rationibus distrahendis* au double qui sera intentée. Il y a controverse entre les auteurs sur le sens de cette expression. On traduit généralement "action en reddition de comptes". C'est un euphémisme.

6° - Fait de dérober la poutre d'autrui (a. de *tiquo juncto*).

6° - Une autre espèce de vol est punie aussi d'une façon particulière.

Quand un individu a dérobé la poutre d'autrui, pour l'introduire dans la construction de sa maison, plus tard quand un individu a dérobé les matériaux d'autrui, tuiles, briques...pour les insérer dans sa propre construction, cet individu est passible d'une action spéciale: *actio de tiquo juncto*, action également au double. Malgré controverses, elle n'existait qu'en cas de vol (1).

7° - détournement d'un dépôt.

7° - Le dépôt. Nous nous représentons toujours le dépôt comme un contrat. Mais des actes qui sont devenus contractuels ont été pendant longtemps considérés par les peuples primitifs comme des actes délictuels. Tel est le cas du dépôt. Il a d'abord été sanctionné d'après les XII Tables, par une action au double pénale contre le dépositaire, qui ne restituait pas la chose déposée et qui était assimilé à un *fur nec manifestus*. Ce régime rigoureux est indiqué par Paul, Sentences II, 12, 11 et il est extrêmement intéressant, parce qu'il montre que le contrat de dépôt n'existait pas à l'époque des XII Tables.

8° - Eviction de l'acheteur d'une res mancipi par *mancipatio* (a. *auctoritatis*).

8° - L'*actio auctoritatis*. - Le vendeur, en Droit romain comme en Droit français, doit garantir l'acheteur contre l'éviction. S'il manque à cette obligation, et si l'acheteur est dépouillé de la chose, par la revendication du véritable propriétaire, l'acheteur se retourne contre son vendeur et exerce con-

(1) R. Monier, thèse Paris, 1922.

tre lui un recours en garantie (*auctoritatis*) ouvrant une action au double, *actio auctoritatis* (renvoi à la théorie de la vente).

9° - Défaut de contenance de la chose vendue (a. de modo agri).

9° - *Actio de modo agri* (action pour la mesure du champ). Le vendeur doit livrer à l'acheteur la chose telle qu'il l'a promise et s'il lui a vendu un champ d'une certaine mesure, il ne peut lui livrer un champ moindre, sinon il y aurait tromperie sanctionnée par cette action au double (renvoi à la vente).

10° - Fait d'avoir frauduleusement coupé les arbres d'autrui.

10° - Les XII Tables contenaient une action pour le cas où on avait frauduleusement coupé les arbres d'autrui, ce qui n'est pas étonnant dans une civilisation agricole comme celle des Romains à cette époque: *actio de arboribus succisis* entraînant une amende de 25 as par arbre abattu (1).

11° - Détérioration par le défendeur de la chose revendiquée dont il a la possession intérimaire.

11° - Enfin un cas assez particulier qu'on ne rattache pas ordinairement aux délits, et qui en est cependant un, puisqu'il entraîne une peine au double se voit dans le *sacramentum in rem*, où le prêteur attribue la possession intérimaire, les *vindiciae*, à l'une des parties. Celui qui a reçu les *vindiciae* doit surveiller la chose, et s'il la détruit ou la dégrade il est considéré comme un délinquant et puni au double (*duplione damnum decidito*, XII Tables 12.3. Cf. Festus, V° *vindiciae*).

La loi des XII Tables était donc assez riche en délits privés, sanctionnés par des actions. Le mouvement a continué après le IV° siècle de Rome et nous arrivons ainsi aux

§ 3 - Délits réprimés par les Lois postérieures aux XII Tables.

La Loi des XII Tables ne comportait que la sanction de délits particuliers, caractérisés, différenciés les uns des autres. On n'y trouvait qu'une énumération d'actes illicites. L'économie de cette loi est conforme à l'esprit du Droit primitif, qui procède par cas d'espèces.

1° - Appari-
tion d'une con-
ception plus
large d'un dé-
lit. Le *damnum
injuria datum*.

1° - après les XII Tables, les Romains, se sont élevés à une conception plus large dans la répression du plus important des délits nouveaux, le *damnum injuria datum*, dommage causé à autrui sans droit. Il ne faut pas confondre ce délit avec l'injure, atteinte non estimable en argent causée à une personne libre; notre délit est un dommage causé aux choses et parfaitement appréciable en argent. *Injuria*

(1) A. Fliniaux, Studi Bonfante, vol. I (1930), p. 523 et 54.

veut dire ici sans droit: dommage commis contrairement au droit, l'adikêma des grecs (Inst. IV. 4.Pr.)

Certaines atteintes portées sans droit à la chose d'autrui avaient été déjà réprimées par les XII Tables, mais nous ne savons pas comment ni quels étaient exactement ces faits. Ces dommages inconnus ou au moins quelques-uns ont été supprimés par la loi Aquilia (Ulpien D. 9.2.1. Fr.) qui, en même temps, créait un nouveau délit d'ordre plus général. La loi Aquilia a laissé des souvenirs jusque dans la langue usuelle du Droit civil français, où l'on parle de faute aquilienne (=faute délictuelle), par opposition à la faute contractuelle.

La loi Aquilia était en réalité un plébiscite. Mais à partir de la Loi Hortensia, plébiscite et loi c'est la même chose. Elle a été proposée par un tribun du nom d'Aquilius, dont on ignore la date exacte (Cf. Girard p. 44 n. 2). Ordinairement les auteurs la placent entre 465 et 468 ab. U.C. 289-286 av. J.C. Cette date, dit Girard, ne repose sur rien. La Loi est antérieure à 154 avant notre ère, voilà la seule certitude; elle remonte probablement au VIème siècle de Rome (254-154 av. J.C.).

Cette loi a trois chefs ou chapitres: tria capita.

a) Le 1er chapitre vise exclusivement le meurtre des esclaves ou des animaux qui vivent en troupeaux. Ces choses étaient considérées comme très importantes pour les Romains. Ce sont en effet pour la plupart des res mancipi.

b) Le 3ème chapitre vise tous les autres dommages portés à la chose, esclaves, animaux, quels qu'ils soient, choses inanimées qui appartiennent à autrui. Ces dommages proviennent de trois causes: ustum, par brûlement, fractum: par brisure, ruptum. Le sens de ce terme est controversé. Un texte dit que rumpere dans la Loi Aquilia équivaut à corrumpere, et ruptum doit donc se traduire ici "dommage par dégradation détérioration" (et non par brisure) (1). Ce terme ruptum a un sens très large: tout fait de détérioration d'une chose tombe sous l'application de la Loi Aquilia (Cf. Instit. IV-3-13-14 et 15).

c) Le 2ème chapitre vise un cas tout à fait particulier, qui ne ressemble pas du tout aux deux autres dispositions: l'acceptilation, (remise solennelle de dette) faite par l'ad stipulator (créancier adjoint) au débiteur. Ce faisant, il a détruit les droits du créancier principal, il a commis un délit

(1) Cf. La discussion sur membrum ruptum (en cas d'injure)

puni par la Loi Aquilia (Gaius III. 215-216). C'est un dommage non matériel, remarquons-le.

Quel est le montant de l'amende dans la Loi Aquilia ?

a) Dans le premier chapitre, elle était de la plus haute valeur atteinte par l'esclave ou l'animal qui vivait en troupeau, dans l'année précédente "Quantum plurimum", c'est-à-dire le maximum atteint par la valeur de la chose dans l'année précédente. On se rapporte au prix courant sur le marché dans l'année aux mercuriales des prix.

b) au 3ème chapitre, la condamnation était au quantum plurimum, à la plus haute valeur atteinte par l'objet dans le mois précédent.

c) au 2ème chapitre, elle était égale au montant de la créance éteinte.

L'action qui sanctionne le *damnum injuria datum* s'appelle action de la Loi Aquilia: *actio legis Aquiliae*. La plupart des auteurs supposent que cette action était une *manus injectio* sous la procédure des L.A. En ce sens, deux arguments: a) la Loi comporte le mot *damnas*, terme qu'on rapproche de la *damnatio*, qui donnait *manus injectio*. b) sous la procédure formulaire cette action croît au double contre celui qui nie (G. 4.9.), or les autres actions du même groupe sanctionnent des rapports de droit qui sous la procédure des L.A. étaient sanctionnés par la *manus injectio*. La Loi Aquilia a dû de même permettre la *manus injectio* mais la question est discutée parce que la M.I. suppose une somme d'argent fixe.

Sous la procédure formulaire, l'*actio Legis Aquiliae* est une action pénale et qui croît au double contre celui qui nie le fait dommageable. L'Edit contient donc deux formules: une pour le cas où le coupable avoue, et qui est au simple (*formula confessoria*), une formule pour le cas où il nie et qui est au double (*formula negatoria*). Pour savoir s'il nie ou avoue, la victime, au début de l'instance, interrogera l'inculpé (*interrogatio in jure*).

Pour que l'action de la Loi Aquilia puisse être intentée, il faut trois conditions:

a) le demandeur doit être propriétaire de la chose détruite ou abîmée (raison inconnue).

b) Il faut que le dommage soit causé corpore c'est-à-dire par un corps, par un acte matériel du coupable. Par exemple: tuer avec un poignard un esclave.

c) Il faut que le dommage soit causé corpori, au corps, qu'il résulte d'une atteinte directe et matérielle à la chose. Par exemple: dans le cas précédent, le dommage a atteint l'esclave dans son corps. Nous

Montant de la condamnation calculée dans 2 cas sur la valeur la plus haute de la chose.

L'A de la Loi Aquilia, sous les actions de la Loi, était-elle une M.I.?

Sous la procédure formulaire.

Conditions d'application:
a) Il faut être propriétaire; b) que le dommage soit causé corpore.
c) et corpori.

2° - Autres lois postérieures aux XII Tables créatrices de délits. Lois créant des actions récursoires.

verrons plus tard les extensions de la loi Aquilia.

2° - La Loi Aquilia était la plus importante des lois postérieures aux XII Tables qui aient créé un délit. Voici d'abord les lois qui ont créé des actions récursoires: 1° - La Loi Plaetoria protégeant le mineur de 25 ans engendre une *actio legis Plaetoriae* sur laquelle existent des difficultés (1).

2° - La Loi Furia en matière de legs;

3° - La Loi Marcia de *foeneratoribus*, contre les usuriers (*manus injectio pura*);

4° - Enfin la Loi Publilia autorisant l'action *depensi* (ouvrant la *manus injectio*, puis au double, contre celui qui nie) au profit de la caution contre le débiteur principal qui ne l'a pas remboursée dans les six mois.

3° - Lois politiques réprimant certains actes de violence ou d'injures.

3° - D'autre part, certaines lois politiques ont réprimé de nouveaux faits. Elles se placent à la fin de la République où les troubles politiques sont considérables et préparent l'avènement de l'Empire.

1) En matière de vol avec violence, la Loi Plautia de vi, puis la Loi Julia de vi, réprimèrent ce délit publiquement. - 2°) En matière d'injure la Loi Cornelia de injuriis, de Sylla réprime les manifestations violentes qui accompagnent les luttes de partis: violation de domicile, diffamation, coups. Tout cela constituait un délit public. Plus tard la victime eut le choix entre l'action publique et l'action privée d'injure (l'action prétorienne dont il va être traité) (2)

Section II

LE DROIT PRETORIEN.

L'activité du préteur s'est exercée surtout à partir de la création de la procédure formulaire. Certains auteurs, comme Girard, font partir ce mouvement de la Loi *Aebutia*, qu'ils placent entre 605 et 628 (149 et 126 av. J.C.) M. Collinet repousse toute relation entre cette loi et la création de la procédure formulaire qui date plutôt de la fin du VI^e siècle (avant 154 av. J.C.) (dans le même sens M. Guq).

Les réformes du préteur peuvent se classer en plusieurs séries.

(1) Duquesne *Mélanges Cornil* I, p. 217 et ss.

(2) Girard, p. 431, n. 2.

§ I - Injuria et Furtum.

La vengeance était encore licite en deux cas: l'injure et le furtum manifestum.

1° - Actio injuriarum aestimatoria.

1° - En matière d'injure, le préteur a supprimé le talion dans le cas du membrum ruptum et n'admet plus pour ce cas qu'une créance pécuniaire, comme pour les autres cas. Plusieurs Edits ont fait une double réforme:

a) ils étendent la notion d'injuria à des cas nouveaux: clameurs outrageantes (convicium) outrages à la pudeur, atteintes à la considération (diffamation), etc... (1).
b) Le préteur donne, pour toute injure, une action injuriarum, qui, par différence avec celle des XII Tables n'avait pas un montant fixe. Ce qui est encore un progrès. L'action prétorienne est dite aestimatoria, le juge devra tenir compte des circonstances de fait, de la qualité des personnes, de l'équité, pour déterminer le montant de la condamnation. L'action est en effet une action in bonum et aequum concepta, dont la condemnatio se règle sur l'égal, l'honnête, et elle est imitée du Droit grec (2).

Lorsque l'injure est particulièrement grave, atrox, c'est le magistrat lui-même qui fixe le taux de l'amende.

La création de l'action d'injures prétorienne a été faite spécialement sous l'influence de circonstances économiques. La monnaie romaine était, à la fin de la République, tombée très bas. L'as ne valait plus rien; une condamnation à 300, 150 et surtout 25 as ne comptait plus, tant et si bien qu'au dire d'Aulu Gelle le chevalier romain Veratius se promenait sur le Forum en donnant des soufflets aux gens dont la figure ne lui plaisait pas. Son esclave ensuite s'approchait et leur versait 25 as. Enu de ces faits, le préteur supprima les amendes fixes de la Loi des XII Tables pour les remplacer par l'action estimatoire. Aujourd'hui toutes les actions s'appuyant sur l'art. 1382 sont estimatoires puisque le juge tient compte des circonstances et de la personnalité de la victime.

2° - Actio furti manifesti et A. Furti prohibiti au quadruple.

2° - En matière de furtum, le préteur est intervenu comme il suit. Il a laissé subsister les trois actions civiles: furti nec manifesti au double; furti concepti et furti oblati au triple. En revanche, il interdit la vengeance au cas de furtum manifestum et l'a remplacée par une action furti manifesti au quadruple.

(1) Girard, p. 429, n. 6.

(2) F. de Visscher, Etudes citées, p. 327 et s.

(perpétuelle).

Cependant, la *quaestio lance et licio* étant restée en vigueur, même sous la procédure formulaire, celui qui s'y oppose est passible de l'action prétorienne *furti prohibiti* au quadruple.

Actio furti non exhibiti.

Enfin, si le détenteur, chez qui la chose est trouvée ne la restitue pas, il sera condamné au quadruple par l'*actio furti non exhibiti* (*furtum*, c'est toujours l'objet volé).

§ 2 - Extension des actions pénales civiles.

Le préteur a exercé encore son influence en étendant les actions pénales civiles. C'est là un procédé familier au préteur. Il part du Droit civil et par des modifications à la formule de Droit Civil, il sanctionne de nouveaux cas que celui-ci ne prévoyait pas. L'action publicienne, action fictive de la revendication, en est le plus remarquable exemple vu l'an dernier.

Pour les délits, le préteur a fait des extensions analogues:

1° - Extension de l'*A. furti* aux pérégrins sous forme d'action fictive.

2° - Extension du domaine du D.I.D. aux pérégrins au moyen d'une formule fictive et aux cas où le dommage est causé *corpore* mais non *corpore* ou *corpore* mais non *corpore*.

1° - En matière de *furtum*. - Les actions de vol n'étaient ouvertes qu'aux citoyens, car longtemps le Droit romain a été un droit purement national. Elles ont été étendues par le préteur aux non-citoyens à l'aide d'une fiction: que le demandeur (qui est pérégrin) est un citoyen: "*si civis esset*" (G. 4.37).

2° - En matière de *damnum injuria datum*, le préteur a autorisé l'action de la Loi Aquilia au profit des pérégrins à l'aide de la même fiction.

3° - Mais ici il a fait plus. D'après les principes mêmes de la loi, pour que le *damnum* fut réprimé, il fallait qu'il fût *corpore corpori datum*. - a) Quand il a été non *corpore datum*, le préteur a accordé la permission d'agir par une formule utile, c'est-à-dire qui étend le droit civil (Inst. IV.3.16). Ex. je séquestre l'esclave d'autrui, il meurt de faim. Comme la mort se produit sans l'intervention corporelle de l'agent, il n'y a pas meurtre en droit civil: le préteur juge ce résultat inéquitable et donne l'action de la loi Aquilia à titre utile.

b) Si le dommage a été non *corpore nec corpori datum*, sans toucher le corps de la victime par exemple, en déliant l'esclave enchaîné, lequel s'enfuit, il n'y a pas dommage pour le maître d'après le droit civil, car le corps de l'esclave est intact. Dans cette hypothèse on trouve dans les textes deux sortes d'actions différentes: tantôt une action utile, tantôt une action *in factum* en réparation du préjudice.

(Inst. IV. 3. 16 à fine). Les auteurs ont beaucoup discuté pour concilier ces actions. Il est bien probable que l'action in factum est byzantine et n'existait pas en droit classique, et par conséquent quand elle se rencontre c'est par interpolation (1).

§ 3 - Création et sanctions nouvelles.

C'est par des créations nouvelles de délits que le préteur a manifesté principalement son action.

M. Collinet estime même que le préteur a accompli toutes ses réformes en matière d'obligations sur le terrain pénal. Il est convaincu que le préteur n'a jamais eu en la matière l'idée d'une sanction reipersécutoire. Ce qui peut faire croire le contraire, c'est que certaines des actions prétoriennes se rapprochent extrêmement des actions reipersécutoires civiles (voir plus loin la théorie des pactes prétoriens). En tout cas, voici les délits prétoriens nouveaux les mieux caractérisés :

1° - Répression d'actes dommageables ne rentrant pas dans la notion de D.I.D.

1° - Le préteur a réprimé un certain nombre d'actes dommageables qui ne rentraient pas dans le cadre du *damnum injuria datum* : a) actes matériels ; le fait de couper furtivement les arbres d'autrui, etc., b) actes moraux - violation de sépulture (*actio sepulchri violati*) (2), corruption d'un esclave (*actio servi corrupti*).

2° - Répression de la rapina.

2° - La rapina - C'est le vol avec violence qui se rapproche des troubles à la propriété réprimés par les Lois Plautia et Julia de vi. La rapina a ceci de particulier qu'elle porte uniquement sur les immeubles. C'est l'invasion à main armée d'un immeuble, en temps de révolution. Les gens dont la propriété était envahie avec violence, pouvaient intenter l'action *vi bonorum raptorum*, l'action concernant les biens enlevés avec violence, action au quadruple, dont Justinien a fait une action mixte (pour les trois quarts pénale et pour un quart reipersécutoire). La création en est due au préteur pérégrin M. Terentius Lucullus en 678 ab U.C. 76 av. J.C.

Les 3 délits de metus, fraus dolus malus et leur multiple répression.

En dehors de ces cas nous trouvons des faits plus importants :

- a) Le metus, crainte ou violence.
- b) La fraus, la fraude.
- c) Le dolus malus, le dol.

Ces trois faits ont ceci de commun qu'ils sont réprimés par des sanctions multiples, pas seule-

(1) Cf. G. Rotondi, *Scritti giuridici*, vol. II, p. 411 et s.

(2) Cf. L'inscription dite de Nazareth, F. de Zulueta, *Journ. of Roman Studies*, 1932, p. 184 et s.

lement par une action, mais également par d'autres sanctions. Pendant longtemps on a pensé que l'action était le moyen le plus récent en date. Girard a démontré qu'il n'en était rien (P. 446, n. 4).

3° - Le metus crainte résultant de la violence.

3° - Le metus (1) - Metus est la crainte ressentie par quelqu'un sous l'empire de la violence. Ce terme désigne donc à la fois la crainte et la violence. Sous les menaces d'un individu, quelqu'un fait un acte qu'il n'aurait pas fait si on ne l'y avait contraint. Par exemple, sous menace de mort, il lui promet de l'argent ou bien il lui transfère sa propriété. La volonté n'a pas été libre. Néanmoins, jusqu'aux réformes prétoriennes le Droit romain ne s'était pas occupé de ce cas. Les prêteurs, au contraire ont protégé la victime par trois voies:

Moyens réprimant le metus

1° - actio metus a. personnelle in rem scripta.

2° - restitutio in integrum ob metum.

3° - Exceptio metus. Tous

ces moyens aboutissaient comme en

Droit Civil à la nullité.

a) L'actio metus, l'action de crainte, qu'on qualifie à tort quod metus causa (ces mots sont en réalité les premiers mots de l'Edit). Cette action a été créée par un préteur Octavius probablement, des années 675-676 ab U.C. 79-78 av. J.C. Ce préteur serait intervenu pour faire rendre gorge aux créatures de Sylla (Girard, p. 446, n. 3).

b) L'in integrum restitutio ob metum, une restitution en entier pour cause de violence, connue de Cicéron (Girard, p. 446, n° 4)

c) L'exceptio metus connue de Labéon (Girard, même note).

Ces trois moyens aboutissaient tous à la nullité de l'acte juridique passé sous l'empire de la violence. Cet acte, aujourd'hui encore, est nul (C. Civ. art. 1111). La nullité est demandée par une action ordinaire (sauf pour le délai). Le Droit romain arrivait au même résultat, mais par des voies beaucoup plus compliquées dont on va considérer le fonctionnement pratique.

A. Caractères de l'actio metus.

a) actio personnelle in rem scripta.

A - Actio metus - Cette action a des caractères propres:

a) C'est une action dont la formule est conçue in rem, bien que ce soit une action personnelle. Le mot personnel et le mot réel en droit sont ambigus. Notre action est personnelle puisqu'elle sanctionne un délit. Cependant la formule est conçue in rem, scripta in rem, conçue d'une façon impersonnelle, elle ne donne pas le nom du coupable.

Pourquoi ? Parce que cette action est possible non seulement contre ^{qu} le contractant, mais aussi contre le tiers qui a forcé la victime à contracter avec ^{qu} et aussi contre ceux qui auraient profité de l'acte exécuté sous l'empire de la violence. C'est la

(1) J. Coroï, La Violence en Droit romain, Paris. 1915.

b) au quadruple.

seule action qui soit dans ce cas.

b) L'action metus, est une action pénale au quadruple de l'intérêt qu'avait la victime à ce que l'acte ne fût pas passé. C'est une action au quadruple comme l'actio furti manifesti, le quadruple étant le plus haut tarif du prêteur.

Cette action étant pénale est intransmissible contre les héritiers du coupable, sauf dans la mesure de leur enrichissement. Elle est annale et peut se donner notablement.

c) elle se rapproche à certains points de vue des actions reipersecutoires.

c) Un 3ème caractère ne paraît pas très logique, ce qui prouve que les Romains savent faire plier les principes pour les accommoder aux circonstances. En effet, l'action metus se rapproche à certains égards des actions reipersecutoires.

) elle s'éteint par la satisfaction fournie par un des auteurs du délit.

) S'il y avait plusieurs coupables, l'action s'éteignait lorsque le préjudice avait été réparé une fois tandis que dans les actions pénales pures l'amende est due autant de fois qu'il y avait d'auteurs du délit. En matière de metus, aussitôt que le préjudice est réparé, on ne peut plus intenter l'action contre les autres. C'est une règle qui convient d'ordinaire aux actions reipersecutoires et pas aux actions pénales. Donc, à cet égard, notre action est reipersecutoire.

B) elle est arbitraire.

B) C'est en outre une action arbitraire. La théorie des actions arbitraires est délicate. On expose d'ordinaire ces actions à propos des actions in rem, attendu que la principale, la revendication, est une action arbitraire. Lorsque l'actio metus sera dirigée contre le coupable, celui-ci sera invité par le juge à satisfaire le demandeur.

S'il s'exécute, tout est fini, il sera absous.

S'il ne paie pas, il sera condamné au quadruple de l'intérêt du demandeur. Il a donc avantage à obéir à l'invitation du juge. Comment réparera-t-il le préjudice causé ? D'une façon très simple. La victime avait été obligée sous menace à lui transférer la propriété, à lui faire par exemple traditio d'une res nec mancipi, le coupable retransferra cette propriété à la victime. Grâce au mécanisme de la clausula arbitraria, l'acte sera détruit et l'actio metus conduira pratiquement à la nullité de l'acte comme l'action en nullité du C. Civ. S'il s'agissait d'un contrat formé sous l'empire de la crainte, le coupable devra libérer la victime débitrice ici encore, c'est pratiquement l'annulation de l'acte.

B. Exceptio metus par laquelle le violent repousse l'action en exécution intentée contre

B- L'exceptio metus est un moyen de défense qui permet de repousser l'attaque du coupable. Menacé de mort, je me suis engagé par stipulation à payer à quelqu'un une certaine somme, ou je lui ai souscrit un billet constatant une prétendue dette; cet individu me réclame l'exécution de ma dette. En droit civil il y est fondé. En droit prétorien, l'acte est nul comme commis sous l'empire de la violence. Je refuse de payer. Il me

lui.

poursuit en justice. Je puis le repousser, faire tomber son action par une exception: l'exception metus que le prêteur insérera à la suite dans l'intentio de l'action certae creditae pecuniae et dont le juge devra vérifier le bien-fondé.

Si le fait de la violence peut être prouvé par moi, le juge m'acquittera, si bien que je serai libéré de ma promesse, mais seulement exceptionis ope (v. les modes d'extinction des obligations).

Nous aboutissons encore ici au même résultat de la nullité.

C. In integrum restitutio aboutissant à remettre la victime dans l'état antérieur.

C. L'in integrum restitutio a un rôle différent, un simple rôle subsidiaire et elle ne paraît pas avoir tenu une place importante. Elle aboutit à la rescision de l'acte, à la remise du demandeur dans l'état juridique antérieur. Le violenté qui a été obligé de transférer sa propriété, obtenant la restitutio in integrum, est considéré à nouveau par le prêteur comme un propriétaire. Le prêteur lui délivrera une formule fictive de revendication pour lui permettre de réclamer la chose aux mains de l'autre (fiction: si tel acte n'était pas arrivé). Au point de vue pratique, l'in integrum restitutio aboutit à la destruction de l'acte, c'est-à-dire produit des effets analogues à ceux de l'actio metus quand le coupable s'exécute.

4°- La fraus creditorum délit consistant de la part du débiteur dont les biens ont fait l'objet d'une missio in possessionem, à s'appauvrir en fraude des droits de ses créanciers.

4°- La fraus creditorum (fraude commise contre les créanciers). Cette matière suppose un individu en mauvaises affaires, qui vergit ad inopiam, dont le passif dépasse l'actif, decolor, defraudator (le failli). En Droit Romain, cet individu obéré de dettes est l'objet d'une procédure collective connue, la bonorum venditio, qui commence par la saisie de ses biens et aboutit à la vente en bloc de son patrimoine. Pourtant une fois la saisie accomplie, une fois les premiers actes de procédure engagés, le débiteur garde encore la disposition de ses biens. Il n'est pas incapable, il peut contracter de nouvelles dettes, il peut aliéner, il peut payer des créanciers. C'est seulement à une étape ultérieure de la procédure qu'il sera dessaisi. Pour le moment il garde sa liberté d'action juridique. Par hypothèse, il contracte de nouvelles dettes, il vend ses biens. Les créanciers s'émouvent de ces faits. En droit civil, ils n'ont aucun moyen d'agir. En Droit prétorien, ils vont pouvoir attaquer les actes du débiteur, ainsi passés en fraude de leurs droits. C'est la théorie de la fraus creditorum. La fraude consistera en ce que ces actes nouveaux ou bien créent l'insolvabilité du débiteur, ou bien l'augmentent de telle sorte que les créanciers qui jusque-là auraient pu être payés en entier ou dans une certaine mesure, se trouvent réduits à un dividende minime ou à rien. En droit prétorien, la fraude est un véritable délit.

Le Code civil ne possède sur la fraude que l'art. 1167 article de principe, et en conséquence, la doctrine, et même la jurisprudence n'ont pas hésité à recourir au

Sanctions multiples créées par le préteur.

Droit Romain pour régler les difficultés qui se présentaient. C'est là où le Droit Romain est encore le plus vivant. Certaines décisions jurisprudentielles modernes ne sont que des décalques conscients ou non des textes juridiques romains. La matière en Droit romain est assez compliquée, en raison du nombre de sanctions prétoriennes que voici - classées selon leur date probable: (Girard, p. 456 et ss.) 1° l'interdit fraudatoire, 2° l'action révocatoire, dite Paulienne, antérieure à 689 av. J.C. (65 av. J.C.) 3° - l'in integrum restitutio ob fraudem, 4° - l'exceptio fraudatorum creditorum, qu'il suffit de mentionner, parce qu'elle concerne les actes passés après la venditio bonorum.

Les trois autres moyens aboutissent à la révocation des actes du débiteur.

A- Interdit fraudatoire contre les aliénations frauduleuses de biens corporels.

A - Le 1er moyen, le plus ancien, est l'interdit fraudatoire. Il était donné à chaque créancier individuellement pour se faire remettre en possession des biens corporels aliénés frauduleusement par le débiteur.

Comme tout interdit restitutoire, c'est un ordre, ici un ordre de restituer adressé à l'ayant-cause du débiteur. S'il obéissait à l'ordre du préteur, le bien revenait dans le patrimoine du débiteur et servait de gage aux créanciers, avec les autres biens qui n'en étaient pas sortis (art. 2093, C. Civ.)

Si, au contraire, le possesseur n'obéissait pas à l'ordre du préteur, se refusait à restituer la possession, le préteur délivrait contre lui une formule arbitraire sur laquelle le contrevenant à l'interdit ne pouvait se soustraire à la condamnation qu'en restituant la chose.

L'interdit a disparu dans les Compilations de Justinien; les textes qui s'y réfèrent ont été transportés dans le Digeste à l'action Paulienne. Mais les deux masses de textes relatifs à ces deux moyens restent parfaitement reconnaissables. En effet, Ulpien traitait de l'interdit au L. 73 ad Ed.; (voir l'Edit D. 42.8.10 Pr.) et il étudiait l'action au L. 66 ad Ed.; (voir l'Edit D.H.T. l. Pr.)-

Inefficacité de l'interdit contre les actes autres que les aliénations de biens corporels.

L'interdit ne s'appliquait qu'aux aliénations de biens corporels. Si le débiteur avait employé d'autres moyens pour ruiner ses créanciers, s'il avait contracté par exemple de nouvelles dettes, il était impossible aux créanciers de l'utiliser.

2°- L'action révocatoire dite Paulienne.

B - Aussi le préteur a-t-il créé une action pour venir à leur secours. C'est l'action révocatoire, dite Paulienne, dont M. Lenel a nié l'existence comme action indépendante. Mais cette doctrine a été réfutée de façon victorieuse par M. Solazzi (Girard, p. 456.n.2)

Cette action a été créée, disait-on, à la fin de la République par un préteur du nom de Paulus, d'où

son nom, Action Paulienne; M. Collinet (N.R.H. 1919 p.p. 187-208) a démontré qu'il n'en est rien. Le nom de Pauliana actio ne se rencontre que dans un seul texte du D. (22.1.38.4). M. Collinet propose d'y voir le produit d'une glose postérieure au Digeste, et de voir l'origine de ce mot dans celui du jurisconsulte Paul lui-même, auquel est emprunté le texte cité (Lib. VI. Ad Plautium).

Le nom de l'action n'aurait donc pas été romain, mais l'action était parfaitement romaine. C'était simplement une Action in factum "per quam quae infraudem creditorum gesta sunt...revocantur", action par laquelle les choses qui ont été accomplies en fraude des créanciers sont révoquées. D'où le nom plus exact d'Action révocatoire.

Cette idée est adoptée aujourd'hui par des romanistes (Girard) et des civilistes. Nous continuerons cependant à dire encore action paulienne, mais en sachant que c'est un mot byzantin.

précédents
de l'A. révo-
catoire.

Cette action a eu des précédents dans deux autres actions: l'actio Fabiana et l'actio Calvisiana, et c'est probablement à l'imitation de celles-ci qu'un scolaste a baptisé notre action du nom d'actio Pauliana. Ces deux actions étaient données en cas de fraudes commises par un affranchi contre son patron soit par des aliénations entre vifs (Actio Fabiana) (1), soit par des actes que l'affranchi mort intestat aurait passés de son vivant à l'encontre du patron (Actio Calvisiana).

on mécanis-
me dans la
procédure de
l'ordo et sous
la procédure
extra ordinem.
au lieu d'être
intentée par
le curator
bonorum, au
nom de la
masse elle de-
vient une pro-
cédure indivi-
duelle de dé-
confiture.

Sous le régime de l'Ordo Judiciorum privatorum, ou procédure ordinaire, l'action révocatoire était, au point de vue procédural, un incident de la bonorum venditio, qui correspond à notre faillite. Après un envoi en possession du créancier, fait par le prêteur ou le président de province, le magistrat nommait un curator bonorum, administrateur du patrimoine qui correspond à notre syndic de faillite. Celui-ci était chargé de liquider la situation, de préparer la vente aux enchères sur le produit de laquelle il paiera un dividende à chaque créancier - Or, pour former la masse de la faillite, il est tout naturel que ce soit le curator bonorum qui intente notre action, soit pour faire rentrer les biens qui étaient sortis du patrimoine, - et en cela l'action aura le même effet que l'interdit, - soit pour faire rescinder les dettes qui auraient été contractées par le failli en état d'insolvabilité, c'est-à-dire les dettes contractées en fraude des droits de ces créanciers que le curator bonorum représente.

(1) Cf. le fragment d'un commentaire de formula Fabiana (Girard, Textes 5^e Ed. p. 457, 459.)

Mais cette procédure de l'ordo, on le sait, n'a pas subsisté jusqu'à Justinien. Elle a fait place à la procédure extraordinaire où il n'existe plus ni *venditio bonorum*, ni *curator bonorum*. La procédure contre l'insolvable n'est plus au Bas-Empire une procédure de faillite, mais la procédure individuelle de la déconfiture, comme c'est le cas aujourd'hui pour le non-commerçant qui fait de mauvaises affaires.

Cette procédure est beaucoup moins avantageuse pour l'ensemble des créanciers, car chaque créancier y agit pour son compte et, dans notre cas, intense lui-même l'action après que les biens du déconfit auront été saisis et que le magistrat aura envoyé le dit créancier en possession.

I. Conditions de l'action révocatoire.

Actes auxquels elle s'applique

1° Actes révocables de leur nature.

ler Point.- Pour que la Paulienne puisse réussir, plusieurs conditions sont nécessaires.

1° - Il faut que les actes attaqués soient révocables de leur nature. Ainsi l'affranchissement ne pourrait être attaqué par cette action, mais la Loi *Aelia Sentia* y a porté remède. L'addition d'hérédité est de même inattaquable: "*Semel haeres semper haeres*". Cependant on peut revenir sur elle par une *in integrum restitutio*.

2° Appauvrissement du débiteur.

2° - Il faut que les actes du débiteur aient appauvri ce dernier, et par contre-coup ses créanciers. Il ne suffit pas qu'il ait manqué à s'enrichir. Ainsi s'il a répudié une hérédité à laquelle il était appelé comme héritier externe, il a fait un acte de non enrichissement et non pas un acte d'appauvrissement. En principe les créanciers ne pouvaient pas attaquer la répudiation de l'hérédité. Mais le prêteur, quand il reconnaît la fraude, accorde aux créanciers une aide extraordinaire.

L'acte doit donc être un acte bien nat d'appauvrissement. Les actes qui appauvrissent, ce sont ceux qui rendent la condition du débiteur pire, et par voie de conséquence empirent la condition des créanciers: actes d'aliénation tout d'abord, qui font sortir une valeur du patrimoine, - création de nouvelles dettes, qui chargent plus lourdement un patrimoine déjà obéré, - remise de dettes par laquelle le débiteur insolvable se montre généreux à l'égard de ses propres débiteurs, - perte de droits réels par négligence volontaire, par exemple en laissant s'accomplir volontairement une usucapion.

3° - Fraude à l'égard des

3° - Il faut que ces actes aient été passés par le débiteur en fraude des droits des créanciers.

La fraude du débiteur consiste dans le fait qu'il sait pertinemment qu'il lèse ses créanciers, qu'il sait que ses actes créent ou augmentent son in-

solvabilité. Il sera alors conscius fraudis. La découverte du consilium fraudis, de l'intention de nuire, nécessite une recherche psychologique à faire par le juge, recherche à laquelle il était aussi bien habitué que les juges modernes. (1)

4. Préjudice
causé aux
créanciers.

4° - Il faut également que l'acte ait causé un préjudice aux créanciers : eventus damni, expression qu'emploient encore nos traités de droit civil, comme celle de consilium fraudis.

La reconnaissance par le juge de l'eventus damni est encore une question de fait qui sera appréciée au moment où le curator bonorum fera le bilan du failli. Il se peut que le débiteur ait eu l'intention de frauder ses créanciers, et cependant que l'acte ne cause à ceux-ci aucun dommage : par exemple l'achat par le failli d'une villa est devenu une excellente spéculation par suite de la hausse des terrains, dans la contrée où elle est située.

5° - Les actes passés par le débiteur l'ont été avec des tiers. Quelle est la situation de ceux-ci ? Peut-on intenter l'action révocatoire contre eux directement ?

5. Acte à titre
onéreux
passé avec un
tiers de mau-
vaise foi ou
acte à titre
gratuit.

A - Actes à titre onéreux, par exemple une vente. Le tiers a acheté du débiteur. Il ne sera condamné sur l'action Paulienne que s'il a été lui-même complice de la fraude, conscius fraudis. Il a su que le débiteur était au-dessous de ses affaires, que l'aliénation était faite pour tromper les créanciers, et quoi qu'il l'ait su, il a participé à l'acte et acheté la chose : c'est la mauvaise foi. (Il y aura le plus souvent collusion entre ces deux personnages, et qui sait si l'aliénation n'a pas été une aliénation fictive ?)

B - Si, au contraire, l'acte est à titre gratuit, une donation par exemple, le curator ou le créancier n'auront pas besoin de démontrer la complicité du tiers. Il peuvent attaquer le donataire. Celui-ci a beau alléguer sa bonne foi, son ignorance de la fraude commise par le débiteur, s'il ne restitue pas de lui-même la chose, il sera condamné sur l'action révocatoire.

Pourquoi cette différence entre l'acquéreur à titre onéreux et l'acquéreur à titre gratuit ? C'est parce que l'acte à titre onéreux est passé moyennant

(1) Les juges romains sont bien souvent considérés comme inférieurs aux prêteurs parce qu'ils étaient de simples particuliers (judices privati). En réalité, la plupart, même s'ils n'avaient pas été magistrats, savaient le Droit, car tout homme cultivé l'apprenait.

un équivalent fourni par l'acquéreur tandis que l'autre est un acte passé sans équivalent. Les Romains l'ont dit en quelques mots définitifs. Au premier cas l'acquéreur lutte pour son intérêt comme les créanciers eux-mêmes : tous luttent à égalité pour éviter le dommage : "Certant de damno vitando". L'acheteur a versé le prix et veut conserver la chose. Les créanciers ne pourront la lui enlever que s'ils prouvent sa complicité. — Le donataire, au contraire, n'est pas intéressé, il n'a rien donné en échange de ce qu'il a reçu. Le débiteur lui a fait une libéralité. Aussi, les créanciers lui sont-ils préférés parce qu'ils luttent pour éviter le dommage, tandis que le donataire certat de lucro captando, lutte pour faire un pur bénéfice.

De la distinction des actes à titre onéreux et des actes à titre gratuit. Difficulté pour la constitution de dot.

La matière de la révocation des actes frauduleux est donc l'une des théories où l'on peut mieux éprouver la différence entre les actes à titre onéreux et ceux à titre gratuit. Cette question de la preuve de la complicité de l'ayant-cause, c'est une pierre de touche pour savoir quelle est la nature de l'acte. Si le créancier ne triomphe qu'en prouvant la complicité de l'acquéreur, c'est que l'acte est à titre onéreux ; s'il triomphe sans avoir besoin de faire cette preuve, c'est que l'acte est à titre gratuit.

Mais en réalité cette distinction n'est pas aussi nette qu'elle le paraît. Les actes juridiques ne peuvent pas se classer ainsi en deux catégories nettes. Certains actes ne se rangent de façon adéquate, ni dans une catégorie ni dans l'autre ; ce sont des actes ambigus.

L'acte de ce genre le plus connu est la constitution de dot. Un père est en faillite, il marie sa fille et lui constitue une dot en fraude de ses créanciers. Quelle est la nature de cet acte ? Est-il à titre onéreux ou à titre gratuit ?

Il est impossible de le caractériser d'un mot. Il faut donc distinguer :

1° - À l'égard du mari qui reçoit la dot, pas de doute, c'est un acte à titre onéreux, parce que le mari est tenu de supporter les charges du ménage, de subvenir aux dépenses de la femme et des enfants. Par conséquent, les créanciers qui attaquent la constitution de dot devront prouver que le mari avait été complice de son beau-père. (Cf. *Vermuleius*, D. 42, 8, 26, l. 1, texte qui, primitivement, se référait à l'interdit puisqu'il est extrait du "de interdictis" de ce jurisconsulte).

2° - À l'égard du constituant, la constitution de dot est un acte à titre gratuit, car il se dépouille sans recevoir aucun équivalent.

3°- Quid juris à l'égard de la femme dotée ?
 Venuleius a traité la question dans un texte célèbre D. 42,8,25,1,2. Certains jurisconsultes, nous dit-il, pensent que si la femme a été dotée par son père, la disposition est une disposition à titre gratuit. Par conséquent, si on attaque l'acte du père en agissant contre la femme, il n'est pas besoin de prouver la complicité de celle-ci. - Si au contraire, la fille a été dotée par un extraneus, la femme n'était tenue que si elle était conscia fraudis, il fallait que les créanciers prouvent sa complicité ; la constitution de dot était à titre onéreux. C'est la solution de la jurisprudence française.

II. Caractères de l'action révocatoire.

A certains égards, elle se rapproche des actions pénales et à d'autres des actions réipéscutoires.

1°- Action personnelle.

2°- Pénale intransmissible passivement et annale

3°- Au simple.

4.- Arbitraire.

2ème point.- Caractères de l'action révocatoire.

Cette action a des caractères à la fois empruntés aux actions pénales et aux actions réipéscutoires. Elle est beaucoup moins nettement pénale que l'action metus dans laquelle la condamnation est au quadruple, car moralement la fraus est moins grave que la violence.

1°- L'action paulienne est une action personnelle, comme toute action sanctionnant un délit. Cependant on a discuté sur l'existence d'une Pauliana in rem. (v. plus bas)

2°- C'est une action pénale, donc intransmissible contre les héritiers, sauf dans la mesure de leur enrichissement ; elle est annale sauf pour l'enrichissement.

3°- C'est une action au simple (comme les actions réipéscutoires).

Elle s'éteint contre les complices si la réparation du préjudice est accomplie par l'un d'eux. A ce point de vue, l'action se rapproche encore de l'action réipéscutoire.

4°- C'est une action arbitraire. Si le défendeur obéit au Jussum Judicis, par exemple restitue la chose qu'il a reçue, il sera absous. S'il s'y refuse, il est condamné. Sous la menace de cette condamnation, il s'exécutera et l'action aboutira en fait à une nullité de l'acte.

Si l'individu n'obéit pas, et si on va jusqu'à la condamnation, que comprend celle-ci ?

Ce sont les effets de l'action Paulienne.

3ème Point.- Effets de l'A. Paulienne.

Les effets de l'action sont ceux de la révocation, beaucoup plus que ceux de la nullité. L'action est, en effet, une action révocatoire. Un Jurisconsulte, Paul, texte précité, D. 22,1,38, A. nous dit : le prêteur agit de telle façon que tout se trouve "comme si rien n'avait été aliéné", autrement dit, l'effet

III. Effets de l'A. révocatoire

I. Révocation de l'acte frauduleux si le défendeur o-

béit au jus-
sus Judicis
2°- Si le dé-
fendeur n'o-
béit pas il
est condamné :

a) à tout le
préjudice, si
c'est le de-
fraudator ou
un acquéreur
de mauvaise
foi.

b) au montant
de l'enrichis-
sement, s'il
est de bonne
foi.

C. Restitutio
in integrum
suivie de la
délivrance
d'une formu-
le fictive.

Rejet d'une
prétendue
Paulienne in
rem.

de l'action était la révocation.

Cette action avait cependant une condamnation différente, selon qu'on l'intentait contre le defraudator, le débiteur fraudeur, ou contre un ayant-cause à titre onéreux de mauvaise foi, ou contre un acquéreur de bonne foi à titre gratuit. 1°- le failli, les acquéreurs de mauvaise foi, ses complices, sont tenus de réparer tout le préjudice, par exemple, de rendre les fruits intérimaires antérieurs à la litis contestatio. Dans l'interdit fraudatoire, il n'en serait pas de même.

2°- Si l'action était dirigée contre un acquéreur à titre gratuit de bonne foi, qui ignorait la fraude, la condamnation est réduite simplement à son enrichissement. C'est la prime donnée à sa bonne foi qui se définit d'un mot : l'honnêteté.

C. Le troisième moyen sanctionnant la fraude est l'in integrum restitutio, qui aboutissait à la concession d'une formule fictive, accordée par le magistrat après que le créancier fraudé avait obtenu la rescision de l'acte frauduleux, par exemple, une formule fictive de revendicatio pour réclamer le transfert de la chose sortie frauduleusement du patrimoine. Cet effet rescisoire est décrit par les Inst. IV. 6. de Act. § 6. "les créanciers envoyés en possession pouvaient réclamer la chose qui était sortie en fraude de leur droit, du patrimoine du débiteur". A la façon dont s'exprime ce paragraphe, les auteurs modernes supposent qu'il a été emprunté à une source qui traitait de l'in integrum restitutio ob fraudem.

Est-ce donc que celle-ci existait encore sous Justinien, comme on l'enseigne d'ordinaire? M. Colli-net pense qu'il n'en est rien et que Justinien vise ici seulement l'effet révocatoire de la Paulienne dans la procédure extraordinaire.

Ce paragraphe parle de rem petere : serait-ce donc qu'il créerait une Paulienne réelle semblable à la revendication ? Les auteurs de l'ancien droit l'ont cru : il y aurait eu pour eux deux actions Pauliennes : la Paulienne in personam du Digeste et la Paulienne in rem des Institutes. Cependant, on ne voit pas bien comment d'un délit sortirait une action réelle. Aujourd'hui, on rejette cette action Paulienne réelle (Girard, p. 457, n° 2). Son nom n'apparaît, en effet, que dans le paraphrase des Institutes de Théophile et M. Colli-net a même démontré que ce n'était pas Théophile qui avait dénommé ainsi l'action, mais un scoliaste.

En conclusion, il ne restait plus sous Justinien qu'un seul moyen pratique : l'action révocatoire dite action Paulienne, comme aujourd'hui (art. 1167),

5.- Le Dol

Distinction
du dolus bo-
nus et du do-
lus malus.

5°- Le Dol.

Les Romains distinguent deux espèces de dol, le dolus bonus et le dolus malus. Les Romains qui furent longtemps très nationalistes, ne désavouaient pas le dol qu'on commettait contre un ennemi ou un étranger : c'était là le dolus bonus, le dol licite.

Quant au dolus malus, il constitue un délit pré-
torien - que faut-il entendre par là ?

Définitions
du dol.

Définition
d'Aquilius
Gallus.

Les définitions du dol ont varié en s'élargis-
sant. La plus ancienne a été donnée par le jurisconsul-
te connu, ami et correspondant de Cicéron, C. Aquilius
Gallus. Ce personnage a eu en notre matière un rôle
très important, puisque c'est lui, on le verra, qui
a "créé les formules de dol". En rappelant le fait,
Cicéron rapporte qu'Aquilius Gallus jugeait que "le
dol consiste à simuler une chose et à en faire une
autre", autrement dit à ne pas faire la chose sur la-
quelle compte l'autre partie. Cette définition est ju-
gée un peu étroite par Servius Sulpicius qui la per-
fectionna en y ajoutant "dans le but de tromper". Le
dol implique une intention de tromperie.

Complément
ajouté par S.
Sulpicius.

Définition
large de La-
béon.

La dernière et la plus complète définition est
donnée par Labéon, jurisconsulte de la fin de la Répu-
blique et du début de l'Empire, qui critique S. Sulpi-
cius en disant que sa définition ne fait pas assez
apparaître l'idée de nuire. Aussi Labéon (Ulp. D.4.
312) donne-t-il cette définition très large "dolus est
omnis calliditas, fallacia machinatio ad circumvenien-
dum fallendum, decipiendum alterum adhibita : fourbe-
ries, tromperie, machination, destinées à circonvenir
tromper, décevoir autrui". Cette définition s'applique
surtout aux duperies employées pour faire contracter
avec soi un débiteur.

Origine de la
notion de dol
dans la loi
Plaetoria.

La répression du dol a pris son origine non pas
dans le droit prétorien, mais dans la législation.
Cicéron nous le dit lui-même. Le point de départ se
trouve dans la loi Plaetoria, qui donnait un Judicium
publicum rei privatae, l'actio legis Plaetoriae, fon-
dée sur le dol, au mineur de 25 ans circum ventus
"circonvenu" ; c'est justement là une des expressions
techniques de Labéon.

Extension de
cette notion
par le préteur

Mais ensuite le droit civil ne semble plus s'ê-
tre occupé du dol et c'est le préteur qui va en déve-
lopper les applications en faisant du dol son terrain
de prédilection.

1°- Actions
pénales pré-
toriennes fon-
dées sur l'i-
dée de dol.

1°- Le préteur s'est servi de la notion de dol,
comme base de véritables actions pénales déjà vues ;
telles l'action de servo corrupto et l'action de sepul-
chro violato. Il ne suffit pas de commettre l'acte, il
faut le commettre dans l'intention de nuire.

2°- Origine prétorienne de la règle *dolus pro possessione est*.

2°- La règle "*dolus pro possessione est*" (le dol équivaut à la possession) a son origine dans la formule de certains interdits, où le préteur a déclaré qu'il les promettait non seulement contre celui qui posséderait actuellement, mais même contre le défendeur qui aurait cessé de posséder par dol. En principe, on ne peut intentar un interdit possessoire contre celui qui ne possède pas. Mais si cet individu a aliéné la chose dans l'intention de se soustraire à l'interdit en empêchant de triompher celui qui pourrait réclamer la possession, le préteur punit cet individu en étendant contre lui la possibilité d'intenter l'interdit.

Les progrès de la règle ont été considérables. Elle s'est étendue à l'*actio ad exhibendum*, à la *Petitio Hereditatis*, à la revendication, mais ces extensions sont l'oeuvre non du préteur mais de la jurisprudence, c'est-à-dire des prudents, ou sont le produit de certaines interpolations (Girard p. 366 n° 3-1°) En particulier, nous le verrons, c'est par interpolation qu'elle figure dans la formule de la stipulation aquilienne (V. infra, l'acceptilation).

3°- Répression du dol en soi.

3°- Le préteur a encore réprimé le dol pour lui-même, en soi, à titre indépendant, par des moyens spéciaux, comme il avait fait pour le *metus* et la *fraus*.

Une personne a été amenée à faire des actes qu'elle n'aurait pas faits si elle n'avait pas été trompée par celui qui lui fait passer l'acte. Transfert de propriété, promesse par contrat, libération d'une dette.

Triple sanction du dol.

Les sanctions du dol par le préteur sont au nombre de trois : action, exception, *in integrum restitutio*, qui ont apparu dans cet ordre (Girard p. 450, n° 2) et aboutissent toutes trois à la nullité ou à la rescision de l'acte passé sous l'empire du dol.

A - *Actio doli*.

A - Action : l'*actio de dolo* a été créée par Aquilius Gallus, déjà cité, selon Cicéron, qui raconte (*De Officiis*, 3, 14, 58-6°) une anecdote à propos de laquelle il mentionne la création de son ami. Cette anecdote, très connue, a le mérite de fixer une date pour la création des formules de dol et d'en faire connaître l'auteur. Le chevalier Canius avait traité avec le banquier Pythius, qui lui avait fait acheter au bord de la mer une propriété pour un prix très élevé. Canius, amené sur le domaine, avait été transporté d'aise à la vue de la quantité de pêcheurs qui, à la lueur des lanternes, relevaient des filets pleins de poissons ; il avait conclu le marché. Mais quand il eut pris possession de la villa, il s'aperçut qu'il

n'y avait plus ni pêcheurs, ni poissons. Toute la comédie avait été montée par le vendeur. Malgré la simulation, élément essentiel du dol d'après Aquilius Gallus, Canius, dit Cicéron, était cependant engagé selon le droit civil, par le contrat passé par le banquier Pythius (sans doute litteris). Il entra en fureur, mais dut payer "car notre ami et collègue Aquilius Gallus n'avait pas encore créé ses formules de dol". Or, celui-ci a été prêteur en 688-66.

Passons à la technique de l'action de dol.

Pas de distinction en D.R. entre le dol principal et le dol incident.

Une grande différence sépare le Droit romain et le nôtre. Aujourd'hui, l'article 1116 du C. Civ. décide que le dol est une cause de nullité du contrat seulement lorsque c'est le fait de dol qui a décidé l'individu à passer le contrat. Le dol intervenu au cours de la conclusion d'un contrat ne compte pas. En d'autres termes, notre Code civil accepte la distinction des glossateurs entre le dol principal, dolus dans causam contractui, le dol qui donne la cause au contrat et qui permet la nullité et le dol incident, dolus incidens, qui n'ouvre pas l'action en nullité. Les Romains n'ont jamais fait cette distinction : quel que fût le dol, l'action était toujours possible.

Caractères de de l'A. doli
Mélange de pénal et de répersécutoire.

Les caractères de l'action de dol sont à la fois pénaux et répersécutoires.

Comme les actions metus et paulienne, l'action de dol n'est pas franchement et nettement pénale. Elle offre un côté répersécutoire, parce que le prêteur, tout en se tenant sur le terrain pénal a profité du progrès des temps qui poussait de la poena vers la res.

a) intransmissible passivement.

a) Cette action est intransmissible contre les héritiers, sauf dans la mesure de leur enrichissement, conséquence de son fondement pénal.

b) infamante.

b) Elle est infamante et fait subir au contractant condamné la déchéance de l'infamie (ignominia) Le prêteur a créé des formules in factum non infamantes. Si le dol a été commis entre ascendant et descendant, patron et affranchi.

c) subsidiaire.

c) Par voie de conséquence, elle est subsidiaire, c'est-à-dire qu'elle ne peut être donnée qu'en dernier recours, à défaut d'un autre moyen. On veut éviter à tout prix l'infamie du coupable. Ainsi, si la victime peut agir par l'action du contrat, elle n'a pas l'action de dol ; par exemple l'acheteur trompé par son vendeur a l'actio empti qui lui suffit. Ou bien si elle a l'exception de dol, on lui refuse l'action. Au point de vue procédure, la partie trompée a l'avantage à attendre qu'on l'attaque, qu'on lui demande l'exécution de la promesse ; elle opposera

à l'attaque l'exception doli mali dont le rôle, pour ce motif, est considérable. En pratique, la portée de l'action de dol est donc restreinte.

On dit souvent que notre action ne se cumule pas avec les actions réipersécutoires données pour le même fait ; on en conclut qu'à cet égard encore, elle ressemble aux actions réipersécutoires. Mais la véritable explication du non cumul, c'est que c'est une action subsidiaire.

d) au simple.

d) C'est une action au simple, annale, comme l'action révocatoire ou Paulienne.

e) donnée une seule fois.

e) C'est une action donnée une seule fois, même quand il y a plusieurs auteurs du dol, parce que le préjudice ne se répare qu'une fois.

f) arbitraire.

f) Enfin, elle est arbitraire. Comme les actions metus et Paulienne, elle aboutira donc à la nullité quand le coupable préférera s'exécuter pour éviter la condamnation.

B) Exceptio doli.

B - L'exception de dol, qui apparaît après l'action, au temps de Labéon, a une importance considérable.

Son apparition en matière de contrats formels.

Elle se donne à tout individu qui a passé sous l'empire du dol un contrat formel qui le lie civilement et indissolublement par la forme (stipulatio ou contrat litteris). Poursuivi par l'action du contrat, il la fera tomber en opposant l'exception et on aboutira en somme à la nullité.

C. In integrum restitutio ob dolum.

C. In integrum restitutio ob dolum.

L'in integrum restitutio ob dolum ne servait que pour faire rescinder les procès dolosifs et daterait seulement du II^{ème} siècle.

Actions in factum fondées sur le dol pour réprimer l'inexécution de certaines conventions ou certains actes avant leur reconnaissance.

4^o - Le préteur s'est également servi de l'idée de dol dans le cas où un engagement pris sans forme est inexécuté par le débiteur ou encore si une personne s'est trouvée créancière sans sa volonté, à la suite de certains actes accomplis dans son intérêt par autrui.

Dans le premier cas, nous avons affaire à un pacte ; dans le deuxième cas, puisque la volonté du créancier n'existe pas, nous avons affaire à un quasi-contrat, par exemple la tutelle.

Pour sévir contre le débiteur coupable d'inexécution, le préteur a imaginé des actions in factum fondées sur le dol. Ainsi, l'action hypothécaire, action in factum et in rem, est fondée sur le dol commis au préjudice du créancier hypothécaire par le défendeur qui ne lui livre pas la chose hypothéquée (v. la théorie de l'hypothèque).

Comme contrats ou quasi-contrats par le

Ainsi encore, le préteur est intervenu dans de nombreux cas par le moyen de formules in factum et in personam promises par des Edits. L'exemple le plus

droit civil.

connu est celui du dépôt. Gaius (4.47) nous a transmis la formule complète de l'action *depositi in factum* à côté de l'action *depositi in jus*, d'origine civile. Or, la formule *in factum* est fondée sur le dol : "S.p.Am.Am.apud N.m. N.m. mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo Ni Ni...." Le dépositaire est poursuivi non pas seulement parce qu'il n'a pas rendu le dépôt, mais parce qu'il ne l'a pas rendu par malhonnêteté, *dolo malo*, avec intention de nuire au déposant.

Il ne suffit pas, en droit prétorien, qu'il y ait inexécution de la convention, il faut qu'il y ait inexécution dolosive.

C'est très important, parce que ces actions *in factum* fondées sur le dol s'opposent dans les mêmes contrats ou quasi-contrats aux actions *in jus* (Gaius 4.47), fondées sur la bonne foi. Tout de suite, on voit l'antithèse entre la bonne foi civile et le dol prétorien. Ce sont des notions de même essence, mais différentes.

La question se pose donc de savoir quelle est la plus ancienne de ces deux notions. Est-ce l'idée de bonne foi qui est apparue la première en droit civil, ou l'idée de dol qui est apparue la première en droit prétorien ? Nous traiterons la question au titre II, chap. Ier.

Toujours est-il que ces actions *in factum* à base de dol ont sanctionné beaucoup de rapports : dépôt, commodat, fiducie, gage, mandat, tutelle, gestion d'affaires, contrats dit *innomés* ; ce sont là les rapports où elles doublent les actions *in jus*.

5° - Les pactes prétoriens unilatéraux.

5° - Le préteur a encore réprimé le dol commis dans l'inexécution de pactes unilatéraux appelés pactes prétoriens (*serment, constitut recepta*). M. Colliet se conformera dans son exposé à l'ordre classique en en parlant à la suite des contrats, sans penser, cependant, qu'ils aient aucun lien avec les contrats.

§ 4 - Les quasi-délits.

Cette matière a très peu d'intérêt en soi. Certains faits illicites ne constituent pas de vrais délits parce qu'il y manque l'intention de nuire. Ce sont des faits dommageables, causés sans intention de nuire. Justinien les énumère dans ses *Institutes* (4.5)

1° - Dans le premier quasi-délit, le cas du juge qui fait le procès sien, que le juge ait agi par ignorance ou mauvaise foi, il est responsable (*a. in bonam et aequum*).

2°- Lorsque, par imprudence ou maladresse, on laisse tomber ou qu'on a versé de sa main une chose qui a causé un dommage à un passant, une actio de effusis et dejectis in bonum et aequum, est donnée contre l'auteur de l'acte dommageable.

3°- L'actio de projectis et suspensis existe au cas où ont été suspendues d'une maison des choses qui, si elles tombaient, pourraient blesser un passant. La peine est de 10.000 sesterces (10 sous d'or sous Justinien) (1)

4°- Enfin, les maîtres des navires (nautae) les tenanciers d'hôtels (caupones) ou d'écuries (stabularii) sont responsables des délits commis par leurs subordonnés (Cf. C.C.a.1384) et sont exposés à une action furti et damni au double.

Aujourd'hui, les quasi-délits sont absorbés dans les délits et sont placés par le C. Civ. sous la même rubrique L. III.T.II ch. II : des délits et des quasi-délits.

Section III

Les délits du Droit civil de l'Empire jusqu'à Justinien.

Sous l'empire, qui commence avec Auguste (727-127) et que nous suivons jusqu'à Justinien (527-565), qu'il s'agisse du Haut-Empire jusqu'à Dioclétien (284-305) ou du Bas-Empire, on s'est peu occupé des délits parce que le principal mouvement, à partir de la fin de la République, s'était porté sur le terrain des obligations extra-délictuelles, sur le terrain répressif.

§ I - Extensions.

Extension du
domaine de la
Loi Aquilia.

Les extensions visent uniquement l'action de la Loi Aquilia. Les Prudents de l'époque classique ont étendu cette action à l'usufruitier, au créancier, au possesseur qui sont tous intéressés à ce que le délit ne soit pas commis.

(1) L'aureus ou solidus pesait 4 gr. 55 d'or et valait 15 fr. 86 or.

Au point de vue de l'acte dommageable, ils en ont aussi étendu la portée, en accordant l'action au cas où un homme libre a été blessé, ce qui était tout à fait en dehors des prévisions de la Loi Aquilia. Il s'agit des ouvriers blessés dans leur travail. Ils sont aujourd'hui protégés par la Loi sur les accidents du travail du 9 Avril 1898, étendue aux exploitations agricoles par la loi du 15 Décembre 1922. Mais une grande différence sépare cette loi et la jurisprudence romaine. Aujourd'hui le droit à l'indemnité provient des blessures ou de la mort causées dans le travail, n'importe comment et surtout par les machines. En droit romain les ouvriers, pour réclamer l'indemnité, doivent avoir été blessés dans leur travail par le patron ou un tiers.

Dans toutes ces extensions, ce n'est pas l'action civile de la loi Aquilia qui s'appliquait, c'était des actions utiles.

Les progrès accomplis en matière de *damnum injuria datum* par la loi, le préteur et la jurisprudence ont donc rapproché le Droit Romain du principe de l'art. 1382 du C. Civ., sans jamais s'élever à ce principe.

§ 2 - Créations.

Répression
des derniers
actes d'initiative
individuelle par
lesquels une
personne veut
se faire justice.

Les créations de délits sous l'Empire ne sont pas nombreuses, mais elles offrent de l'intérêt au point de vue social. L'Empire a surtout tendu à supprimer tous les actes d'initiative personnelle qui, dans une société moins régulière et plus agitée qu'on ne pense, celle du Haut-Empire même, n'étaient pas inconnus. Les créanciers, au lieu de réclamer leur créance en justice, trouvaient plus naturel de saisir l'objet de leur créance chez le débiteur lui-même, ou de saisir d'autres objets appartenant à celui-ci. Les propriétaires n'hésitaient pas à se remettre eux-mêmes en possession des biens à eux enlevés. Ces actes d'initiative personnelle, rappelaient la vengeance privée des sociétés primitives; ils étaient d'autant plus fréquents dans la Société de l'Empire que déjà commençait la pré-féodalité. Les germes de la féodalité remontent plus haut qu'on ne le dit. Les potentiores commandant à de vastes domaines annoncent les grands seigneurs du moyen âge; les humiliores, les gens inférieurs, leurs tenanciers, évoquent par anticipation les serfs. Ces potentiores qui avaient la force, s'ils ont des débiteurs, ou si on leur a soustrait un lopin de terre, n'hésitaient pas à agir d'eux-mêmes contre leurs débiteurs, ni à se mettre eux-mêmes en possession de leurs

biens. Les Empereurs ont réagi là contre et ont tenté de rétablir l'ordre dans cette société qui marchait à la ruine. Dans des constitutions multiples et sans doute inopérantes (le *Decretum Marci* entre autres), il ont menacé les contrevenants soit de la perte de leurs créances ou de leurs propriétés, soit d'amendes. (1).

§ 3 - Tendances à augmenter les délits

publics.

Transforma-
tion de l'in-
jure et du
furtum en dé-
lits publics.

Le nombre déjà grand des délits publics réprimés à Rome, s'est accru au Bas-Empire de deux unités intéressantes.

1° - L'injure devient un délit public dès le III^e siècle: le droit impérial donne à la victime le choix entre l'action prétorienne estimatoire et une peine corporelle qu'on requerrait par le *cognitio extra-ordinem*. Cette peine se substitua en fait à la peine civile.

2° - La matière du furtum avait été très compliquée par suite des créations prétoriennes se greffant sur les actions civiles. Au Bas-Empire, il s'opère une simplification par le procédé bien connu de la désuétude, l'effet destructeur produit par la coutume sur les institutions qui ne sont plus adaptées au temps, au milieu, en un mot à l'état de la civilisation.

La *perquisitio lance et licio* semble avoir survécu dans les lois romaines des Visigoths et des Burgondes, car ces lois conservent les actions *furti concepti, oblati et prohibiti*, qui supposent plus ou moins la *perquisitio* (v. Collinet, *Etudes Historiques sur le Droit de Justinien I.* p. 309 n. 1).

Au contraire, en Orient, au temps de Justinien (*Inst.* IV.1.4.) ces trois actions sont mortes. Il ne reste plus que les actions *furti manifesti et nec manifesti*.

Peines cor-
porelles édic-
tées contre le
voleur.

Encore, en pratique, n'intente-t-on plus ces actions pénales. Le furtum est devenu un délit public. Le droit impérial l'a sanctionné par des peines publiques, corporelles. La victime a le choix entre la peine civile et la peine publique, administrée par les autorités de l'Etat. La victime préfère ordinairement la peine publique et néglige les actions *furti* pour une raison bien simple: parce que les voleurs, dans la plupart des cas, étant insolvable, la victime ne pouvait obtenir le paiement de la peine du quadruple ou

(1) Détails dans le manuel de Girard, p. 1026, n.2.

du double. A la peine corporelle le voleur ne peut échapper et sous sa menace indiquera les recéleurs ou restituera la chose.

Le vol, délit public, ne laissait pas moins à la victime la possibilité d'intenter l'action reipersécutoire, la *condictio furtiva*, comme aujourd'hui l'action civile de l'art. 1382 double l'action publique. En fait, on ne l'intentera que contre les voleurs qui ont une certaine solvabilité. Ainsi, le droit romain était arrivé au système moderne: peine publique et action en dommages-intérêts.

Chapitre III

LA RESPONSABILITÉ DELICTUELLE ET LES

ACTIONS NOXALES.

Responsabilité
délictuelle
du doli ca-
pax.

Celui qui est responsable d'un délit, c'est en principe celui qui l'a commis. Mais, aujourd'hui encore, en matière pénale, existe un âge au-dessous duquel l'auteur n'est pas responsable. A Rome, il faut qu'il soit doli capax, capable de dol, capable de savoir qu'il fait le mal. Les Romains considèrent qu'une personne est doli capax quand elle approche de la puberté, *pubertati proximi*.

Impossibilité
de le poursui-
vre personnel-
lement tant
qu'il est en
puissance.

En droit romain, le problème le plus important (problème inconnu de nos jours) se réfère aux *alieni juris* qui commettent des délits (incapables libres: *fili* ou *filiae familias*, ou non libres: esclaves, personnes *in mancipio*). Ces *alieni juris* sont responsables personnellement et civilement de leur délit. Ils peuvent être poursuivis après leur affranchissement ou leur émancipation, mais pas tant qu'ils sont en puissance. Tant que dure la puissance sur eux (*patria, dominica potestas, mancipium manus*) la victime ne peut s'attaquer au coupable lui-même, à l'enfant de famille, à l'esclave, pas plus qu'elle pourrait poursuivre l'animal qui aurait commis un délit contre elle. Comment obtenir dès lors satisfaction? On poursuivra celui qui a la puissance, le père ou le maître par une action dite *noxale*.

§ I - Définition des Actions noxales.

Les actions noxales (1) sont certaines ac-

(1) Cf. le travail fondamental de P.F. Girard N.R.H. 1887-1888 réimprimé dans les *Mélanges*, II p. 309-382,

tions pénales données contre un chef à l'occasion du délit commis par un de ses subordonnés ou de ses animaux, à l'effet d'obtenir soit l'amende ordinaire, soit l'abandon du coupable à la victime. Elles n'existent plus aujourd'hui parce que la conception de la famille et de la société est toute différente de ce qu'elle était autrefois. Chez nous, quand un incapable commet un délit, les parents sont responsables, de même qu'on est responsable de toutes les personnes qu'on emploie (art. 1384), de même qu'on est responsable des choses qu'on a sous sa garde (art. 1384 et pour les animaux, art. 1385 (1)). Le fondement moderne de cette responsabilité, c'est un défaut de surveillance de celui qui a sous sa garde une autre personne, une chose ou un animal. La preuve est que si ces personnes responsables peuvent prouver qu'elles ont apporté à la surveillance de l'enfant tout le soin nécessaire, elles sont libérées de leur obligation (cf. art. 1384).

En Droit romain, le fondement est différent, on le verra.

§ 2 - Cas d'actions noxales.

Enumération
des actions
noxales.

Voici les délits qui permettent la poursuite noxale: d'abord les deux délits qui peuvent être commis par les animaux, la pauperies entraînant l'actio de pauperie et l'actio de pastu sanctionnant le délit de pâture; puis l'action furti manifesti et l'actio furti nec manifesti, l'action de la Loi Aquilia, l'actio prétorienne injuriarum; l'actio vi bonorum raptorum (cf. Gaius A.76). On peut y ajouter la circumventio du mineur de 25 ans, sanctionnée par l'actio Legis Plaetoriae (ou Laetoriae), de même l'action Fabiana sanctionnant la fraus patroni.

§ 3 - Règles de l'action noxale.

L'action noxale est intentée contre celui qui a l'auteur du délit sous sa puissance lors de la litis contestatio Noxa caput sequitur.

1ère Règle.- L'action noxale existe contre celui qui a l'auteur du délit en sa puissance, non pas au jour du délit, mais au jour de la litis contestatio faite sur l'action. La règle se formule ainsi: le délit suit la tête du coupable: Noxa caput sequitur (Inst. IV.8.5. et Gaius IV. 77).

Noxa veut dire le dommage, le délit et (IV.8.1) le corpus quod nocuit, le coupable.

(1) et résumé dans son Manuel, p. 720 et ss.; F. de Visscher. Rev. Gén. de Droit, 1917-1918, Biondo-Biondi, Actiones noxales 1925 (C.R. de F. de Visscher, R. H.D. 1926 p. 322-359).

(1) Le précédent romain se trouve dans l'Edit édilicien de feris (D. 2I,1,40,1-42.)

Conséquence
quand l'auteur
sui juris au moment
du délit est
alieni juris
au jour de la
L.C. ou in-
versement.

Nous verrons l'explication historique de
cette règle. Pour le moment faisons-en l'exégèse.

1°) Si le coupable était par hypothèse, sui
juris au jour du délit et qu'il soit devenu ensuite
alieni juris (après une adrogation), l'action pénale
qui aurait été donnée contre lui quand il était sui
juris est donnée contre son chef actuel (l'adrogeant)
avec les modifications d'objet qui en font une action
noxale.

2°) Inversement, si un individu a commis un
délict étant alieni juris et qu'il devienne ensuite
sui juris, l'action cesse d'être noxale, car elle est
donnée contre l'auteur lui-même, avec la formule or-
dinaire tendant au paiement d'une amende.

Quid dans le
cas où la
puissance de
droit et la
possession
appartiennent
à 2 personnes.

2ème Règle.- Quelle sorte de puissance
doit avoir celui contre qui on intente l'action noxale ?

La puissance de droit: puissance paternelle
dominicale, manus, mancipium. Mais en supposant qu'une
personne possède la puissance de droit et une autre,
la puissance de fait, (la possession), contre lequel
des deux sera donnée l'action noxale ? Contre celui qui
a la puissance de fait, contre le possesseur. Toute-
fois en cas de *damnum injuria datum*, l'action *L. Aquiliae*
n'était donnée que contre celui qui a la puis-
sance de droit sur l'incapable et non pas contre celui
qui n'a que la possession. La difficulté est la même
que pour trouver pourquoi l'action de *L.A.* est réservée
au propriétaire.

la victime ne
peut plus in-
tenter l'A.
noxale si, à

3ème Règle.- Pour que l'action noxale puisse
être intentée, il faut que la victime n'ait jamais
eu le coupable en sa puissance depuis qu'il a commis
le délit.

moment
puis le dé-
, elle a
l'auteur
sa puissance

Primus, esclave de *Secundus*, a volé *Tertius*.
Après le vol, *Tertius* hérite de *Secundus*, et par con-
séquent trouve l'esclave dans le patrimoine du de cu-
jus; puis le revend à *Quartus*, ou bien *Tertius* l'achète
et le revend à *Quartus*. L'action noxale ne peut
être intentée par *Tertius* contre le nouveau maître
Quartus. Il y a, en quelque sorte, purgatio de l'ac-
tion noxale, purge de l'action noxale. Cette règle
avait soulevé cependant une controverse entre *Sabinien*
et *Proculien* (*Gaius* IV.78), les premiers soutenant
que l'action était définitivement éteinte, tandis que
les seconds soutenaient qu'elle pouvait revivre. On
va voir comment s'explique cette règle.

§ 4 - Origine des actions noxales.

explication
de toutes les

Autrefois on a expliqué le système des actions
noxales par l'idée de responsabilité comme aujourd'hui
les art. 1384, 1385 C.Civ. La responsabilité du chef

règles de l'action noxale par l'idée de vengeance privée.

était fondée, disait-on, sur un défaut de surveillance. Aujourd'hui cette explication est repoussée, parce qu'elle ne concorde pas avec les règles indiquées. Il est impossible d'invoquer l'idée de responsabilité puisque l'action est dirigée contre le maître actuel et non pas contre le maître au jour du délit. Le maître actuel n'a aucune responsabilité. L'idée ancienne est d'ailleurs contredite par le Droit comparé.

Girard nous a ramenés à la vérité historique. Les actions noxales ne peuvent se comprendre qu'avec le système de la vengeance privée, de la vengeance sur le corps même de l'auteur du délit dont elles sont l'application qui a persisté le plus longtemps.

L'abandon noxal permet à la victime de recevoir en sa puissance le coupable et de se venger de lui. Si la victime est obligée de passer par la justice, d'intenter l'action noxale contre le maître, c'est parce qu'elle ne peut se venger directement sur l'esclave; elle est obligée de demander au maître ou de faire abandon noxal ou de payer l'amende. Si le maître accepte la première demande, la victime peut se venger elle-même sur le corps du coupable. Si le maître prétend, pour des raisons d'affection ou d'intérêt, garder la victime en sa puissance, il devra payer l'amende comme s'il avait commis lui-même le délit.

Cette idée de la vengeance privée à la base de l'action noxale explique tout. D'abord la règle: *Noxa caput sequitur*. Ce n'est pas le maître du jour du délit, mais celui du jour de la *litis contestatio* qui est défendeur à l'action noxale, parce que c'est ce dernier seul qui peut faire l'abandon permettant la vengeance.

La même idée explique que le défendeur à l'action noxale, c'est celui qui a la *potestas* de fait. C'est le possesseur, parce que c'est lui et non le propriétaire, qui peut seul accomplir en fait l'abandon noxal. Le propriétaire qui n'a plus l'auteur du délit en son pouvoir, comment pourrait-il le livrer?

Ce système explique encore la troisième règle: si le délinquant a été, même un temps très bref, en la puissance de la victime, la victime ne peut plus intenter l'action noxale, parce qu'ayant eu le coupable en sa puissance elle a pu se venger. Si elle ne l'a pas fait, c'est qu'elle a pardonné, et le pardon dans la théorie des Sabinieniens au moins, est irrémédiable.

Enfin, cela explique un trait de mœurs et une règle de droit, à savoir que si l'*alieni juris* était

mort, le maître serait obligé de livrer son cadavre (V. plus loin). La mort du coupable sui juris éteint l'action pénale, mais il en est autrement de la mort du coupable alieni juris: la victime peut réclamer la livraison du cadavre pour se venger sur lui. Moeurs barbares, mais fréquentes dans les sociétés peu civilisées, où par exemple le débiteur qui meurt est privé de sépulture (Esmein, *Mélanges d'Histoire du Droit*; Jobbé-Duval, *les Morts malfaisants*).

Distinction
de la noxali-
té et des
actions noxa-
les.

Quelque satisfaisante que soit l'explication de Girard, on peut encore la pousser plus loin et la préciser. C'est ce qu'a fait M. F. de Visscher dans l'étude citée où il distingue deux choses, ce qu'on ne fait pas d'ordinaire: la noxalité (où l'abandon est en lère ligne) et les actions noxales (où l'amende est en lère ligne). La doctrine confond les deux choses. La noxalité ou abandon noxal est une institution qui existe chez tous les peuples primitifs de l'Antiquité ou d'aujourd'hui. Les actions noxales n'existent pour ainsi dire qu'à Rome "Le système de la noxalité, dit cet auteur, est susceptible d'une explication complète en dehors de toute idée d'obligation. Il est caractérisé par la responsabilité personnelle et exclusive du coupable". Ces termes ne sont peut-être pas très satisfaisants, car l'idée de responsabilité est relativement récente. A l'origine, les hommes ne connaissaient pas la faute intentionnelle, la faute de volonté qui s'appelle la responsabilité fondée sur l'intention de nuire. On peut corriger la formule précédente en disant: "Le système est caractérisé par la direction de la vengeance sur le coupable, personnelle ment et exclusivement".

Quant aux actions noxales, leur but, est différent, c'est de permettre au chef de famille de défendre son subordonné parce qu'il y trouve son avantage. C'est pour lui une faculté.

§ 5 - Effets de l'Action noxale.

Le défendeur est tenu à l'une des deux choses ou payer l'amende ou livrer le coupable aut noxiam sarcire aut in noxam dedere - réparer le dommage ou faire abandon noxal, ainsi qu'on peut le voir dans les formules réconstituées par M. Lenel dans son "Edictum perpetuum".

1° - L'abandon noxal peut être ou volontaire, ou forcé.

Si il est volontaire, la noxae deditio s'opère d'après l'opinion dominante par une aliénation de la propriété ou coupable à l'aide des procédés appropriés (mancipation, in jure cessio, tradition, suivant les cas). Avec quelques auteurs, M. F. de Visscher (R.H.D. 1930 p. 411 et s.) paraît avoir démontré qu'en droit ancien et classique la deditio s'opérait par une simple traditio, dans tous les cas c'est seulement sous Justinien (Inst. IV.3.3) où l'abandon ne concerne plus que des choses (esclaves ou animaux), que la deditio réalisée par traditio constitue une datio, un transfert de propriété.

Si le coupable était mort, il fallait livrer son cadavre. Cette règle ne s'applique qu'au fils et à l'esclave, mais pas aux animaux. Elle était seulement indiquée par Gaius, IV.81, mais elle a été précisée par l'Interpretatio Gai qui est le cours d'un professeur de la Gaule du IV^e ou V^e siècle sur Gaius.

L'Interpretatio Gai § 82 à 86 (Girard, Textes p. 366), se demande notamment si on peut se contenter de livrer les cheveux ou les ongles ? Ce sont là questions de casuistique qui préoccupaient beaucoup les juriconsultes primitifs (cf. Talmud).

Si le maître ne veut pas faire l'abandon volontaire, le prêteur invite la victime à s'emparer de l'esclave coupable pour l'emmener dans sa maison : c'est un acte de "duci jubere", le prêteur invite à être emmené, il invite la victime à emmener chez lui le coupable. Ce duci jubere fonde la propriété prétorienne (cf. art. de H. Pissard dans Etudes dédiées à M. Girard).

Adoucissement
progressif
de l'abandon

Le Droit romain s'est adouci au cours des siècles et l'abandon s'est restreint de plus en plus.

C'est par les filles de famille que l'adoucissement a commencé, la livraison d'une jeune fille mariée coupable à un autre père de famille ayant paru

choquer la pudeur (Inst. IV.8.7.).

Pour les fils, Papinien, au début du III^e siècle (Coll.2.3.1.) déclare que la victime ayant reçu en sa puissance un fils est obligé par le prêteur à affranchir ce fils, à en faire manumissio quand il aura réparé le dommage par ses services. Il travaillera, comme on le voit dans la Bible, jusqu'à ce qu'il ait procuré à la victime une somme égale à la réparation du dommage causé, par exemple à la valeur de cent journées de travail, car la théorie des operae montre que les Romains avaient déterminé la valeur pécuniaire de la journée de travail. Cela a amené la désuétude de l'abandon noxal pour le fils (Inst. IV.8.7.)

Il ne restait plus lors de l'avènement de Justinien que les animaux et les esclaves qui pussent faire l'objet des actions noxales. Justinien (IV.8.3) a transporté aux esclaves le système que Papinien relatait pour le fils, c'est-à-dire que l'esclave délinquant qui a réparé le dommage par son travail devra être affranchi par la victime. Girard (p. 726 n.2) fait remarquer qu'une conséquence de cette réforme aurait pu se produire, tous les esclaves auraient commis des délits pour se faire affranchir. Un maître ne veut pas affranchir son esclave bien que celui-ci lui offre cependant une somme d'argent. L'esclave vole le voisin. Si le maître ne veut pas payer l'amende, il sera abandonné à la victime, qui une fois satisfaite, l'affranchira. Si la réforme de Justinien s'était appliquée, il n'y aurait plus eu d'esclaves dans le monde byzantin. (I) Girard a retrouvé le même système dans l'Afrique Centrale.

L'obligation qui pèse sur le défendeur est-elle alternative ou facultative?

2°- L'action noxale a deux objets - ou réparer le dommage ou faire l'abandon noxal - aut noxam sarcire aut in noxam dedere. Cette action correspond par conséquent à une obligation (qu'on pourrait appeler noxale) à deux chefs: aut..... aut..... Ces obligations à deux chefs sont ou bien des obligations alternatives, ou bien facultatives. L'obligation alternative est celle dans laquelle les deux objets sont dus, sur le même rang, au choix du débiteur. Je m'engage à vous fournir 10 stères de bois ou leur valeur. Je choisirai moi-même: si je ne puis trouver 10 stères de bois à des prix avantageux, je vous paierai la valeur fixée.- L'obligation facultative est une obligation où les deux objets ne sont plus sur le mê-

(I) Heureusement toutes les lois ne s'appliquent pas, voir Cruet : La vie du Droit et l'impuissance des lois, dans Bibliothèque de Philosophie Scientifique.

me rang : un qui est le principal, est in obligatione le débiteur est forcé de le livrer, il est dû; mais l'autre est in solutione, il peut être donné facultativement si le débiteur le préfère.

Les deux obligations sont donc de natures toutes à fait différentes. Supposons que des deux objets l'un disparaisse, par exemple je vous ai promis un esclave ou une somme d'argent. L'esclave meurt, dois-je vous fournir la somme d'argent? Oui, si l'obligation est alternative. Non si c'est une obligation facultative. Car l'esclave, dans cette dernière obligation est in obligatione, la somme d'argent est in solutione, in facultate solutionis. L'esclave in obligatione ayant péri tout s'évanouit, l'opération disparaît et je ne vous dois pas la valeur promise. Tandis que dans la première hypothèse, sans doute je pouvais me libérer en donnant à mon choix, l'esclave ou l'argent, mais si le premier des deux objets disparaît, je continue à devoir l'autre.

On a donc un grand intérêt à savoir si l'obligation noxale est alternative ou facultative.

Système de
Girard.

Girard propose un système qui fait varier la réponse suivant le moment où arrive la mort de l'esclave.

1°- Jusqu'à la litis contestatio, l'obligation est facultative avec l'abandon in obligatione, l'abandon c'est objet principal de la dette, l'amende est in solutione, c'est objet facultatif de la dette. Si l'esclave meurt, l'obligation est éteinte; ou plutôt il suffira de livrer le corps.

2°- Entre la litis contestatio et la condemnation, l'obligation est alternative, comme le montre l'intentio de la formule (Ulpien D.9 I.I.II.). Si l'esclave meurt entre la litis contestatio et la condemnation, le défendeur n'est pas libéré et il va devoir l'amende.

3°- Après la condamnation, l'obligation redevient facultative en sens inverse, ce qui est dû, c'est l'amende. Le montant de la condamnation est in obligatione et l'abandon noxal est in solutione. La mort de l'esclave est donc indifférente, le maître devra tous jours payer l'amende.

Ce système prétend s'appuyer sur les textes, qui sont en effet très difficiles.

Système de M.
Visscher.

M. de Visscher a combattu ce système en reprenant une vieille idée de Vangerow, auteur d'un traité de Pandectes. Il soutient que l'obligation est toujours facultative, l'amende (ou litis aestimatio) étant in obligatione, la noxae deditio étant in solutione. Son idée se déduit de son explication même des actions

noxaes. Celles-ci, pour M. de Wisscher, sont destinées à assurer la défense du coupable, à moins que le chef ne préfère l'abandonner. Qu'est-ce qui vient en première ligne ? C'est le paiement de l'amende que le chef paiera pour garder l'esclave. L'objet principal de l'action, c'est donc bien le paiement de l'amende, la *litis aestimatio*. Voilà pourquoi l'action noxale est toujours facultative. Que l'esclave meure ou non, le maître devra l'amende.

TITRE II

O B L I G A T I O N S N E E S D E

C A U S E S L I C I T E S .

Chapitre I

CARACTERES, SOURCES, DIVISIONS des

OBLIGATIONS LICITES.

Nous entrons dans un nouveau domaine. Plus d'idées de vengeance, de poena, d'amendes et d'acte illicite. Nous arrivons sur le terrain de ce qui est permis. Ce domaine est extrêmement touffu car il comprend tout ce qui ne rentre pas dans les délits. Il pourrait s'intituler : obligations ex contractu, quasi ex contractu, ex lege.

Ce domaine comprend principalement des obligations sanctionnées par des actions reipersécutoires et quelques rapports qui ne constituent pas des obligations proprement dites et qui ne sont pas sanctionnées par des actions.

Ces actions reipersécutoires, nous en connaissons déjà la définition : ce sont des actions qui permettent de rem persécuti, de poursuivre une valeur (re).

L'action reipersécutoire du reste, aura pour objet ou bien une valeur que le débiteur a promise, c'est l'hypothèse du contrat non exécuté, ou bien une valeur que le débiteur doit à raison de certains actes qu'il a faits. C'est ce qui se passe dans le quasi-contrat. Enfin, il pourra être obligé à raison de certaines situations de droit ou de fait qui existent entre lui et son créancier : obligations naissant ex lege.

Les actions qui sanctionnent ce domaine sont donc de même nature que celles qui sanctionnent les droits réels, mais elles sont in personam, comme les actions pénales. Toutefois, entre elles, une différence considérable : dans l'action délictuelle, la persécution

na qui est en jeu, qui est poursuivie, c'est la personne physique, ici, c'est la personne juridique, autrement dit, le patrimoine. Cette idée de personne juridique régit tout le domaine que nous étudions.

Section Ière

Caractères des Obligations nées de causes

licites.

Caractère
patrimonial
des obliga-
tions nées de
causes lici-
tes.

Le lien est
plus considéré
que la sanc-
tion.

L'objet de-
vient illi-
mité.

Les trois ca-
ractères d'o-
bligations
d'après leur
objet.

Les obliga-
tions de dare.

L'obligation
de dare s'exé-
cute par un
mode juridi-
que de trans-
fert de la
propriété

Nous avons posé comme principe que, dans ces obligations, le caractère patrimonial est prépondérant. Nous allons trouver des applications de ce principe et montrer combien ces obligations, quelle qu'en soit la source, sont différentes des obligations sanctionnées par des actions délictuelles.

1°- Le trait dominant dans cette matière est que l'obligation entre plus en considération que l'action, le lien entre les patrimoines plus que la sanction, tout au moins dans le droit développé à l'époque classique. En effet, c'est seulement dans ce domaine que nous rencontrerons des obligations sans sanction, des obligations naturelles, ce qui prouve que l'idée d'obligation et l'idée d'action sont séparées.

2°- C'est dans le domaine des obligations licites, et surtout des contrats, qui sont de beaucoup la source la plus importante de ces obligations, que l'objet devient illimité, infini, varié. Tout ce que l'homme peut prévoir dans l'intérêt de son patrimoine, dans son intérêt économique, peut faire l'objet de ces obligations.

Les Romains ont déjà réparti les objets des obligations en trois catégories : dare, praestare, facere, sur lesquelles il est bon de revenir un peu.

L'objet principal, dare, c'est transférer la propriété ou constituer un droit réel, par exemple, une servitude au profit d'autrui.

En droit romain, il faut, pour ce transfert, un déplacement de la propriété s'exécutant par le mode approprié : mancipatio in jure cessio, pour les res mancipi ; in jure cessio ou tradito pour les res nec mancipi. D'où une très grande différence avec le droit français, où la vente transfère la propriété par le seul consentement des parties, sans déplacement de propriété par un acte spécial (C. Civ. art. 1138, 1654). De là le rapport qui existe en Droit romain entre les deux domaines des obligations et des modes

de transfert de la propriété. Les obligations jouent par rapport aux modes de transfert le rôle de causes (dites efficientes ou d'actes de support). Les contrats sont des causes par rapport au transfert de la propriété. Cette idée est visible en particulier dans l'usucapion, la tradition, la possession. De même, en droit romain, les servitudes ne se constituent pas par le seul consentement, comme en droit français, sauf le cas exceptionnel des pactes et stipulations. (1) Il faut un acte réel, une mancipatio, une in jure cessio.

Si l'objet de l'obligation est de praestare, le service qui doit être rendu au créancier l'est à l'aide d'une tradition. Le débiteur place la chose dans le patrimoine du créancier, mais sans lui transférer la propriété, en la mettant seulement à sa disposition. Par exemple, dans le cas de vente (v. la Vente).

S'il s'agit d'une obligation de facere, l'accomplissement du fait produit l'enrichissement désiré au patrimoine du créancier. Si j'ai promis de construire une maison, de peindre un tableau, j'exécute mon obligation en construisant la maison ou en faisant le tableau.

3°- Les obligations licites, qui sont un élément du patrimoine, se transfèrent avec lui comme les biens corporels, soit activement, au profit de l'héritier du créancier, soit passivement à la charge des héritiers du débiteur.

4°- Les obligations de ce genre sont détruites par la capitis deminutio. Celle-ci, en effet, atteint le patrimoine du débiteur, elle détruit la personnalité juridique et ne laisse survivre que la personnalité physique. Les obligations nées de causes licites, faisant partie du patrimoine, sont anéanties comme lui par la capitis deminutio.

5°- Enfin, les contrats (c'est d'eux surtout que nous parlons, parce qu'ils sont la principale source des obligations licites), doivent être créés. Ils n'existent pas par eux-mêmes. Pour se créer, ils exigent, en droit romain comme en droit français, des actes de manifestation de la volonté des deux parties tantôt formalistes, tantôt non formalistes.

6°- De même en droit romain, l'extinction des obligations contractuelles exige, en dehors de l'exécution des actes, soit formels, soit non formels, en vertu de la loi de correspondance des formes, tandis

(1) Pour la tradition, V.P. Collinet, dans les Mélanges P.F. Girard, 1912.

L'obligation de praestare s'exécute par une tradition.

L'obligation de facere s'exécute par un acte.

Transmissibilité active et passive des obligations licites.

Leur destruction par la capitis deminutio.

Les obligations licites se forment par des modes créateurs.

Elles s'éteignent par des modes inverses.

que les obligations nées ex delicto se dénouent par l'exécution ou par un simple pacte.

Tous ces caractères sont donc diamétralement opposés à ceux des obligations délictuelles ; ils ne rappellent en rien l'idée de vengeance, mais dépendent de l'idée de res, de patrimoine.

Section II

Sources des Obligations licites.

Aujourd'hui encore, on range sous trois chefs les sources des obligations licites.

Les obligations contractuelles.

1°- La plus importante est les contrats (Oblig. ex contractu). L'obligation licite résultera d'un acte qui manifeste la volonté des parties, soit de devenir créancier, soit de devenir débiteur. Le contrat se forme par des actes que nous appelons aujourd'hui des déclarations de volonté, par exemple, en droit romain, la stipulation, le prêt, la vente.

Les obligations quasi-contractuelles.

2°- Les quasi-contrats (par ex. la tutelle). Ils naissent au profit du créancier, sans manifestation de sa volonté, (quasi ex contractu).

Les obligations légales.

3°- Il existe enfin d'autres obligations appelées ex lege, parmi lesquelles on range les obligations qui ne peuvent pas rentrer dans les obligations contractuelles ou quasi-contractuelles. Elles naissent de certaines situations, soit de droit, comme la parenté, qui fait naître l'obligation alimentaire, soit de fait, par exemple le voisinage, l'indivision.

Les obligations licites naissent donc d'actes (Les contrats), de faits (quasi-contrats) ou de situations (obligations légales)

Section III

Divisions des Obligations licites.

Importance des divisions des obligations licites.

Les obligations licites, puisqu'elles naissent de contrats, de quasi-contrats ou ex lege, sont extrêmement nombreuses. Pour s'y reconnaître, il faut donc y établir des classifications.

Caractère pratique des

Les Romains ont déjà connu ces classifications mais sans en faire la construction. En effet, même les Byzantins qui, cependant, sont plus théoriciens et plus idéologues que les Latins, ne sont pas encore

divisions
des obliga-
tions en
droit romain.

les théoriciens que nous sommes devenus. Ils s'intéressent très peu aux idées générales, à ce que nous appelons les constructions dogmatiques, que nous prenons pour bases du droit. Cela s'explique par le développement même du droit romain, qui a été surtout pratique. Ils n'ont pas davantage cherché l'origine historique de ces distinctions, car ils n'étaient pas plus historiens que théoriciens.

1ère division. Rapports unilatéraux et rapports synallagmatiques.

Les rapports
unilatéraux.

Il faut insister ici sur cette division, déjà indiquée à propos de la division des obligations, parce qu'elle ne convient réellement qu'aux obligations licites. Toutes les obligations nées ex delicto sont unilatérales ; il y a un coupable et une victime, et le-ci ne doit rien au coupable.

1°- Le rapport est unilatéral, quand il engendre une seule sanction, un seul droit, au profit d'une seule partie, le créancier, à la charge d'un seul débiteur : ex uno latere. Par exemple, dans la stipulation, le prêt, le quasi-contrat d'enrichissement sans cause.

Ce sont les
plus anciens.

Historiquement, les rapports unilatéraux sont les plus anciens, car les plus simples. Certains remontent au droit primitif de Rome, mais ils ne sont pas inconnus non plus du droit postérieur ni même Justinien.

Ils sont toujours de
droit strict.

Tous les rapports unilatéraux sont toujours de droit strict ; nous verrons bientôt l'intérêt de cette remarque.

Les rapports
de droit syn-
allagmati-
ques.

2°- Le rapport de droit est synallagmatique ou bilatéral, quand il engendre deux sanctions, deux droits, tant au profit du créancier que du débiteur, lesquels deviennent respectivement débiteurs et créanciers. Il existe un lien croisé, un rapport ex duobus lateribus ou synallagmatique, du grec sunallagma qui signifie contrat bilatéral.

Ils sont par-
faits dans
trois cas.

Les rapports synallagmatiques sont tantôt parfaits, tantôt imparfaits. Ils sont parfaits quand ils naissent immédiatement des deux côtés. Trois contrats seulement en droit romain : la vente, le louage, la société, sont dans ce cas.

Imparfaits
dans tous les
autres cas.

Tous les autres sont des rapports synallagmatiques imparfaits. Le lien ne se forme tout de suite qu'au profit de la partie la plus intéressante, mais un second lien peut éventuellement se former au profit de la partie la moins intéressante. Par exemple dans la tutelle, la partie la plus intéressante est le pupille. Il obtient un droit, une action, tout de suite, contre le tuteur. La partie la moins intéressée

sante est le tuteur. Il peut éventuellement obtenir un droit, une action contre le pupille si, par exemple, il a fait des dépenses pour le compte de ce dernier. Dans le contrat de dépôt, la partie la plus intéressante, le déposant, a de plus une action pour se faire restituer la chose par le dépositaire. Celui-ci peut éventuellement agir contre le déposant, s'il a fait des frais dans son intérêt.

Les rapports synallagmatiques comprennent à la fois des contrats et des quasi-contrats et même des obligations nées ex lege, mais la reconnaissance de ces rapports, leur sanction, a été naturellement plus récente que celle des rapports unilatéraux. Il n'y en a pas d'exemple avant la création de la procédure formulaire, vers 150 av. J.C.

Les actions qui sanctionnent les rapports bilatéraux sont construites sur deux types suivant qu'il s'agit d'obligations synallagmatiques parfaites ou imparfaites.

Les actions dans les contrats synallagmatiques parfaits.

Dans les contrats synallagmatiques parfaits, l'obligation naît ultro citroque, au profit et à la charge des deux parties. C'est ce qu'affirme Labéon, dans un texte fondamental du Digeste (50.16.19). Dans la vente ou dans le louage, on trouve deux actions indépendantes. Dans la vente emptio venditio, une action accordée à l'acheteur emptor, l'actio venditi. De même, dans le louage, locatio conductio, une action naît au profit du bailleur, locator, l'actio locati ; et l'autre au profit du locataire, conductor, l'actio conducti. Dans la société, il n'existe qu'une seule action, bien qu'elle fasse naître des obligations réciproques entre tous les associés : l'actio pro socio, "pour le social", pour l'objet de la société, donnée à chacun des associés contre les autres.

Dans le Digeste les obligations synallagmatiques imparfaites sont sanctionnées par les actions directes et contraires.

Dans les obligations synallagmatiques imparfaites, dont nous avons cité deux exemples, le contrat de dépôt et le quasi contrat de tutelle, on constate dans le Digeste une sanction par deux actions indépendantes, des actions directes judicia directae, actiones directae, données à la partie la plus intéressante, contre l'autre, au dépositaire contre le déposant (actio depositi directae), au pupille contre le tuteur (actio tutelae directae); puis des actions contraires, judicia contraria, actiones contrariae qui peuvent naître éventuellement au profit de la partie la moins intéressante, du dépositaire (actio depositi contraria) du tuteur (actio tutelae contraria).

Ici se soulève un problème historique intéressant. La dénomination des actions directes et contraires, que nous trouvons dans le Digeste de Justinien,

existait-elle déjà sous la procédure formulaire ? On le croit généralement; Girard (p. 560 n. 3) l'enseigne, avec cette réserve que les actions contrariae sont plus jeunes.

D'après M. Collinet, cette distinction n'existait pas sous la procédure formulaire.

Moyens donnés d'abord à la partie la moins intéressante.

Les contraria judicicia à l'époque formulaire sont des clauses insérées dans la formule.

Cette opinion courante a été contestée par certains auteurs, tels que M. Biondo Biondi (*Judicia bonae fidei*, T. 1er 1920) et Partsch 1913), sur le point spécial de la tutelle et de la gestion d'affaires. Voici les deux idées capitales: 1° - on peut démontrer que dans certains cas, la partie la moins intéressante fait valoir son droit, s'il naît par d'autres moyens, notamment par le procédé de la compensation. D'autre part, elle peut bénéficier quelquefois d'une action, mais ce n'est pas l'action contraire de l'action directe, c'est une action différente; par exemple la gestion d'affaires en matière de tutelle.

2° - Les contraria judicicia du droit classique ne sont pas les actiones contrariae de Justinien. M. Cuq établit très bien (p. 882 et n. 7) que l'expression contraria judicicia a un tout autre sens à l'époque formulaire et sous Justinien. A l'époque formulaire, les contraria judicicia ne seraient pas des actions indépendantes, mais simplement des clauses contraires, insérées dans la formule de l'action réclamée par le demandeur. Par exemple, le déposant réclame la chose au dépositaire par l'actio depositi. C'est une action unique, mais le dépositaire ayant fait des frais pour la conservation de la chose, excipe de son droit à une rémunération, in jure, devant le magistrat, en demandant à celui-ci d'insérer une clause dans la formule du demandeur. Une seule formule est délivrée, mais qui contient une clause additionnelle, le *judicium contrarium*. Tel est le procédé admis par M. Cuq, et qui paraît à M. Collinet le seul existant à l'époque formulaire, pour faire valoir les droits de la partie la moins intéressante. Ces procédés existaient déjà à l'époque de Quintus Mucius Scaevola, consul en 659-95 au témoignage de Cicéron (*De officiis*, III, 17.70).

Pourquoi ces judicicia contraria sont-ils devenus des actions indépendantes sous Justinien ?

Cela tient au changement de procédure. On ne peut plus insérer une clause contraire dans la formule, puisqu'il n'y a plus de formules; au Bas-Empire, on a donc créé des actiones contrariae indépendantes.

2ème DIVISION - Les rapports du jus civile et les rapports du jus gentium. Le jus civile est le droit national des Romains, ouvert exclusivement à eux

Les actions contraires indépendantes sont nées sous la procédure extraordinaire.

Rapports du
jus civile
et du jus
gentium.

et à ceux à qui ils l'ont concédé. Le jus gentium, est le droit international, ouvert aux pérégrins. Sont du jus civile certains rapports unilatéraux, qui sont en même temps de droit strict; tout cela se tient: rapports nés ex stipulatu ou du contrat litteris. Par exception, le mutuum ou prêt de consommation est un rapport unilatéral de droit strict, mais du droit des gens.

Les rapports synallagmatiques sont toujours de bonne foi et du droit des gens, accessibles aux pérégrins (sauf exceptions: tutelle, fiducie).

Cette division va nous servir de base pour la suivante:

3ème DIVISION.- Les rapports de droit strict et les rapports de bonne foi.

A - Les actions de droit strict ou rapports de droit strict.

Il est aujourd'hui reconnu que l'expression actiones stricti juris (et le strictum jus, en général) date seulement de Justinien et ne se rencontre que par suite d'interpolations dans les textes antérieurs. Cela n'empêche pas que la notion elle-même de droit strict ne remonte beaucoup plus haut, du jour où est née l'idée contraire, celle de bonne foi. Les rapports de droit strict, avons-nous dit, sont les plus anciens; ce sont ceux où le juge n'a qu'un pouvoir étroit d'interprétation, ne peut décider que d'après les termes de l'action de la loi, plus tard, de la formule. Pour prononcer la condamnation, il ne peut faire état des éléments de l'acte, par exemple, des paroles prononcées dans la stipulation, ou des termes écrits du contrat litteris. Il ne peut pas tenir compte des éléments externes au contrat, en particulier du dol du créancier.

Ces rapports de droit strict sont tous des rapports unilatéraux. Les idées d'unilatéralité et de droit strict sont deux notions qui vont ensemble et procèdent du caractère primitif du droit romain, la simplicité des conceptions et des actes juridiques.

B. Les rapports de bonne foi.

Au contraire, l'expression: judicia bonae fidei est ancienne à Rome, probablement contemporaine ou presque de la création même des formules de bonne foi. Il est démontré que l'expression actiones bonae fidei est byzantine. La véritable expression romaine est judicia bonae fidei: formules de bonne foi. Nous montrerons l'interpolation.

On désigne ainsi les actions où le juge a un large pouvoir d'appréciation, peut tenir compte, non seulement de tous les éléments de l'acte, mais de tous les éléments extérieurs, en particulier du dol.

Rapports de
droit strict
et rapports
de bonne
foi.

Les rapports
de droit
strict.

Ce sont les
plus anciens.

Les judicia
bonae fidei.

Large pou-
voir d'appré-
ciation du

juge.

1° - Intérêts de la distinction.

1° - Il statue ex fide bona.

Intérêts au point de vue;

Dans les actions de bonne foi, le juge statue ex fide bona, ces mots étaient contenus dans l'intentio de la formule. Il recherche si cette fides bona, l'honnêteté, que les parties doivent, d'après la morale, respecter dans les opérations synallagmatiques, a été observée dans l'espèce qui lui est soumise. Sous Justinien, la bona fides se confond avec l'équité, notion beaucoup plus large qui lui permet de tenir compte de toutes les circonstances de l'acte; il prononcera d'après le bien et l'équitable, ex bono et aequo (Inst. Just. 4.6.30 complétant Gaius 4.61, son modèle) (1).

Les règles imposées ou dictées à la conduite du juge, sont donc tout à fait différentes, suivant qu'il s'agit d'actions de droit strict ou de bonne foi.

a) de la compensation.

a) Dans les actions de bonne foi, le juge peut tenir compte de la compensation entre les créances et les dettes réciproques des parties (Inst. IV. 6.30 = Gaius 4.61, à propos de quoi Gaius énumère les actions de bonne foi, 4.62). Dans les actions de droit strict, le juge ne peut pas tenir compte de la compensation, à moins que le défendeur n'oppose une exception de dol.

b) de l'exception de dol.

b) Dans les actions de droit strict, si le défendeur se prétend trompé, il doit faire insérer une exception de dol. Il en serait de même de l'exceptio metus et des exceptions qui sont des variétés de l'exception de dol. Dans les actions de bonne foi, il n'est pas nécessaire que le défendeur fasse insérer les exceptions. Elles y sont de droit, elles y sont incluses "exceptio doli in Judiciis bonae fidei inest". C'est ce qu'on appelle le principe de l'inhérence.

c) du montant de la condamnation.

c) Dans la condamnation des actions de bonne foi, le juge tient compte des fruits de la chose, des intérêts de la dette, fructus et usurae, sans qu'il soit besoin d'une demande particulière du demandeur. Dans les actions de droit strict, il n'en est pas de même.

d) de la faute du débiteur.

d) Dans les mêmes actions, la faute du débiteur, en retard, qui ne s'exécute pas, s'apprécie de façon plus rigoureuse que dans les actions de droit strict.

2° - Énumération des actions de bonne foi.

Liste de

Q.M. Scaevola.

2° - Toutes les obligations synallagmatiques sont de bonne foi sous Justinien, l'ont-elles toujours été ? Comment s'est constituée la liste définitive ?

Nous possédons trois listes des actions de bonne foi. 1° - La plus ancienne est de Quintus Mucius (1) F. Pringsheim; dans Conferenze (de Milan) 1931.

Scaevola, Consul en 659/95 (Cic. de off. 3,17,70): Contrats de: Société, fiducie, mandat, vente, louage et quasi-contrat: la tutelle.

Liste de
Gaius.

Gaius 4,62, donne une liste plus complète en énumérant les *Judicia B.F.* : ex empto, ex vendito en matière de vente ; ex locato ex conducto, en matière de louage ; negotiorum, gestorum, en matière de gestion d'affaires (c'est un quasi-contrat) ; mandati, en matière de mandat ; depositi, en matière de dépôt ; fiducias, en matière de fiducie ; pro socio, pour la société ; tutelae pour le quasi-contrat de tutelle ; rei uxoriae pour la restitution de la dot qui est une obligation ex lege. Il faut ajouter l'*actio commodati* qui manque dans le palimpseste de Vérone par suite d'une faute de transcription. Faut-il compléter cette liste par le texte des *Institut.* 4.6.28 ? On a beaucoup discuté sur ce point. Aujourd'hui, on ne le croit plus.

Liste de
Justinien.

La 3ème liste, *Inst.* 4.6.28 est la plus complète. Elle parle d'actiões et non de "*Judicia*", *bonae fidei* (voilà l'interpolation annoncée). Justinien reproduit Gaius, sauf pour la fiducie qui était un contrat qui ne s'était pas adapté à l'Orient. Il y ajoute l'*actio pigneraticia* pour le gage, l'*actio familiae erciscundae* pour le partage de l'hérédité, l'a. *communi dividundo* pour mettre fin à l'indivision ; l'a. *praescriptis verbis*, sanction des contrats innomés et la pétition d'hérédité sanctionnant le droit des héritiers. Au § 29, il ajoute l'*actio ex stipulatu dotis* (*actio de dote ou dotis*), transformation du *judicium rei uxoriae* de Gaius. Dans cette liste, l'*actio finium regundorum*, l'action en bornage manque. Si on l'ajoute, on a la liste complète de tous les rapports synallagmatiques parfaits ou imparfaits.

Depuis Q.M. Scaevola et à travers Gaius, cette liste s'est grossie grâce au progrès du droit et de la morale, car la bonne foi c'est l'honnêteté.

Sens différent de J.B.F. au temps de Gaius et de Justinien.

Mais l'expression *Judicium* ou *actio bonae fidei* a changé de sens. Elle se rattache d'abord à la procédure en ce sens qu'elle désigne les actions dans l'intentio desquelles figure la clause *ex fide bona* : "*Quidquid dare facere oportet ex fide bona*" : "le demandeur réclame tout ce que le défendeur doit faire ou donner en vertu de la bonne foi". Gaius 4,47. C'est déjà la notion de Cicéron : "*Judicia in quibus additur ex F.B.*". C'est la notion la plus adéquate au mécanisme de la procédure formulaire.

Sous Justinien, après la disparition des formules, l'expression désigne les actions dans lesquelles le juge a de larges pouvoirs d'appréciation. Aujourd'hui, tous les contrats sont de bonne foi (Art.

1134 al. 3).

3^e Origine des
ja bae fi.

Quelle est l'origine des bonae fidei judicia ?

C'est une question difficile. Pour essayer de découvrir cette origine, il faut se référer à la première liste. Quelle est l'origine des 6 actions de Q.M. Scaevola ? La plupart des manuels ne répondent pas à la question. M. Biondo Biondi, dans le T. 1 de ses *Judicia Bonae fidei* ne l'a pas abordée. Girard a fait seulement un grand effort pour dater l'apparition de ces *judicia* qu'il place après l'apparition de la procédure formulaire.

D'autres auteurs ont essayé de répondre. Pour certains, les actions de bonne foi ont été précédées de formules prétoriennes *in factum* ; l'initiative du mouvement reviendrait au préteur (P. Krüger - Sources).

Distinction
à faire.

A - Contrats
synallagmati-
ques parfaits :
vente, louage,
société.

Ici les *ja bae fi* ont leur
origine sur
le terrain du
droit commer-
cial, dans les
rapports en-
tre Romains
et étrangers.
Ils ont été
créés par les
Prudents et
aussi par le
préteur péré-
grin pour pro-
téger les Ro-
mains victimes
des manœuvres
de marchands
étrangers.

Pour M. Cuq (p. 850 et n° 5), elles vien-
draient des *arbitraria honoraria* dont parle Cicéron,
arbitrages et non pas procès organisés par le magis-
trat. Mais *arbitraria* ou actions *in factum*, c'est la
même chose.

En réalité, la question est beaucoup plus
compliquée. Il faut, dans la liste, distinguer deux
groupes, les contrats synallagmatiques parfaits, la
vente, le louage, la société d'une part, et les rap-
ports synallagmatiques imparfaits de l'autre.

Il est à remarquer que les formules qui
sanctionnent les contrats synallagmatiques parfaits
n'ont pas de correspondant en droit prétorien, tandis
que les rapports synallagmatiques imparfaits, contrats
ou quasi-contrats, ont tous des correspondants en droit
prétorien, sous forme de formules *in factum* s'opposant
aux formules *in Jus* (Gaius 4,47). Dans la plupart des
cas, les formules *in factum* ont été retrouvées par M.
Lenel (Edit Perpétuel).

D'où sont donc sorties ces formules de
bonne foi ?

Selon M. Collinet, les actions qui sanc-
tionnent ces trois contrats sont nées sans modèle dans
un domaine tout à fait spécial, en dehors des rapports
entre Romains et hors du champ d'activité du préteur
urbain. Il faut se transporter dans les rapports du
jus gentium, rapports commerciaux entre Romains et
pérégrins, donc dans le champ d'activité du préteur
pérégrin, auquel les parties auraient présenté des for-
mules civiles rédigées par les Prudents avec la clause
ex fide bona.

La fides existait déjà entre Romains ; un
temple lui était dédié. Mais la fides bona est autre

chose. Cicéron (de Off. I,7) la définit: dictorum conventorumque constantia et veritas (le respect et la sincérité des choses dites et convenues). L'épithète bona "honnête" marque la volonté du prêteur peregrin de protéger ses concitoyens contre la malhonnêteté des marchands pérégrins. Nous retrouverons ces idées à propos des origines de la vente, du louage et de la société.

B- Rapports synallagmatiques imparfaits de bonne foi. Ils ont été sanctionnés par le prêteur urbain au moyen d'actions in factum fondées sur l'idée de dol.

Pour le deuxième groupe: tutelle, fiducie, mandat, il semblerait que l'origine en fût plus facile à découvrir. Ce ne sont pas des opérations commerciales. La tutelle, est une institution nationale à Rome; de même la fiducie qui postule la mancipatio. Nous sommes donc sur le terrain national et les idées indiquées tout à l'heure ne sont plus valables pour expliquer l'origine de ces rapports synallagmatiques. Nous pouvons donc revenir à l'idée généralement admise que ce sont les prêteurs urbains qui ont pris ici l'initiative du progrès. Ces actions auraient apparu sous forme de formules prétoriennes in factum sur la base du dol (Gaius, 4,47).

A leur égard c'est le prêteur urbain qui a pris l'initiative, avant qu'Aquilius Gallus eût créé les formules de dol (v. Supra). Les Prudents auraient inventé les formules in jus civiles (bonae fidei), correspondantes sous l'influence des formules usitées dans les trois contrats synallagmatiques parfaits.

Chapitre II

THEORIE GENERALE DU CONTRAT.

Les contrats sont la source d'obligations licites la plus importante. Avant d'étudier les contrats un à un, il faut présenter la théorie générale du contrat. L'objet de ce chapitre correspond aux art. 1101 - 1133 C.C.

Section I - Histoire sommaire des contrats

et des pactes.

Distinction en D.R. du pacte et du contrat, de la règle:

Aujourd'hui contrat, pacte, convention, c'est la même chose. Ces trois termes répondent à la même définition: "l'accord des volontés en vue de former un lien de droit, de le transformer ou de l'éteindre". L'art. 1134 al. 1 pose le principe que "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux

ex nudo pacto actio non nascitur.

qui les ont faites". On dit le plus souvent: "la convention fait la loi des parties". C'est là l'expression du principe général dans toutes les législations modernes, celui de la liberté des conventions ou de l'autonomie de la volonté. En droit romain ce principe n'existait pas, pas plus que celui de l'art. 1382 du C. Civ. Au contraire, jusqu'à Justinien y compris, les Romains ont distingué le contrat d'une part, le pacte ou convention de l'autre. Le pacte ou convention correspond à la notion moderne du contrat: "pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus". Le pacte c'est l'accord et le consentement de deux ou plusieurs personnes sur le même objet (Ulpien D. 2.14 de pactis 1.2.). Fait curieux, le contrat n'a pas été défini par les Romains (1). On peut le définir: "une convention, un accord de volontés, sanctionné par le droit civil". La grande différence qui sépare le pacte et le contrat en droit romain, et qui n'existe plus aujourd'hui, c'est donc que le contrat est sanctionné par le droit civil, le pacte ne l'est pas. Le pacte n'est pas sanctionné en principe: le pacte n'engendre aucune action aucune obligation, mais seulement une exception. Voilà ce qu'on lit dans les textes: "Ex pacto nudo actio non nascitur" du pacte aucune action ne naît (Paul 8.2.14. Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem: le pacte nu n'engendre pas d'obligation mais engendre une exception (Ulpien D.2.14.7.4.)

Le formalisme primitif.

Pourquoi le pacte est-il inefficace en droit romain? Pourquoi le droit civil ne reconnaît-il que le contrat et pas le pacte? Cela tient au formalisme primitif. Les Romains ne font sortir de résultat juridique que d'une forme. Or, le pacte c'est un échange de consentements sans forme. La plus ancienne forme pour créer l'obligation a été le prononcé de paroles solennelles, la sponsio (stipulation); (2) cela vient du rituel magique, où les mots sacramentels ont une efficacité et dès que prononcés lient les parties. Faute de paroles sacramentelles, il n'y a plus de lien, donc le pacte ne peut engendrer d'obligation.

Les premiers contrats formalistes: verbis, litteris.

Le contrat réel de mutuum.

Les premiers contrats romains ont donc été des contrats formalistes: contrats verbis, dont la stipulation, est le principal, puis contrat qui se forme par l'écriture, le contrat litteris. Après quoi, ils ont inventé un contrat réel qui se forme par remise de la chose sans forme, le mutuum ou prêt de consommation; tout cela avant le VII^e siècle ab. U.C.

Dans ces actes, les Romains n'ont pas reconnu, pendant longtemps, des contrats; ils ne leur

(1) Sa seule définition est de Théophile (Paraphrase des Inst. 3,13,2; éd. Ferrini, p. 318, lin. 9-11).

(2) Le nexum n'est pas un contrat, voir Chapitre III.

donnaient pas le nom de contrat (1). En effet dans ces opérations, l'obligation ne dérivait pas, à leurs yeux, de la volonté, mais des formes ou de la res (remise de la chose).

Les contrats consensuels et le dégagement de l'idée que la volonté est source génératrice d'obligation.

Les Romains ne sont arrivés à reconnaître la puissance des volontés comme génératrices d'action et l'obligation que dans les opérations qui se forment par le consentement, consensu, et notamment dans les trois opérations consensuelles synallagmatiques parfaites: vente, louage, société. En effet, dans le texte cité de Labéon D. 50.16.19, le grand jurisconsulte oppose le terme *contractum* (part. passé) à deux autres termes: *actum* et *gestum*, et l'applique uniquement aux trois opérations susdites, par analogie avec le *synallagma* grec dont la notion a donné l'idée de contrat synallagmatique.

Le nom de *contractus* (étymologiquement "contraction, réunion de deux choses") n'apparaît, au sens juridique de contrat qu'après Labéon, au I^{er} siècle de notre ère. Mais une fois dégagée l'idée de contrat, - accord de volontés produisant un effet civil, - les jurisconsultes l'ont étendue aux opérations existantes. Ils y ont établi quatre classes: Les obligations naissent, en matière contractuelle: soit de paroles, soit de l'écriture, soit de la remise de la chose, soit du consentement. La classification quadripartite est la suivante: contrats *verbis*, contrats *litteris*, contrats *re*, contrats *consensu* (Gaius 3.89 Instit. 3.13.2.) (2).

Cette classification célèbre est antérieure à Gaius, puisque Pédus sous Hadrien (117-138) nous dit (Ulpien D.2.14.1.3.) que toutes les obligations contractuelles supposent à leur base la volonté qu'elles soient *verbis*, *litteris* (3), *re* ou *consensu*. Malgré sa banalité apparente, c'était là une nouveauté qui présupposait la généralisation de l'idée de contrat (4).

Une 5ème classe s'y est ajoutée. Ce sont les contrats innomés, qui désignent, non pas toujours des contrats sans nom, mais des opérations qui n'ont pas de sanction civile à l'égal des contrats du droit ancien reconnaissables à leur *nomen* = vente, louage, etc,... Ces contrats innomés ont été sanctionnés dès l'époque classique, mais ils n'ont formé une 5ème catégorie que sous Justinien.

(1) Sur l'histoire du contrat, P. Collinet, *The Law Quarterly Review*, 1932, p. 488 et s.

(2) Gaius (3,90) sépare bien l'obligation *re* du *mutuum* (contrat) de l'obligation *re* de l'*indebitum* (quasi-contrat).

(3) mot supprimé par Justinien au texte d'Ulpien (v. *infra* chap. III).

(4) "La volonté est vraiment la mère des contrats",

Classifica-
tion des pac-
tes.

Quant aux pactes, les uns ont été sanctionnés par le préteur. Nous avons indiqué déjà les pactes synallagmatiques imparfaits et les pactes unilatéraux, dits pactes prétoriens. D'autres sont les pactes adjoints à un contrat. D'autres enfin ont été sanctionnés par les empereurs: Ce sont les pactes dits légitimes, parce qu'ils viennent de lois impériales; ce sont de véritables contrats puisque sanctionnés par les Constitutions impériales, c'est-à-dire par le droit civil.

(suite) dira Stéphane (Basil. éd. Heimbach, II, 71).

Section II

Conditions Générales de validité du contrat.

Les Institutes de Justinien les ont posées à propos de la stipulation (III.19 de inutilibus stipulationibus : des stipulations nulles) parce que la stipulation a été pendant longtemps le contrat le plus répandu. C'est à propos de la validité de ce contrat que se sont dégagées dans la doctrine, les conditions que nous allons examiner. Elles sont au nombre de quatre : le consentement, la capacité, l'objet, la cause, entre lesquelles nous intercalerons la théorie de la représentation. Donc 5 paragraphes.

Consentement
capacité,
objet,
cause.

§ 1 - Le consentement.

§ 2 - La capacité

§ 3 - les contrats passés par des tiers ou la théorie de la représentation.

§ 4 - l'objet

§ 5 - la cause.

§ 1 - Le consentement.

Nécessité du
consentement
même pour un
contrat for-
mel.

Le consentement est absolument nécessaire pour que la convention soit valable, non seulement la convention, le pacte, mais aussi le contrat, même avec formes. A partir de Pedius (ci-dessus) on sépare donc la forme et le consentement, c'est-à-dire qu'un contrat, même formel, ne serait pas valable si le consentement manquait. Le consentement peut se donner en présence de l'autre partie (cela est même nécessaire dans la stipulation) ou hors de sa présence, soit par messager (per nuntium), soit par lettre (per epistolam). Le messager ne doit pas se confondre avec un représentant (procurator) ; il n'est que le porte-parole de la partie. A propos du contrat par correspondance, on se demande aujourd'hui à quel moment il se forme et à qui appartient la lettre. Pour la propriété de la lettre, voir D.47.2.14,17.

D'autre part, la convention ne se forme pas sans la rencontre des deux volontés, du créancier et du débiteur. La déclaration unilatérale de volonté du débiteur ne crée pas d'obligation en droit romain sauf trois exceptions : le vœu, votum ; l'offre à une cité,

pollicitatio ; et la promesse de récompense à qui retrouvera un esclave fugitif, indicium. L'offre, en général, ne lie pas celui qui l'a faite et peut être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée.

Le consentement doit être :
1°- sérieux

La volonté la plus intéressante est celle du débiteur. Quelles qualités doit-elle présenter pour le lier ?

1°- Elle doit être sérieuse ; elle ne doit pas avoir été donnée par plaisanterie ; les Romains avaient même discuté pour savoir si quand on a dit "spondeo" dans une pièce de théâtre on n'est pas obligé.

2°- véritable

2°- La volonté ne doit pas être simulée : il faut que l'acte passé corresponde bien à la volonté des parties. Ainsi, il arrive parfois qu'on déguise une donation, sous la forme d'une vente. La donation déguisée est nulle pour simulation.

3°- Exempt de vices.

3°- Le consentement doit être pur de tout vice, sincère, honnête. Les vices sont : l'erreur, le dol, la violence et parfois la lésion.

Les vices du consentement :
a) l'erreur.

A - L'erreur est la croyance non fondée à l'existence de tel ou tel élément de la convention. On a déjà rencontré (en 1ère année) l'erreur à propos de la bonne foi dans l'usucapion, car la bonne foi et l'erreur sont deux notions du même ordre : quand je me trompe, je suis de bonne foi.

L'erreur est parfois indifférente. D'autre fois, elle entraîne la nullité du contrat. En droit français, dans ces matières, la plupart du temps, la nullité est relative. En droit romain, la nullité est toujours absolue.

Les différents cas d'erreur toujours sanctionnés par la nullité absolue.

L'erreur peut porter sur différents points.

a) Erreur sur l'acte juridique lui-même, error in negotio : Une partie a cru passer une vente, l'autre une donation, l'acte est nul.

b) Erreur sur la personne, nullité également, je crois traiter avec Primus et je traite avec Secundus. Au contraire, l'erreur sur les qualités de la personne est indifférente.

c) Erreur sur l'objet, in corpore. Il faut distinguer.

1°- Erreur sur la quantité, nullité seulement si le créancier voulait une quantité plus élevée que celle à laquelle le débiteur s'était engagé (10 au lieu de 8). Au cas contraire, si le débiteur avait promis 10 alors que le créancier ne demandait que 8, il est tenu pour 8, car qui peut le plus peut le moins.

2°- Erreur sur les qualités de l'objet ; ce n'est une cause de nullité que dans les contrats

de bonne foi et encore à condition que l'erreur soit substantielle, porte sur la substance de l'objet. On croit l'objet en or, mais il est en cuivre. Pas de nullité si l'erreur porte sur une qualité accidentelle, secondaire : j'ai voulu de l'or fin, je n'obtiens que de l'or commun peu importe (Ulpien, D.18.1.11.1).

La nullité fonctionne de façon très simple. Quand le créancier réclame la dette, le débiteur lui oppose une fin de non recevoir. Il n'aura pas besoin d'exception, c'est une défense au fond qu'il fera valoir. S'il avait déjà exécuté, il peut en raison de l'enrichissement sans cause du créancier, répéter ce qu'il avait donné par la *condictio sine causa*.

b) le dol.

B - Le deuxième vice, c'est le dol. On sait comment les sanctions du dol amènent à la nullité du contrat, (v. plus haut) mais le dol ne vicie le contrat que s'il émane du co-contractant (a. 1116 C.Civ.) On s'assure contre le dol par la *clausula doli* (stipulation).

c) la violence

C. Pour le metus (renvoi aux sanctions du metus qui amènent à la nullité de l'acte) ; la violence vicie le contrat même si elle émane d'un tiers. (a. 1111 C.Civ.)

d) la lésion
dans quelques
cas.

D. Le quatrième vice, c'est la lésion. La lésion est le préjudice qui résulte pour le débiteur du fait qu'il a traité à des conditions désavantageuses au point de vue économique. Le mineur de 25 ans la fait valoir par la *restitutio in integrum ob aetatem*, amenant la rescision du contrat (*minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam laesus*).

Le majeur de 25 ans, en principe, ne peut invoquer la lésion dans le contrat, sauf deux cas en matière de vente (v. infra) et en matière de partage (v. Cours de 1ère année).

§ 2 - Capacité.

Pour que la convention soit valable, il faut que la volonté de devenir créancier ou de devenir débiteur émane d'une personne capable.

Prenons successivement les deux situations :

1° - Capacité de devenir créancier.

Personnes
pouvant de-
venir créan-
ciers.

On sait qu'en droit romain peuvent devenir créanciers *jure civili*, avec tous les effets que comportent ces deux mots, non seulement les personnes capables de droit et de fait, mais aussi les incapables de fait, les enfants en puissance, les pérégrins qui n'ont pas le *jus commercii* (dans les contrats de

Esclaves créanciers jure naturali.

droit des gens). Cependant l'infans et le furiosus ne peuvent pas devenir créanciers, faute de volonté.

Les esclaves peuvent le devenir jure naturali, au point de vue du droit naturel. La créance que les esclaves acquièrent pour eux-mêmes n'est pas sanctionnée par le droit civil ; elle produit des effets au point de vue du droit naturel (renvoi au Titre III).

Ajoutons deux règles particulières : 1°- L'adstipulator ou créancier adjoint à un stipulant principal acquiert en principe la créance pour lui-même, mais par exception, l'adstipulation de l'esclave ou d'une personne in mancipio est totalement nulle et celle faite par un fils de famille n'entraîne pas l'acquisition complète du droit pour son paterfamilias (Gaius III.114).

2°- En ce qui concerne l'action rei uxoriae, la fille mariée alieni juris a un droit propre à l'exercice de cette action. Le père l'exerce avec sa permission (adjuncta filiae persona) (V. Dot. en 1ère Année).

2°- Capacité pour être débiteur.

Pour devenir débiteur, il faut être capable de droit et de fait.

En principe, il faut être capable de droit et capable de fait. Donc ne peuvent devenir débiteurs :

- a) les incapables de fait,
- b) la filia familias, tout au moins jusqu'au Bas-Empire (Girard p. 497, n°1).
- c) les pérégrins qui n'ont pas le jus commercii sauf dans les contrats de droit des gens.

d) les esclaves peuvent devenir débiteurs jure naturali, c'est-à-dire que la dette n'est pas sanctionnée par une action civile, bien qu'elle ait une certaine existence et produise des conséquences juridiques (cf. Titre III).

Capacité du fils de famille.

e) le fils de famille n'a pas pu s'obliger dans le très ancien droit romain (Girard, p. 495, n° 1). Sans aller jusqu'à dire qu'il est assimilé à l'esclave, il est certain qu'il a alors une capacité très réduite. Au contraire, au cours de la République, il a pu s'obliger jure civili, comme un sui juris parce qu'on considère qu'il a une personnalité en quelque sorte comprimée par celle de son père. Les contrats qu'il passe comme débiteur pèsent donc sur lui et on pourra le poursuivre dès qu'il sera sui juris. Toutefois, s'il a contracté un emprunt, mutuum les Romains craignant que le fils de famille ne tombe dans les pièges des usuriers, déclarent nul son mutuum (S.C. Macédonien).

Capacité de la femme sui juris.

f) De même la femme sui juris, capable en principe de devenir débitrice, est déclarée incapable

Nullité absolue sanctionnant l'incapacité dans les contrats de droit strict.

d'intercéder pour autrui (S.C. Velléien).

Insistons sur la nullité. Rien d'intéressant du côté du créancier. Tout l'intérêt se porte du côté du débiteur. Un incapable a traité comme débiteur dans un contrat. Par exemple, un pupille a passé seul un contrat alors qu'il lui aurait fallu l'auctoritas du tuteur. La sanction sera la nullité de l'obligation. Comment fonctionne-t-elle ?

Commençons par les contrats unilatéraux. La nullité du contrat unilatéral, par exemple, la stipulation, est absolue. Tout intéressé peut s'en prévaloir. Il est impossible de la confirmer expressément ou tacitement, c'est-à-dire par l'exécution volontaire de l'acte nul. Même si le débiteur incapable s'est exécuté, cela ne l'empêche pas de faire valoir la nullité en revendiquant, par exemple, l'esclave qu'il avait livré à la suite d'une stipulation.

Caractère relatif de la nullité pour incapacité dans les contrats synallagmatiques pour les pupilles par application du principe de la simultanéité.

Dans les contrats synallagmatiques, la nullité pour incapacité est une nullité relative comme aujourd'hui (art. 1125 C.C.). L'incapable seul peut invoquer la nullité du contrat passé par lui, et cette nullité peut se couvrir par confirmation expresse ou tacite, ou disparaître parfois par une prescription assez courte.

Un pupille a contracté sans auctoritas tutoris une vente. Pendant longtemps, les Romains ont appliqué le principe reçu pour le contrat unilatéral. Ils décomposaient la vente en deux : elle était valable pour ce qui concernait l'engagement du tiers, et nulle pour ce qui concernait l'engagement de l'incapable. D'où une injustice flagrante : le pupille vendeur pouvait réclamer le prix à l'acheteur qui, de son côté, ne pouvait pas lui réclamer la chose. Les Romains sont arrivés à corriger cette solution grâce au principe de la simultanéité de l'opération synallagmatique, suivant lequel dans les contrats synallagmatiques les obligations respectives des parties sont liées entre elles. Ce principe, une fois admis, la nullité allait devenir relative (Paul D.18.5.7.4) en ce qu'elle ne pouvait plus être invoquée que par le pupille. En effet, si le pupille a exécuté, il ne peut pas répéter la chose, il ne peut que forcer l'acheteur au paiement du prix. L'exécution est une confirmation tacite, une renonciation par le pupille à sa nullité. S'il n'a pas encore exécuté, l'acheteur peut le poursuivre. Il dépendra du pupille de s'exécuter ou de ne pas s'exécuter. S'il s'exécute, il confirme l'acte et fait disparaître la nullité. S'il refuse de s'exécuter, il fait par son refus valoir la nullité. Donc, lui seul peut s'en prévaloir ; le tiers ne le peut pas. Ce sont là les caractères de la nulli-

et pour le mineur de 25 ans par application de la restitutio in integrum.

té relative du droit français.

D'autre part, on est arrivé au même système de la nullité relative à propos du mineur de 25 ans. En effet, quand il pouvait démontrer qu'il avait été lésé, il obtenait la restitutio in integrum, dont les règles ont servi de modèle à nos anciens auteurs. Seul le mineur pouvait la demander ; le tiers ne pouvait solliciter la rescision du contrat, cela est déjà une preuve du caractère relatif de la nullité. La restitutio in integrum n'était accordée que pendant une année utile, 4 années continues, sous Justinien, après la majorité de l'ex-mineur : cette courte prescription est aussi un trait des nullités relatives (Cf. art. 1304 - 10 ans).

§ 3 - Les contrats passés par des tiers

ou la théorie de la représentation. (1)

entre le droit moderne admettant la représentation par faite et le Droit romain admettant celui de la non représentation.

Une personne même capable peut être empêchée par les circonstances de passer un acte juridique, si elle est absente ou malade. Ou bien une personne est incapable de passer les actes juridiques, parce que le droit la frappe d'une incapacité de fait (pupille, furiosus, prodigue). Dans ces hypothèses, celui qui ne peut agir lui-même peut se faire représenter par autrui (2). C'est le cas du paterfamilias capable, qui donne à quelqu'un mandat (pouvoir ou représentation) de faire un acte pour son compte. C'est le cas du pupille pour le compte de qui l'acte sera passé par son représentant légal, le tuteur, negotiorum gestor. Dans tous ces cas, la question est de savoir quels seront les effets de l'acte passé par autrui.

Aujourd'hui, nous suivons le principe de la représentation parfaite produisant deux effets : 1° - les actes passés par le représentant produisent toutes leurs conséquences dans la personne de l'intéressé, mandant, mineur. Peu importe qu'il s'agisse d'actes créateurs de droits réels ou d'obligations. Tout se passe comme si l'acte avait été accompli par l'intéressé.

(1) R. Popesco-Ramnicoano, thèse Paris 1927, p. 27 et s.

(2) La distinction de la représentation et de la stipulation pour autrui est faite plus loin, § 4 (stipulation pour autrui).

2° - Le représentant n'est nullement engagé. Le tuteur n'a aucune responsabilité vis-à-vis des tiers. De même, le mandataire. Le représentant est un simple intermédiaire. Le seul responsable vis-à-vis des tiers est le représenté. Tout se passant comme s'il avait agi lui-même, la personne du représentant s'efface.

En un mot, la représentation parfaite met au premier plan celui pour qui l'acte a été fait.

En droit romain, c'est le principe contraire qui a dominé même sous Justinien encore, le principe de la non représentation. Des effets opposés s'y présentent :

Conséquences
et inconvé-
nients du prin-
cipe de non-
représentation.

1° - Les actes passés par un tiers produisent leurs conséquences actives ou passives chez ce tiers, tuteur, mandataire.

2° - A l'inverse les conséquences des actes ne se produisent pas chez l'intéressé.

Pour que les conséquences arrivent jusqu'à l'intéressé, il faudra donc que les droits réels ou les obligations acquis par le tiers soient transférés sur la tête de l'intéressé. Le transfert s'opère, soit par un règlement de comptes amiable, soit par l'effet d'une action donnée contre celui qui a passé l'acte : au pupille contre son tuteur, action tutelae directa; au mandant contre le mandataire, action mandati directa.

Le principe de non représentation est l'application du principe plus général (dégagé par Ihering) de la simplicité des actes juridiques. Les Romains primitifs n'admettaient pas la représentation, parce qu'ayant des idées très simples, ils ne connaissaient que celui qui parle à l'acte. Les effets du contrat doivent se fixer sur la personne de celui qui parle au contrat, c'est-à-dire sur le tuteur, ou sur le mandataire. C'est également une conséquence du formalisme ou mieux du caractère personnel de l'obligation.

Ce principe de non représentation avait des inconvénients. Si l'administrateur tombe en faillite, les droits de l'intéressé se trouvent compromis. D'autre part, il faut faire passer les droits et charges de la tête d'autrui sur celle de l'intéressé, cela entraîne des complications.

Atténuations
apportées
au principe.

Mais à Rome les juriconsultes et les préteurs très pratiques savaient voir les inconvénients des choses et cherchaient à y remédier. Le système de non représentation était dangereux et compliqué; les Romains sont donc arrivés, non pas d'une manière générale au principe de la représentation dans tous les cas, mais à faire des brèches au principe de non représentation. Ils découvrirent, dans certains cas, la représentation parfaite, et d'autre part, le plus souvent, une représentation imparfaite ou iure praetorio.

Les Romains, ici comme ailleurs, ont obéi inconsciemment à trois lois d'évolution frappantes que Monsieur Collinet a dégagées: 1° - c'est dans le domaine de la famille prise au sens large, que l'évolution se présente d'abord avant de pénétrer dans les rapports entre personae extraneae, ne faisant pas partie de la même famille; 2° - c'est dans le domaine de l'Administration générale, dans les relations des administrateurs généraux avec les intéressés que l'évolution se manifesta d'abord (tuteurs, curateurs, représentants des cités, intendants), avant de s'étendre aux rapports des administrateurs particuliers (mandants) avec leurs commettants. 3° - A l'égard des administrateurs particuliers, c'est sur le terrain commercial d'abord que l'évolution se manifesta, avant de pénétrer sur le terrain civil.

Nous allons vérifier ces lois en étudiant d'abord les contrats passés par les alieni juris, puis les contrats passés par les extraneae personae.

A. Contrats passés par un alieni juris.

A - Contrats passés par les alieni juris.

On sait que les esclaves et les enfants de famille servaient au chef, au père, d'intermédiaires et les tiers. Ils travaillaient au profit du pater, passaient des actes juridiques dans l'intérêt du maître. Mais les actes accomplis par les alieni juris ne produisaient leur résultat à l'égard du chef que s'il étaient des actes d'acquisition rendant la condition du chef meilleure. L'alieni juris fera donc acquérir son chef le rôle de créancier, puisqu'avoir une créance, c'est avoir une chose (incorporelle) c'est avoir par conséquent augmenté son patrimoine. Ainsi le maître se servira des alieni juris comme instruments d'acquisition des créances aussi bien que de la propriété.

Les alieni juris peuvent rendre le maître créancier mais ne peuvent le rendre débiteur par leurs contrats.

En revanche, on sait que les alieni juris ne peuvent pas, par leurs actes, rendre la condition de leur chef, pire. Ils ne peuvent pas faire d'aliénation ils ne peuvent pas le grever d'une dette, parce que dette, debitum, c'est une perte pour le patrimoine (debere = de-habere).

Un alieni juris ne peut donc jouer le rôle de débiteur au nom du pater dans un contrat. Dans les contrats unilatéraux, un alieni juris peut jouer le rôle de stipulant, il ne peut se porter promettant.

Impossibilité de maintenir cette règle par suite de l'introduction des contrats synallagmatiques.

Quand les contrats synallagmatiques se sont introduits, il était impossible de conserver entiers les principes, parce que dans ces contrats, chaque partie est à la fois créancier et débiteur. Une réforme d'origine prétorienne a été imposée par les nécessités pratiques sous l'influence du développement du commerce. Elle s'est opérée par la théorie des actions adiecticiae qualitatis. Le tiers devenu créancier par con-

Les actions
adjecticiae
qualitatis.

Les deux grou-
pes d'actions
adjecticiae
qualitatis.

Caractère
imparfait de
la représenta-
tion qui en
résulte.

Contrats
passés par
une extranea
persona.

- Dans le
mutuum repré-
sentation par
ap-
plication de
la théorie de
l'acquisition
de la posses-
sion.

trat de l'alieni juris pourra poursuivre le maître ou le père par répercussion. Cette répercussion sera indiquée dans la formule en des termes exprimant la qualité en vertu de laquelle on agit contre ce pater. C'est parce que Primus, alieni juris, était l'institutor du pater, avait été mis par lui à la tête d'une taberna que ce pater est obligé par l'acte de cet institutor. Les formules appropriées composées par le préteur, comportent une qualité adjointe, adjecta qualitas, d'où le nom actiones adjecticiae qualitatis donné à ces formules (dites à transposition) (1ère année).

Elles se classent en deux groupes. Dans le premier, la condamnation du père est intégrale, in solidum comme elle le serait contre un débiteur quelconque: A. quod Jussu (ordre, invitation du pater au subordonné); actio exercitoria pour le commerce maritime; actio institutoria, pour le commerce de terre. Le 2ème groupe comprend les actions où la condamnation est limitée: actio de peculio et de in rem verso, limitée au pécule ou à l'enrichissement procuré au père par les actes du subordonné, actio tributaria, en cas de faillite.

Grâce à ces actions, la représentation existe, mais imparfaite, parce que les subordonnés eux-mêmes restent tenus, les esclaves naturellement et les enfants de famille, civiliter. D'autre part, la représentation est imparfaite, en ce sens qu'il faut des formules spéciales, prétoriennes, utiles, contre le chef. Voilà comment, dans le cas où l'acte est passé par l'alieni juris la représentation est imparfaite, prétorienne, au point de vue passif, tandis qu'au point de vue actif, la représentation est parfaite, ou même plus simplement est le prolongement de la personnalité du chef de famille.

B - Contrats passés par une extranea persona.

La personne qui fait l'acte n'est plus un subordonné d'autrui; c'est un homme indépendant de lui; c'est un sui juris, par exemple un mandataire. Au point de départ, la non représentation est toujours de principe, mais voici les échecs que le principe a subis.

Il faut distinguer en droit romain le cas où le contrat est un mutuum et les autres cas.

1° - Le mutuum. - C'est un contrat qui se réalise par la remise de la chose prêtée, argent, denrées, et que l'emprunteur a le droit d'employer, à charge de rendre au prêteur une somme ou des quantités équivalentes. Le mutuum se réalise par la remise de la chose: c'est un contrat réel. Ce caractère de contrat réel explique que la représentation a pu y être parfaite (1)

(1) C. Gérardin, Nouv. Rev. Hist. de Droit, 1900, p. 26 et s.

Pour une raison quelconque, je suis empêché de prêter telle somme à mon ami: je charge Primus, mon mandataire, mon procurator, de lui remettre cette somme. L'effet de cet acte est de me faire acquérir la créance, à moi mandant. La représentation est parfaite (Paul D.45,1,126.2).

Hypothèse inverse: Je veux emprunter de l'argent mais je ne puis pas le recevoir moi-même. Je charge Primus de le recevoir à ma place et en mon nom. Je deviens débiteur, moi mandant. Donc représentation parfaite aussi du côté passif.

Pourquoi cette représentation parfaite ? parce que le mutuum est un contrat re et qu'on lui applique la théorie de la possession. Or, on peut devenir acquéreur de la possession par autrui; on peut aliéner la possession par autrui. La tradition peut être faite ou reçue par autrui. Le mutuum portant sur des choses de genre est une application de la tradition. Il en est de même du paiement de l'indu sanctionné par la *condictio indebiti*, acquise au mandant pour qui le mandataire avait versé des deniers non dus.

2° - Autres contrats.

2° - Dans tous les contrats autres que le mutuum il faut distinguer deux hypothèses: suivant que le mandataire joue le rôle de créancier ou de débiteur.

1° - le mandataire joue le rôle de créancier; pas de représentation même imparfaite.

1ère Hypothèse.- Voici une vente dans laquelle on donne mandat à Primus de vendre pour mon compte à Secundus, c'est Primus, mandataire, qui devient créancier du prix, et cependant c'est moi qui ai fourni la chose. Tel était le principe.

Pendant longtemps, on a cru que les Romains étaient arrivés dès l'époque classique à admettre la représentation sous forme imparfaite prétorienne, du côté actif: que moi, mandant, j'acquerrais la créance contre l'acheteur à titre prétorien sous les espèces d'une formule utile. Aujourd'hui on est moins absolu. Constatant, en effet, que le principe de la non représentation est encore formulé au Code (IV,27.1), les auteurs modernes déclarent qu'à l'époque classique, il n'existe que deux cas où la créance parviendra au mandant contre le tiers. Le texte d'Ulpien (D.19,1,125) rédigé en termes généraux est interpolé (Girard p. 717 n. 2).

Les deux cas où le mandant acquiert la créance titre utile contre le débiteur, sont: le 1er cas: bien qu'il n'y ait pas de texte, mais en vertu d'une idée juridique, quand le mandataire n'aurait plus d'intérêt à garder la créance contre le tiers en garantie de sa dette envers le mandant. Par exemple, il s'agissait d'une vente, le mandataire avait acheté pour moi une chose, à un tiers. Si le vendeur a été payé, il n'a

plus d'intérêt à ce que le mandataire garde l'action empti (pour éviction, par ex.); le mandant pourra l'intenter.

2ème cas: le même résultat se produira quand les intérêts du mandant se trouveraient compromis par la situation de fortune du mandataire. Celui-ci vergit ad inopiam, il est sur le point de faire faillite, il y a déjà un envoi en possession des créanciers. Si on laisse la créance née du mandat contre le tiers dans le patrimoine du mandataire, elle va être saisie par ses créanciers, au détriment du mandant. Le droit romain détache cette créance du patrimoine saisi et il l'accorde au mandant, de façon à ce qu'il puisse agir contre le tiers par une formule utile (Paul D.46,5,5).

2° - Le mandataire joue le rôle de débiteur.

2ème hypothèse. Cas où le mandataire est débiteur.

Les Romains sont arrivés ici à une représentation beaucoup plus complètement qu'en matière de créance.

Il faut distinguer suivant qu'il s'agit de mandataires commerciaux ou non commerciaux.

1° - Extension au cas de mandat commercial des actions institorie et exercitoire par le prêteur.

1° - Mandataires commerciaux. A raison des exigences du commerce, l'Edit du prêteur lui-même, à la fin de la République, a admis que le mandataire commercial représentait le mandat prétorienement. Le tiers créancier pourra agir contre le mandant par des actions utiles, lesquelles ne sont autres que l'actio exercitoria s'il s'agit d'un commerce maritime et l'actio institoria s'il s'agit d'un commerce de terre, deux des actions adjecticiae qualitatis. Ajoutons que l'action civile née du contrat persiste contre le mandataire. Le tiers a donc le choix entre cette action civile contre le mandataire et l'action prétorienne contre le mandant. (Gaius 4.71.Ulp. D. 14.1.1.7.)

2° - Extension au cas de mandat civil par Papinien de l'actio institoria (a. quasi institoria).

2° - Mandataires civils.

Le prêteur avait laissé de côté le cas moins important du mandat civil. La représentation fut pourtant étendue dans ce cas et par le même mécanisme, sous l'inspiration du grand jurisconsulte Papinien au début du III^e siècle. Papinien étant probablement lui-même influencé par la pratique hellénistique (1), a permis au mandant une action utile calquée sur celle de l'Edit, actio quasi institoria, à l'exemple de l'actio institoria, ad exemplum institoriae (D. 14.3.19.Pr.; Ulp D. 19.1.13.25).

(1) Il était en effet originaire de Syrie, peut-être de Hémèse (Homs), c'est-à-dire d'une région encore imbuë de pratiques grecques; certaines idées de réformes de Papinien ne peuvent s'expliquer que par l'influence grecque (Cf. Collinet Etudes I).

Pour le mandataire du débiteur ce dernier texte est pur, malgré les hypercritiques; en ce qui concerne le mandataire du créancier, il est interpolé).

CONCLUSION.- La représentation, même sous Justinien, n'a donc pas été parfaite dans tous les cas. Le plus souvent, elle est imparfaite et n'a lieu que *Jure praetorio*, à l'aide d'actions utiles. Mais, les actions prétorienes et les actions civiles ont fini par s'équipoller. Leur différence était une question de formules et après la disparition des formules une simple question de noms.

§ 4 - L'objet.

Conditions
auxquelles
doit répondre
l'objet.

L'objet de l'obligation, c'est le debitum, le contenu de l'obligation. A quelles conditions doit répondre l'objet promis par contrat ? Quelles qualités doit-il posséder pour être valable ? Les conditions du Droit Romain sont exigées en droit civil encore aujourd'hui.

1°- Etre déterminé.

1°- L'objet doit être déterminé, ou tout au moins déterminable. (a. 1129)

2°- Exister
au moins en
puissance.

2°- L'objet doit exister, tout au moins doit pouvoir exister. On peut promettre la récolte future d'un champ quoique sa valeur soit encore en puissance, ainsi que le coup de filet d'un pêcheur (art. 1130, al.1). Mais le caractère du contrat diffère suivant que le contrat a un objet présent ou un objet futur et par conséquent incertain. De là la classification bien connue des contrats commutatifs et des contrats aléatoires.

3°- Etre possible
naturellement et
juridiquement.

3°- L'objet doit être possible : d'abord naturellement, on ne peut pas promettre un monstre parce qu'il n'existe pas dans la nature ; puis, juridiquement, c'est-à-dire que l'objet doit être dans le commerce (a. 1128) ; on ne peut promettre l'objet dont le créancier est déjà propriétaire (ce qui du reste ne peut se concevoir que par suite d'une erreur).

4°- Etre conforme
aux lois
et aux mœurs.

4°- L'objet doit être licite et moral, c'est-à-dire conforme aux lois et aux mœurs. Le point le plus intéressant à cet égard c'est le cas du pacte sur succession future. Aujourd'hui (art. 1130 al. 2) Ces pactes, notamment la renonciation anticipée à une succession, sont interdits, même si le de cujus y consent. En droit romain aussi, ils étaient nuls sauf consentement du de cujus.

5°- Présenter
un intérêt
pour le créancier.

5°- L'objet doit présenter un intérêt pour le créancier. Pas d'intérêt, pas d'action. La question se pose de savoir si cet intérêt doit toujours être pécuniaire, ou si l'intérêt d'affection suffit. En principe, il faut que l'intérêt du créancier soit pécuniaire, car le Droit en général ne connaît que des valeurs pécuniaires, plus rarement de valeurs purement morales. Cependant, il est des cas où une personne agit uniquement par intérêt d'affection, est-ce que cet intérêt d'affection suffit pour que l'obligation soit valable ?

L'intérêt
doit-il être
pécuniaire ;
l'intérêt
d'affection
suffit-il ?

Voici une hypothèse de Papinien (D. 17,1,54. Pr). Une personne avait reçu d'un esclave le mandat

de l'acheter pour l'affranchir. La personne achète, en fait, cet esclave, mais le garde et ne l'affranchit point. Elle manque ainsi à sa promesse. Le vendeur, l'ancien maître de l'esclave, peut-il forcer l'acheteur à affranchir, en agissant contre lui par l'action *mandati directa* qui, du chef de l'esclave, lui a été acquise ? L'ancien maître agit uniquement dans un intérêt d'affection, car il n'a plus aucun rapport avec l'esclave qu'il a vendu et dont il a reçu le prix. Le jurisconsulte répond : "il a plu aux prudents que l'intérêt d'affection soit pris en considération dans les actions de bonne foi : *"placuit prudentioribus affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam"*. En conséquence, le texte accorde à l'ancien maître vendeur le droit d'agir *mandati* contre l'acheteur indélicat. On a prétendu que cette phrase était interpolée et on a soutenu que cette solution ne viendrait que de Justinien. Nous considérons, au contraire conformément à l'opinion traditionnelle, qu'elle remonte bien à Papinien qui a l'esprit plus ouvert que les autres jurisconsultes, parce qu'il s'était inspiré souvent des idées grecques plus larges que les romaines.

Stipulations
et promesses
pour autrui.

La question de l'intérêt pour le créancier ou le débiteur apparaît encore bien plus dans une question célèbre, celle des stipulations et des promesses pour autrui.

Nullité de
la stipulation
et de la promesse
pour autrui.

En principe, l'objet doit être stipulé au profit du créancier et par stipuler nous entendons non seulement le contrat de stipulation, mais tout contrat quelconque (vente, etc.). A l'inverse, l'objet du contrat doit être procuré par le débiteur lui-même être mis à la charge du promettant même ou, en termes généraux, du débiteur dans un contrat quelconque. L'objet ne doit pas être stipulé au profit d'un tiers. La promesse ne doit pas être à la charge d'autrui. Tel est le principe maintenu en droit français : la stipulation pour autrui et la promesse pour autrui sont nulles (a. 1119, C.C.). Cette solution est déjà indiquée par les Institutes de Just. de Inst. Stip. 3.19 3,4 et 19).

La stipulation pour autrui se formule ainsi : "Me promets-tu de donner 100 à Titius - Spondesne Titio C. dare ? (1) Spondeo, répond l'autre partie. (La stipulation ordinaire est faite en faveur du créancier qui y parle : "Spondesne mihi C. dare" ?) Réciproquement, la promesse pour autrui s'exprime ainsi : "Promets-tu que Titius me donnera 100 : Spondesne Ti

(1) Aussi parle-t-on ici de contrats en faveur des tiers (V. le cours de Pandectes de M. Collinet, 1932-1933).

tium mihi C. dare ? Spondeo, répond l'autre partie. (Normalement, c'est le débiteur qui promet pour lui-même : "Spondesne mihi C. dare ? Spondeo ?")

Raisons de la nullité de la stipulation et de la promesse pour autrui en D.R.

La raison de l'invalidité de la stipulation ou de la promesse pour autrui se devine facilement. Ce fut d'abord la raison du formalisme, en vertu de quoi c'est celui qui figure au contrat qui doit être créancier ; le débiteur ne connaît pas d'autre créancier que celui qui prononce "Spondesne" et réciproquement le créancier ne connaît pas d'autre débiteur que celui qui prononce "spondeo". Les parties qui parlent doivent être les parties intéressées au contrat au point de vue actif comme au point de vue passif. Pour les actes non formalistes, on a donné d'autres motifs : le stipulant n'a pas voulu acquérir pour lui, il ne peut pas non plus faire acquérir à autrui : "tibi non vis nec illi potes". D'un côté, il y a non volonté et de l'autre impuissance.

On voit qu'il existe une analogie entre la théorie de la non représentation et celle de la nullité des stipulations et promesses pour autrui. Cependant, une différence les sépare. Dans la stipulation ou la promesse pour autrui tout est nul ; le stipulant ne fait pas acquérir la créance à autrui, mais il ne l'acquiert pas non plus pour lui-même, et réciproquement de la promesse. Dans la non représentation, l'intermédiaire n'acquiert pas la créance à autrui, mais il l'acquiert pour lui-même. La théorie de la non représentation et de la nullité de la stipulation pour autrui ne sont donc pas des théories qui se confondent. La preuve, c'est que, comme le remarque Girard (p. 478, n°1), le droit moderne admet la représentation, tout en déclarant nulles la stipulation et la promesse pour autrui.

Mais, comme tout principe, celui de la nullité a reçu des exceptions. On peut dire, de façon générale, que la stipulation et promesse pour autrui seront valables lorsque le stipulant ou le promettant ont un intérêt pécuniaire ou moral à l'exécution du contrat. Cette idée subsiste en droit français et constitue la base de l'exception à la nullité posée dans le très célèbre art. 1121 C.C. qui ne dit guère autre chose, mais dont la jurisprudence a tiré un grand parti.

Reprenons les deux situations et examinons les atteintes que le principe a subies.

1° - Stipulation pour autrui.

A - La stipulation pour autrui est nulle au regard du stipulant. Si quis alii stipuletur, nihil agit (Inst. 3,19,4). Si quelqu'un stipule pour autrui son acte est nul", le stipulant n'a pas d'action parce qu'il n'a pas d'intérêt.

Les atteintes portées à la nullité de la stipulation pour autrui au regard du stipulant sont indirectes :

1°- La stipulatio poenae.

1°- La stipulation de peine.- C'est une matière très pratique en droit romain. On fait deux stipulations : une stipulation pour autrui : "Spondesne Titio C. dare" qui est nulle. On y ajoute une deuxième stipulation : "si tu ne donnes pas les 100 à Titius, promets-tu envers moi 1.000 sesterces ? (Inst. H. T. 19). Si le débiteur accepte cette stipulation de peine il se voit menacé d'une véritable amende pour le cas où il n'exécuterait pas. Il aimera mieux payer 100 à Titius que de me donner 1000 ; on voit ici comment apparaît l'intérêt personnel du stipulant. S'il n'est pas intéressé dans la première stipulation, il l'est dans la stipulation de peine et voilà pourquoi cette stipulation est valable. Elle ne rend pas valable la première stipulation, mais elle la rend efficace en fait.

2°- Stipulatio mihi et Titio.

2°- Le même intérêt personnel du créancier apparaît dans la stipulation ainsi conçue : "promets-tu de me donner à moi ou à Titius : mihi aut Titio (Inst. H. T. 4). Titius est un tiers; pourtant la stipulation est valable parce que moi aussi j'ai un intérêt "mihi aut Titio". Titius est un "adjectus solutionis gratia" (et non un adstipulator, car il n'a pas stipulé); il est considéré comme une personne adjointe au stipulant en vue de recevoir le paiement. Titius ne pourrait pas poursuivre le débiteur, tandis que l'adstipulator pourrait le poursuivre. Il ne pourrait faire remise de la dette tandis que l'adstipulator le peut. L'adjectus solutionis gratia n'a qu'un devoir, mais il n'a aucun droit, tandis que l'adstipulator est un véritable créancier adjoint.

3° - Quand le stipulant a un intérêt personnel à l'exécution de l'obligation vis-à-vis du tiers.

3° - La stipulation joue "stipulatio committitur", est valable encore, Si le stipulant a un intérêt personnel à l'exécution vis-à-vis du tiers, par exemple si la stipulation doit garantir le stipulant contre un recours du tiers en faveur duquel elle a été faite. Voici l'exemple classique (Inst. H.T. 20): un pupille avait plusieurs tuteurs (hypothèse très fréquente à Rome, puisque tous les agnats du degré le plus proche devenaient tuteurs tous ensemble du pupille) (1). De ces cotuteurs, deux frères par exemple, l'un Primus a commencé à gérer la tutelle, puis il a cessé sa gestion que Secundus va continuer tout seul. Primus peut stipuler de Secundus la cautio rem pupilli salvam fore, que la chose du pupille sera sauvegardée. Cette stipulation est valable parce que Primus avait

(1) Voir A. Lecomte, thèse Paris 1927.

intérêt personnel à la bonne gestion de Secundus, attendu qu'il répondait solidairement avec lui de sa mauvaise gestion par l'actio tutelae directa. Cette solution est exprimée par Marcellus chez Ulpien D. 45,1, 38.20. Le jurisconsulte Ulpien donne d'autres hypothèses, comme celle du sous-locataire, du sous-entrepreneur de travaux D. H.T. 30, 20 à 23.

B- La stipulation pour autrui est nulle au regard du tiers bénéficiaire.

B - La stipulation pour autrui était nulle au regard du tiers bénéficiaire. Paul D. 44,7,11 (qu'on a également prétendue interpolée) : "On ne peut stipuler, acheter, vendre, contracter, de telle façon que le tiers acquière un droit propre à agir" - neque stipulari neque emere vendere contrahere ut alter suo nomine recte agat, possumus. Le tiers n'a pas d'action parce qu'il n'a pas été partie au contrat, et que c'est un principe que res inter alios actio aliis neque prodesse neque nocere potest.

Atteintes à ce principe pour faire acquiescer une action au tiers contre le promettant.

Ce principe de la nullité de la stipulation au regard du tiers bénéficiaire a subi des atteintes, beaucoup plus nombreuses que la nullité de stipulation au regard du stipulant, car le tiers est plus intéressant que le créancier. Les jurisconsultes romains avant la jurisprudence française ont donc fait effort pour que le tiers bénéficiaire pût toucher le bénéfice de la stipulation.

Les atteintes au principe de la nullité ont été directes :

1°- Atténuations de la nullité des stipulations post mortem.

1°- Stipulations post mortem. La stipulation faite "pour après la mort" de quelqu'un qui est nulle en principe est valable en droit classique dans la stipulation "pour moi et pour mon héritier" et dans la stipulation "cum moriar" (Gaius 3,100) (Voir l'intérêt de cette stipulation plus loin : Terme incertain). Justinien a validé la stipulation post mortem mecum (1) après ma mort pridie quam moriar et "heredi meo", pour mon héritier.

Moyen de rendre valables ces stipulations en faisant intervenir un adstipulator.

Pourtant, en droit classique, les Romains avaient trouvé un remède pour que la stipulation nulle fût valable ; ils faisaient intervenir un adstipulator (cf. Plus haut loi Aquilie, 2ème chef et aussi capacité), un stipulant adjoint. Ce stipulant adjoint agira valablement lors même que le créancier principal ne pourrait pas agir et il transmettra la somme touchée à l'héritier du stipulant, envers qui il serait tenu par l'a. mandati (Gaius 3.117). Les adstipulatores étaient des professionnels, des agents d'affaires. Cicéron dit même qu'ils avaient mauvaise réputation. L'adstipulatio a disparu du droit de Justinien.

(1) Sur Ulp. D. 45,1,45,2 (interpolé) V. Infra, terme incertain.)

2°- Fidéicom-
mis de dona-
tion.

2°- Fidéicommiss de donation. Primus fait donation à Secundus à charge par celui-ci de transmettre la chose à Tertius. D'habitude le fidéicommiss se fait dans un codicille. C'est un acte à cause de mort. Mais il y a également des fidéicommiss entre vifs. Les Romains ont admis à la fin de l'époque classique que Tertius, le fidéicommissaire, aurait contre Secundus, le fiduciaire, une action utile en exécution du fidéicommiss (Const. de Dioclétien et Maximien Fg^o Vat. 286 : C.8.54.3).

3°- promesse
de restitution
de la dot à
un tiers.

3ème cas - Il s'agit de la restitution de la dot qui n'a pas été stipulée, mais simplement promise par le mari à un tiers désigné par le constituant. Le tiers, à la dissolution du mariage, a une action utile contre le mari pour obtenir cette dot. Cette action utile ne date que de Justinien. Les textes classiques ont été interpolés (Paul, D. 24.3.45 (1) Dioclét. et Maxim. C.5.14.7).

4°- Le sous-
dépôt.

4ème cas.- Sous-dépôt. Des objets ont été déposés par Primus chez Secundus, qui les a déposés, à son tour, chez Tertius, en indiquant par un pacte qu'il désirait que les choses fussent remises à Primus. Celui-ci aura une action utile de dépôt propter aequitatis rationem, sur le fondement de l'équité, dit un texte de Dioclétien et Maximien (C. III. 48), qu'on a soupçonné d'être interpolé. La même solution se trouve aux sentences de Paul (III.12,8) (passage tiré de la Collatio Legum mosaicarum et romanarum, qui n'a pas été retouchée par les Visigoths).

2°- Promesses pour autrui.

"Promets-tu que Titius me donnera 100 : Spondesne Titium mihi C. dare" ?

Nullité de
la promesse
pour autrui.

En faisant cette stipulation, on veut obliger un tiers. Secundus promet pour un tiers étranger au contrat. C'est nul.

A - Nullité
au regard du
promettant.

A - La nullité existe d'abord au regard du promettant qui n'est pas obligé puisqu'il a promis le fait d'autrui. Cependant, deux atteintes directes.

Tempéraments
1°- promesse
de porte-fort,

1°- Pour rendre la promesse valable et engager Secundus, il suffira de modifier la formule : Primus demande : "Spondes te effecturum ut Titius mihi C. daret ? - Promets-tu que tu feras ton possible pour que Titius me donne 100 ? Ce n'est plus la même chose que tout à l'heure ; question de formule. Le débiteur est alors obligé personnellement, il doit faire tous ses efforts pour que Titius donne les 100. S'il ne les donne pas, Primus a une action contre le

(1) Cf. Apulée, Apologie, ch. 91-92-102 et Albertario Studi di d.r., t. I, 1933, p. 349 et s.

promettant parce qu'il a manqué à son engagement. C'est la clause de porte-fort : Secundus se porte-fort que Titius fera ceci. C'est une clause extrêmement pratique que prévoit l'art. 1120.

2°- Promissio poenae.

B - Nullité au regard du tiers.

2°- Promissio poenae. Il suffit d'adjoindre à la stipulation principale, une promesse de peine.

B - La nullité existait au regard du tiers qui n'était pas obligé par la réponse de Secundus.

Autrui, dans la promesse pour autrui, n'est pas tenu, car on ne peut pas être obligé contre sa volonté.

Atteintes directes à cette nullité.

1°- Promesse cum moriar.

2°- promesse post mortem meam, pridie quam moriar ; pro herede meo.

Cependant, les Romains ont admis deux atteintes directes.

1°- L'obligation sera valable à la charge de l'héritier quand on a fait une promesse cum moriar, celà dès l'époque classique.

2°- Justinien valide les promesses post mortem meam, pridie quam moriar, pro herede meo : pour après ma mort, pour la veille de la mort, pour mon héritier.

§ 5 - La cause.

Trois sens du mot cause.

1°- Motif d'un acte juridique.

Le mot cause est un mot amphibologique. Il a plusieurs sens et quand on parle de cause il n'est pas toujours facile de saisir à quoi on fait allusion. Cependant on peut distinguer trois sens.

1°- La cause, *causa*, désigne d'abord le motif d'un acte juridique, c'est-à-dire le but subjectif qui m'a poussé à faire l'acte, par exemple j'ai vendu mon cheval parce que j'avais besoin d'argent pour vivre. C'est bien un motif. Ce motif, en règle générale, est indifférent, on n'en tient pas compte, sauf peut-être dans la matière des donations.

2°- Cause efficiente = support, fondement juridique.

Ex: *Causa traditionis causa usucapionis*.

2°- Une autre acception du mot cause c'est ce que certains auteurs appellent la cause efficiente. Il s'agit de la raison juridique, qui fonde un fait juridique soit l'acquisition de propriété ou la naissance de l'obligation. Cette acception a surtout de l'importance dans l'étude de la cause en matière de tradition et d'usucapion. La *traditio* n'est translatrice de propriété qu'à condition d'avoir une *justa causa*, ce que M. Collinet appelle un "support" par exemple la *traditio* se fait en exécution d'une vente, cette vente est le support de la tradition, son fondement sa justification.

De même l'usucapion ne procure la propriété au bout d'un certain délai que si elle repose sur une *justa causa*, par exemple une vente faite dans certaines conditions. La vente est encore ici un acte de support, une raison juridique, un fondement juridique, une cause efficiente de l'usucapion.

Source en matière d'obligation.

C'est dans le même sens qu'on trouve l'expression en matière d'obligation. On connaît déjà les obligations qui naissent *ex variis causarum figuris*, c'est-à-dire de certains faits qui constituent un support à l'obligation, sa source : quasi-contrat, quasi-délit, loi.

La *causa civilis* des anciens romanistes.

Les anciens auteurs admettaient que tout contrat romain avait une cause en ce sens que l'obligation résultait d'une cause qu'ils appelaient la *causa civilis*, la cause reconnue par le droit civil. Bien que cette expression ne soit pas du tout romaine, et remonte aux glossateurs. *Causa civilis*, cela voulait dire la base du contrat, ce qui donne sa force au contrat. C'étaient les paroles dans la stipulation, l'écriture dans le contrat *litteris*, la res dans les contrats réels, le consensus dans les con-

3°- Cause finale = but
objectif toujours le même dans un même contrat.

trats consensuels. Cette notion superflue a disparu de l'enseignement moderne.

3°- La cause finale désigne également un but, mais qui n'est pas subjectif, qui est au contraire objectif, qui ne varie pas avec chaque individu et qui est toujours le même dans tous les contrats du même genre (par exemple la vente), quel que soit le motif personnel de chaque débiteur. La cause finale peut donc se définir "le but qui est poursuivi par le débiteur en s'engageant, le but en vue duquel l'engagement est contracté" - C'est de cette cause seule que nous allons nous occuper. Elle a été très bien étudiée par M. Capitant (La cause dans les obligations 3ème éd. 1927. C.R. de M. Paul Fournier N.R.H.D. 1923 p. 661 et suiv.).

Les trois buts objectifs possibles d'un engagement pris dans un contrat:
1°- Credendi causa.

A cet égard, en droit romain comme aujourd'hui il est impossible de concevoir plus de trois buts objectifs à un engagement pris dans un contrat.

1° But : credendi causa = je m'oblige parce que je compte recevoir un avantage - En droit romain l'engagement credendi causa n'existe qu'en matière de prêt (credere veut dire "prêter"). Pourquoi suis-je obligé à rendre la somme prêtée ? Parce que le prêteur me la transmet. Aujourd'hui, en droit moderne l'expression s'applique plus largement on le verra.

2°- Donandi causa.

2°- But : donandi causa = au lieu de vous donner par dation, je m'oblige à vous verser une somme, j'agis alors dans une intention libérale, pour vous faire un cadeau, sans espoir d'équivalent. La donation est le type des contrats gratuits.

3°- Solvendi causa.

3ème but : solvendi causa, pour éteindre une obligation préexistante. La façon la plus simple d'éteindre une obligation, c'est de payer. Mais il peut arriver qu'au lieu de vous verser la somme due je vous fasse une nouvelle promesse, par exemple je "reporte" ma promesse. La nouvelle promesse a été faite pour éteindre la première : le débiteur est obligé solvendi causa.

La notion de cause en droit moderne.

En droit civil moderne, l'obligation ne vaut que si elle a une cause et si cette cause n'est ni fautive, ni illicite. Ainsi s'expriment deux articles fondamentaux du C.C. a. II31 et II33.

Quand le C.C. dit : l'obligation n'est valable que si elle a une cause, il entend par cause la cause finale, le but juridique (I).

(I) En droit moderne, se pose une question préalable, la notion de cause est-elle une notion nécessaire, une notion indépendante ? L'affirmative est soutenue par les auteurs traditionalistes, les causalistes (M. Capitant etc.) La négative par les anti-causalistes (Planiol-Ripert).

La cause dans les obligations synallagmatiques.

La cause en droit français, apparaît nettement dans les obligations synallagmatiques. Dans une vente, le but juridique, en vue duquel l'acheteur s'oblige à payer le prix, est qu'il compte recevoir du vendeur la chose. Conséquence : l'obligation du vendeur est la cause de celle de l'acheteur. Réciproquement, le vendeur s'oblige à livrer la chose parce qu'il attend de l'acheteur le paiement du prix : l'obligation de l'acheteur est la cause de celle du vendeur.

Dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de l'une des parties est la cause de l'obligation de l'autre.

La cause dans le prêt.

Dans le contrat unilatéral de prêt pourquoi l'emprunteur est-il obligé de rendre la somme de 100 Parce qu'il l'a reçue. L'obligation de l'emprunteur a pour cause la remise de la chose prêtée par le prêteur.

Tel est le système des causalistes en droit moderne, en laissant de côté les difficultés spéciales pour la donation.

En droit romain, certains auteurs encore aujourd'hui, enseignent que la notion est la même. Ils disent qu'en droit romain dans les contrats synallagmatiques l'obligation de l'un était la cause de l'obligation de l'autre.

Ce n'est pas exact, parce qu'il suffit de lire les textes pour se convaincre que les Romains n'ont jamais connu la cause finale avec la même ampleur que le droit moderne. En particulier, ils n'ont jamais dégage l'idée de cause finale en matière de contrat synallagmatique.

Pas de théorie de la cause finale en droit romain dans les contrats synallagmatiques.

Origine de cette théorie en droit moderne dans un texte d'Ulpien sur la causa dans les contrats innomés.

La doctrine moderne dans les contrats synallagmatiques est due au jurisconsulte Domat, au début du XVII^e siècle, qui l'a tirée du droit romain bien que celui-ci n'eût pas du tout cette conception. Le texte qui a servi de fondement à la théorie de Domat est un texte très célèbre qui se réfère aux contrats innomés, opérations synallagmatiques dans lesquelles l'obligation de Secundus naît dès que Primus aura exécuté la sienne. Exemple : l'échange, l'opération dont des . Je te livre mon cheval à condition que tu me livres ton boeuf. L'obligation de livrer le boeuf existe à la charge de Secundus quand j'aurai livré mon cheval (Dans la vente, qui se forme consensus, l'obligation de Secundus naît aussitôt que l'on est d'accord sur la chose et sur le prix, avant que Primus ait exécuté).

"Si subsit causa". Sens du mot causa dans les contrats

Ce texte célèbre est d'Ulpien au Digeste 2, 14, de pactis 7, 2, qui dit : il y aura obligation "synallagma", si l'opération n'a pas de nom "si subsit ta-

innomés - causa res et non pas but final. man causa". La source de l'obligation c'est donc la causa.

Mais faut-il voir dans cette causa, le but final ? Domat le croyait. Les romanistes modernes ne le pensent plus. Dans ce texte Ulpien ne visait pas du tout la cause finale, il visait l'objet de la prestation du premier contractant. Il voulait dire : "S'il y a exécution par le premier de son obligation, le second est tenu" pas autre chose, et c'est du reste la vérité que le contrat innomé ne se forme pas sans l'exécution par l'une des deux parties. Les modernes voient donc dans la causa du texte, non le but final mais la cause efficiente, l'exécution de la promesse par Primus, la res. En effet, la synonymie des deux termes causa et res est parfaite; Si Primus a exécuté son obligation en livrant le cheval et que Secundus n'a pas livré en retour le boeuf, Primus peut ou bien exiger qu'il lui livre le boeuf (c'est l'objet de l'action praescriptis verbis) ou bien répéter, c'est-à-dire réclamer à Secundus la restitution du cheval. Cette répétition se demande par une condictio appelée tantôt ob rem dati (condictio de ce qui a été donné (livré) pour une chose, qui n'a pas été donnée), tantôt ob causam datorum, condictio pour les choses données en vue d'une cause ou d'une chose non livrée. Cette condictio s'appelle encore condictio causa data causa non secuta (une chose ayant été donnée et une chose en retour n'ayant pas suivi) qui a pour synonyme condictio re data re non secuta. La synonymie de causa et de res est donc évidente; or, res veut dire valeur.

En conséquence dans les contrats innomés il n'est pas question le moins du monde de cause, au sens de but juridique.

Caractère abstrait de la stipulatio et du contrat lit-teris.

En droit romain; la cause finale, la seule dont nous nous occupions, n'avait d'intérêt qu'en matière de contrat formaliste. Elle est liée à la stipulation ou autres actes formalistes faits en vue d'un prêt, credendi causa.

Leur validité est indépendante de l'existence d'une cause, le débiteur est tenu par la seule prononciation des paroles ou la formalité de

Voici comment, supposons une stipulation faite credendi causa, à titre de prêt; 1^{us} avait fait promettre à 2^{us} de lui rendre telle somme d'argent parce qu'il allait la remettre à 2^{us} à titre de prêt. Mais en fait le stipulant ne lui a pas remis cette somme (I). Le promettant est tout de même obligé de rendre une somme qu'il n'a pas reçue (On fera la même constatation si le débiteur s'est engagé par un contrat littéral). Ces individus sont obligés à rendre

(I) Cas pratique : l'usurier fait promettre une somme plus forte que celle qu'il a versée.

l'écriture même si la stipulatio ou le contrat litteris est vicié par dol ou violence ou si la cause est illicite ou immorale.

Même principe pour le billet ou chirographum.

ce qu'ils n'ont pas reçu, parce que la stipulation est un contrat formaliste qui oblige uniquement par la force des paroles comme le contrat litteris oblige par la force de l'écrit. C'est ce que dit formellement Gaius 4,46, A : "Si j'ai stipulé de vous une certaine somme, comme vous l'ayant comptée en vue de devenir votre créancier (credendi causa, à titre de prêt) et que je ne vous l'ai pas en réalité versée vous êtes néanmoins tenu de me la restituer parce que vous êtes obligé en vertu de la stipulation, c'est-à-dire parce que vous avez prononcé les paroles de la stipulation". Ce texte est formel : l'obligation naît verbis peu importe qu'il y ait remise d'une chose ou non, res ou non, celui qui a répondu spondeo est tenu.

A la stipulation est assimilé le billet souscrit par le débiteur, chirographum. Ce billet était en principe un mode de preuve. Mais sous l'influence du droit hellénistique, le billet est devenu un titre obligatoire, au moins depuis le III^e siècle après J.C. le souscripteur d'un billet se reconnaît tenu à restituer 100 qui lui ont été prêtés; il est obligé, alors même que les 100 ne lui ont pas été versés. Il est tenu litteris.

Dans ces actes de caractère formaliste, la cause ne comptait pas parce que la forme crée l'engagement par soi-même, indépendamment de toute autre condition : forme et cause sont deux notions qui s'excluent l'une l'autre. Tous les actes formalistes sont-ils viciés par dol ou violence ? On dit aujourd'hui, des actes abstraits, c'est-à-dire des actes abstraits d'une cause par opposition aux actes non formalistes qui sont des actes concrets. Cette notion d'acte abstrait a reparu de nos jours sous l'influence de la doctrine allemande. En France elle a du mal à s'introduire, malgré les avantages qu'elle présente au point de vue de la preuve (Cf. Duez, thèse Lille 1914: de la renaissance de l'acte abstrait).

Constatons aussi que les actes abstraits, valables sans cause, le sont pareillement si la cause est illicite, immorale, ou s'ils sont faits sous l'empire du dol, ou de la violence.

Réaction contre cette solution contraire à l'équité.

Le prêteur donne au débiteur actionnée en restitution d'une somme qu'il

Cependant on a vu qu'une réaction s'était produite contre l'idée que la stipulation vaut même si elle a été viciée par dol ou violence. De même si la stipulation est sans cause; la solution du droit ancien a paru à un certain moment peu équitable, car en équité l'emprunteur ne peut être tenu à restituer que s'il a reçu la somme promise.

C'est le prêteur qui, le premier, a aperçu cette iniquité de la solution du droit civil. Il est

n'a pas reçue,
l'exception
de dol.

nu au secours du débiteur en lui permettant d'opposer l'exception de dol à la réclamation du stipulant. Gaius 4, II 6, A ajoute : "Mais parce qu'il est inique que vous soyez condamné à ce titre (au titre de prêt) il est reçu (en jurisprudence) que vous pouvez vous défendre par l'exception de dol". Le créancier agissant en vertu de la stipulation ou du contrat litteris ou en s'appuyant sur le chirographum, intente l'action certae creditae pecuniae. Il se heurtera à l'exception de dol, grâce à laquelle le pseudo-débiteur est absous et lui le pseudo-créancier débouté.

Pénétration
de l'idée de
cause dans la
stipulatio
sous l'influen-
ce de la doc-
trine : la con-
dictio libe-
rationis.

Pourtant, en autorisant le défendeur à opposer l'exception de dol, le prêteur n'avait pas encore introduit la notion de cause dans les contrats formalistes. C'est la doctrine comme toujours, la jurisprudentia, qui a opéré ce progrès de la façon que voici = l'emprunteur qui n'a rien reçu n'était pas obligé d'attendre d'être attaqué par le créancier. Il pouvait prendre les devants pour sortir de la situation fautive où il se trouvait. Les prudents lui accordent contre le pseudo-créancier une condictio, soit pour réclamer sa libération, pour forcer le créancier à éteindre l'obligation qui était à sa charge (condictio liberationis qui est une condictio incerti), soit pour réclamer la restitution de son chirographum (condictio cautionis). Dans ce dernier cas une fois qu'il aura obtenu la restitution du billet, le créancier n'aura plus de titre contre lui. Ce sont-là deux applications de la condictio sine causa, de la théorie de l'enrichissement sans cause. (V. les quasi-contrats). Le motif allégué par le pseudo-débiteur demandeur, c'est qu'il n'a pas reçu le prêt, c'est-à-dire que sa promesse est sans cause, puisqu'en équité on ne peut pas restituer une chose qu'on n'a pas reçue. Cette condictio était de même nature que celle donnée dans le cas de dation sans cause.

Condictio ob
turpem vel
injustam cau-
sam en cas
de stipulatio
ayant une cau-
se illicite
ou immorale.

De même la stipulation pouvait avoir été contractée pour cause illicite ou immorale. Ici causæ veut dire plutôt motif. Longtemps cette stipulation illicite ou immorale fut valable cependant; le juge n'avait pas à rechercher l'intention des parties, mais à voir si les paroles avaient été prononcées. Le débiteur ayant répondu "spondeo" est tenu, même pour une cause illicite et immorale. La doctrine a changé encore cette solution en accordant au débiteur la possibilité de faire tomber la stipulation, de se dégager, en intentant contre le créancier la condictio ob turpem vel injustam causam, la condictio qui ré-

sulte du fait d'une cause honteuse ou illicite (Cf. Macqueron, thèse, (Paris 1924).

Conditions de
recevabilité
de cette condic-
tio.

Cette *condictio* d'ailleurs n'est pas toujours recevable. Elle l'est si la cause est illicite seulement du côté du créancier et pas du côté du débiteur. Au contraire elle n'est pas possible si la cause était illicite des deux côtés, du côté du débiteur comme de celui du créancier : ex : une personne s'est fait promettre une somme d'argent pour commettre un délit. C'est ce qu'on exprime par un adage qui n'est pas romain, mais qui remonte au moyen âge = personne n'est reçu en justice quand il allègue sa propre turpitude : "*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*". On peut bien agir pour faire réprimer la turpitude d'autrui, mais non pas quand on est soi-même turpis.

Ainsi dès l'époque classique, la notion de cause s'est introduite dans les actes formels.

Nouveau pro-
grès de la
théorie de la
cause dans la
stipulatio:
la querela non
numeratae pec-
uniae aboutis-
sant à un ren-
versement de
la preuve en
faveur du dé-
biteur à qui
le créancier
réclame en ver-
tu d'un billet
une somme que
le débiteur
prétend n'avoir
pas reçue.

La théorie de la cause dans la stipulatio devait faire un nouveau progrès grâce à la création d'une théorie assez obscure qu'on appelle la théorie de la querela non numeratae pecuniae, sous l'influence de laquelle l'exception de dol classique s'appellera sous Justinien exception non numeratae pecuniae, dans l'ancienne France "exception de pecune non nombrée". Il s'agit toujours du même cas : la querela ou plainte est accordée pour de l'argent qui n'a pas été compté. Qu'est-ce exactement que cette querela ? Les auteurs ne sont pas du tout d'accord. Pour les uns, le terme querela couvre deux moyens, l'exception et la *condictio* déjà vues précédemment. Pour d'autres l'expression recouvre trois moyens ; l'exceptio, la *condictio* et un moyen particulier, la contestatio ou sommation extra judiciaire faite à l'adversaire. S'ils discutent sur le nombre des moyens rentrant dans la querela, les auteurs discutent encore bien plus sur son origine. L'opinion qui tend à prévaloir et qui paraît la plus exacte la fait sortir de la jurisprudence des gouverneurs de province. Enfin un troisième point ne fait pas de doute chez les auteurs : c'est l'effet de cette querela, qui serait d'opérer le renversement de la preuve.

Deux principes romains et modernes dominent la matière de la preuve : 1° - *actori incumbit probatio*. Donc quand notre faux emprunteur intente la *condictio* il doit prouver qu'il n'a pas reçu d'argent. - 2° - *in excipiendo fit actor*, le défendeur en opposant l'exception devient demandeur. Conséquence : il doit prouver le bien fondé de son exception ; c'est-à-dire encore qu'il n'a pas reçu.

Du double principe, il résulte que le pseudo

débiteur, soit qu'il intente la *condictio*, soit qu'il oppose l'exception, doit faire la preuve. Or, dit-on, il est impossible au débiteur de faire la preuve qu'il n'a pas reçu l'argent, parce qu'une preuve négative est impossible rationnellement (*naturali ratione*), comme le constatent Dioclétien et Maximien au Code IV, 30, 10. En conséquence les auteurs admettent d'après ce texte, que la querela aurait été créée pour amener le renversement de la preuve en forçant le pseudo-prêteur à prouver qu'il a réellement versé les deniers. Cette preuve d'un fait positif n'a rien de difficile (Témoins).

La querela avait d'abord duré un an, puis à partir de Dioclétien cinq ans (C. Herm. I, I. Const. de 294 texte offrant une lacune voir la correction proposée par M. Collinet N.R.H. T. 33.185.187). Sous Justinien le délai est de deux ans,

En outre, cet empereur a fait d'autres réformes en la matière :

1°- Il a décrété la peine du double contre le perdant (peine du plaideur téméraire).

2°- Il a étendu la querela : a) au prêt portant sur autre chose que de l'argent (denrées); b) à la *dot*: querela *emtae non numeratae dotis* pour une dot qui a été promise et non payée ; c) aux quittances, la quittance est sans cause lorsque le débiteur l'a obtenue alors qu'il n'avait pas payé : Justinien a permis au créancier de l'attaquer pendant trente jours.

De cette théorie ainsi élaborée du III^e au VI^e siècle ap. J.C. est sortie une exigence de forme spéciale. Pour être valable le billet doit mentionner sa cause, être causé "*cautio discreta*". Cette nécessité vient d'une Constitution de Justin, oncle et père adoptif de Justinien (C.IV.30.13). En Droit Civil (art. 1132), il n'est pas nécessaire d'exprimer la cause sur l'écrit qui constate l'obligation. En droit commercial c'était nécessaire en ce qui concerne la lettre de change (C.C.110) et le billet à ordre (C.C.188) sur lesquels on inscrivait la cause sous la forme "Valeur reçue en marchandises" "en espèces". La loi du 8 Février 1922 a abrogé cette nécessité.

Nécessité d'une cause à l'époque de Justinien.

Section III

CONDITIONS SPECIALES DE VALIDITE. L'ECRIT ET
LES ARRHES.

Il est des cas où il faut des conditions spéciales en plus de la condition générale du consentement.

§ I - L'Ecrit.

Subordina-
tion de la va-
lidité de l'o-
pération ju-
ridique à la
rédaction
d'un écrit à
l'époque de
Justinien.

La première, c'est l'écrit. D'habitude, l'écrit est un moyen de preuve. Il faut bien qu'on conserve un témoignage de ce qui a été passé et le meilleur moyen c'est de fixer l'engagement par écrit: instrumentum.

Les Romains avaient cependant connu un écrit destiné à obliger: le contrat litteris, dont nous parlerons plus loin et qui a disparu avant le Bas-Empire. Sous Justinien, on revient à donner à l'écriture une importance plus grande qu'un moyen de preuve, à en faire une condition spéciale de validité du contrat. L'Empereur, en effet (C. 4.21.17, résumé aux Inst. 3.23 pr.) a décidé ceci: lorsque les parties ont convenu entre elles que la vente, l'échange, la donation, la transaction seraient mises par écrit, ces contrats ne deviendront obligatoires réellement que par la rédaction de l'écrit.

Voyons les diverses modalités de la règle: 1° - si l'acte avait été écrit par une partie, il deviendra obligatoire quand le brouillon de cet acte aura été mis au net. 2° - Si l'acte avait été écrit par un tiers, par un de ces écrivains publics (notarii), comme il y en a encore en Italie et en Orient, l'acte devient obligatoire s'il a reçu la subscriptio des parties; 3° (Enfin, s'il a été rédigé par un tabelio (personnage officiel distinct du notarius), il deviendra obligatoire par la completio ou l'absolutio des parties, par la formule écrite par les parties sur l'acte: "complevi et absolvi". Une telle formule a donné lieu à de grandes controverses (V. Collinet, *Etude* des I. pp. 87.88)

En d'autres termes, jusqu'à l'accomplissement des formalités (mise au net, subscriptio ou "complevi et absolvi") l'acte écrit n'est qu'un simple

brouillon; un projet, sur lequel les parties peuvent toujours revenir et dont elles peuvent se dédire sans encourir la moindre peine, sine poena. Après l'accomplissement des formalités, l'acte est définitif. De là la distinction des actes cum scriptura et sine scriptura, en particulier des ventes cum scriptis et sine scriptis. C'est une question obscure que l'origine de ces exigences de Justinien. M. Collinet ne croit pas voir là une influence de la catagraphé grecque (Etudes I. p. 101 à 104). En tout cas, l'importance de la distinction est certaine, elle entraîne des interpolations (cf. D.18.1.2.1.) et ses répercussions sont visibles sur la théorie des arrhes.

§ 2 - Les Arrhes.

Les arrhes.

Le mot arrhes a été emprunté par les Latins aux Grecs (arrhae, arrabo, ἀρραβών) qui, eux-mêmes l'avaient emprunté aux sémites (1)

Les arrhes consistent d'ordinaire dans une petite somme d'argent remise par un contractant à l'autre. Aujourd'hui encore, on voit dans quelques boutiques de tailleurs ou autres une affiche: "On est prié de donner des arrhes". Le denier à Dieu remis aux concierges est une sorte d'arrhes. Parfois dans l'Antiquité on donnait en guise d'arrhes un objet, ordinairement un anneau, en particulier dans les fiançailles (devenu aujourd'hui l'anneau de mariage) (arrha sponsalicia).

Fonctions des arrhes.

La fonction des arrhes en droit primitif paraît avoir été de garantir l'accord entre deux parties, comme en cas de fiançailles. Cette fonction de garantie se rencontre, en droit romain, dans des textes littéraires pour le prêt, le louage et la vente. Elle n'apparaît pas dans les sources juridiques et voici les différents rôles des arrhes au point de vue juridique.

1° - Les arrhes moyen de preuve de la conclusion du contrat.

1° - C'est une preuve de la formation du contrat, comme encore aujourd'hui. Il est en effet difficile dans un contrat consensuel, vente, louage, de distinguer le moment où finit la phase des pourparlers, le projet de contrat, et celui où le contrat est définitivement formé, car les contrats consensuels ne sont pas formalistes. C'est un avantage de la forme que de permettre de savoir quand on est sorti de la phase des pourparlers.

Les arrhes sont en général une petite somme de monnaie, dont la remise sert de preuve que le contrat est conclu (Gaius 3.139) à propos de la vente et

(1) Les législations sémitiques et en particulier, la législation assyro-babylonienne qui remonte plus haut

Justinien Instit. 3.23 Pr. à propos de la vente sine scriptura).

2° - Les arrhes acompte sur le prix.

2° - Les arrhes sont aussi un acompte sur le prix, encore aujourd'hui. Dans les textes du droit romain et les papyrus, les arrhes possèdent cette fonction, mais alors elles atteignent une somme assez forte. Cette fonction persiste en Occident chez les Burgondes (Lex rom. Burg. 35.6).

3° - Les arrhes moyen de dédit.

3° - Les arrhes sont aussi un moyen de dédit. C'est leur fonction pénitentielle (me poenitet - je me repens). L'acheteur dans une vente donne des arrhes, mais il se réserve la faculté de se retirer du contrat en abandonnant les arrhes, ou les perdant (cum poena). Le contrat était parfait; pour le dissoudre, il aurait fallu la volonté des deux parties, comme pour le conclure. Mais l'acheteur en donnant des arrhes s'était réservé la faculté de dissoudre seul le contrat en les abandonnant au vendeur. Celui-ci peut avoir la même idée; il se réserve la faculté de dédit en rendant les arrhes à l'acheteur et en y ajoutant une somme égale.

Dans quelles sortes de ventes cette fonction des arrhes, existe-t-elle ?

Limitation de ce rôle pénitentiel des arrhes à la vente cum scriptura.

Justinien, en 528 (C.4.21.17) déclare que le rôle pénitentiel des arrhes n'existe que dans la vente cum scriptura, dans les ventes qui ne sont pas parfaites par le seul consentement, mais exigent pour leur perfection une mise au net. Dans la vente cum scriptura chaque partie pourra se dédire tant que l'autre n'aura pas été mis au net. Après cette formalité, la vente ne saurait être rompue par la volonté unilatérale d'une partie. Justinien a donc formulé au Code une décision claire et logique. Le malheur est que le texte correspondant des Institutes est beaucoup plus embrouillé (3.23 Pr. in fine). Justinien a l'air de dire dans ce passage que la solution serait la même dans les ventes sine scriptis, sans écrit. En effet, on lit dans le principium des Institutes ce passage: "hoc et enim subsecuta, sive in scriptis sive sine scriptis, venditio celebrata est. On traduit d'ordinaire: "La remise d'arrhes étant en effet exécutée, que la vente ait été faite soit par écrit, soit sans écrit". Il semble que l'Empereur, aux Institutes, assimile les ventes écrites et les ventes sans écrit. Les interprètes ont proposé différentes solutions pour concilier les textes (Collinet, Etudes, I p. 85 à 118; Cuq, p. 457; Elié Popesco, thèse Paris 1925), mais il paraît (à la suite) que 2250 av. J.C. (Code d'Hammourabi, contemporain d'Abraham) ont servi ici de modèle à toutes les législations méditerranéennes par l'intermédiaire de la civilisation égéenne.

vaut mieux lever la difficulté ou rectifiant la ponctuation du texte: il suffit de mettre un point après *sine scriptis* et de lire "ceci ayant été accompli, soit par écrit, soit sans écrit", c'est-à-dire rapporter l'équivalence à la dation d'arrhes et pas du tout à la vente. Cette hypothèse se comprend d'autant plus que dans le Code, il est question de la dation d'arrhes, soit sans écrit, soit avec écrit. En somme Justinien aurait maintenu aux Institutes le système du Code.

En conclusion, la fonction pénitentielle n'aurait pas été reçue sous Justinien dans les ventes sans écrit, parce qu'elles se forment par simple consentement, tandis que dans les ventes par écrit jusqu'à la mise au net, le repentir est possible (1).

Section IV

Pactes adjoints.

Contrats et pactes ne sont pas du tout la même chose. Le contrat est un acte de droit civil, sanctionné par le droit civil. Le pacte est une convention nue qui, en principe, n'a pas de sanction, parce que le droit ne la reconnaît pas. Il y a cependant des pactes qui sont entrés dans la sphère juridique: pactes prétoriens, pactes légitimes, pactes adjoints.- Parlons ici des derniers.

Les leges
privatae.

Très fréquemment dans l'acte principal de transfert ou créateur d'obligation, les parties inséraient des clauses qui en modifiaient l'application (modalités). Certaines de ces clauses, les leges privatae, (2), remontaient au plus ancien droit romain (lex Mancipii); elles sont valables en Droit Civil. D'autres, dont il s'agit ici, sont plus récentes, ce sont les pacta adjecta. Ont-elles une valeur juridique ?

Longtemps, il a fallu répondre par la négative, puisque le droit civil ne reconnaît pas le pacte, la convention nue.

Atténuation
apportée par
le préteur à
l'inefficacité
des pactes
adjoints par
l'exceptio pacti
conventi.

Le préteur, le premier, a sanctionné ces pactes adjoints, en déclarant dans son Edit que tout pacte principal ou adjoint ouvrait au bénéficiaire du pacte, défendeur, une exception appelée *exceptio pacti conventi*, qui n'est qu'une variété de l'exception de dol. Le préteur, qui cherche partout à réprimer l'iniquité, applique ses principes pour venir au secours du débiteur par l'*exceptio pacti conventi*. Si le pacte

(1) Cf. E. Carusi, Studi Bonfante, t. IV, 1930, p. 503 et s.

(2) V. Georgesco, Thèse Paris, 1932.

avait été adjoint à un contrat de bonne foi, cette exception même serait inutile parce que dans les contrats de bonne foi les exceptions sont sous entendues.

Mais l'important est de savoir dans quelle mesure le créancier aura une action en vertu du pacte adjoint (1).

Il faut distinguer à cet égard différentes espèces de pactes adjoints.

1ère Division - in continenti, ou ex intervallo

In continenti, quand le pacte a été adjoint incontinenti, tout de suite après que le contrat a été passé.

Ex intervallo, quand il a été passé après un certain intervalle.

2ème Division.- ad augendam obligationem ou ad minuendam obligationem.

Le pacte peut être adjoint pour augmenter l'obligation du contrat principal ou pour la diminuer.

Voilà donc quatre catégories de pactes.

Dans quelle mesure ces différents pactes ont-ils été sanctionnés au profit du Créancier.

1° - Les Pactes ad minuendam obligationem, sont toujours sanctionnés en Droit classique par l'action du contrat principal. Le créancier peut faire valoir son droit principal et les modalités qui y ont été apportées dans les clauses adjointes. Le pacte adjoint par hypothèse, est un pacte qui diminue la charge du débiteur, pourquoi celui-ci s'opposerait-il à la validité du pacte ? Il n'y a aucune raison de ne pas le sanctionner. Telle est la solution du droit classique.

La solution est vraie même dans les contrats de droit strict, comme le dit un texte d'Ulpien (D. 2.1. de pactis 7,5) et aussi une des lois les plus difficiles du Digeste (une de ces sept lois qu'on appelle les septem leges damnatae ou septem cruces) (Paul, D. 12.1.40 : loi Lecta) (échelonnement des paiements.)

2°- Les Pactes ad augendam obligationem soulèvent plus de difficultés car l'obligation du débiteur est aggravée. Les solutions de droit classique se fondent sur une sous-distinction :

a) Si le pacte a été adjoint in continenti, il s'incorpore au contrat et est sanctionné comme celui-ci, qu'il soit de droit strict (stipulatio) ou de bonne foi (vente). Les clauses (legis) adjointes à la vente sont du reste très fréquentes (Voir la Vente)

Il existe cependant une exception en ce qui concerne la convention d'intérêts jointe au mutuum (prêt)

(1) P-E. VIARD, Les pactes adjoints aux contrats en droit classique, Paris 1928.

Effets du
pacte ad-
joint en ce
qui concerne
le créancier.
Division des
pactes ad-
jointes.
1°) in conti-
nenti ou ex
intervallo.
2°) ad augen-
dam obliga-
tionem ou
ad minuendam
obligationem.

1°- Le pacte
minutoire
s'incorpore
au contrat au-
quel il est
adjoint même
s'il est de
droit strict.

2°- Pactes
ad augendam
obligationem

a) le pacte
adjoint in
continenti
à un contrat
de droit
strict ou de
bonne foi
s'incorpore

à celui-ci.
Exception en
ce qui concer-
ne le pacte
d'intérêts ad-
joint au mutu-
um.

b) Le pacte
adjoint ex in-
tervallo n'est
pas sanction-
né.

Les Romains considèrent alors le simple pacte comme très dangereux pour l'emprunteur. Le remède consiste à faire une stipulation dans laquelle les parties fixeront le taux des intérêts.

b) Si le pacte est ex intervallo (par exemple, rapprocher le terme de la dette), il n'est pas sanctionné qu'il soit adjoint à un contrat de droit strict ou à un contrat de bonne foi. Seulement, dans ce dernier cas, le remède est facile - les principaux contrats de bonne foi se forment consensus, par l'échange, des volontés sans forme et sans res. Si nous voulons après un certain temps adjoindre une clause à notre contrat de vente, il suffira de dissoudre le premier contrat par notre volonté réciproque, puis de le refaire en y insérant la clause que nous voulions y adjoindre.

Section V

Le terme et de la condition.

Ce sont des modalités fréquentes en droit romain ou moderne. Il en a déjà été question l'an dernier à propos des testaments et des legs. Voyons leurs applications aux contrats.

Le terme (dies "jour") est un événement futur et certain auquel sont subordonnés soit l'exigibilité d'un droit (terme suspensif, dies a quo : jour à partir duquel) soit l'extinction d'un droit (terme extinctif : dies ad quem : jour jusqu'auquel.)

Nous verrons plus bas si la définition traditionnelle du terme suspensif est tout à fait exacte. Pour le moment nous pouvons nous y tenir.

La condition conditio, est un événement futur et incertain d'où dépend soit l'existence d'un droit (condition suspensive. Conditio a qua, condition à partir de laquelle), soit l'extinction d'un droit (condition résolutoire, conditio ad quam, condition jusqu'à laquelle).

Nous n'étudierons ici que le terme suspensif et la condition suspensive, le terme extinctif et la condition résolutoire devant se retrouver avec l'extinction des obligations.

Caractères
communs au
terme et à la
condition.

Apparition
relativement
tardive de

Le terme et la condition ont des caractères communs. Ce sont : 1°- des éléments accidentels du contrat; 2° qui n'impliquent aucune forme solennelle ; 3°- qui sont susceptibles d'interprétation large ; 4°- qui peuvent même être tacites.

Ces modalités n'appartiennent pas à l'histoire primitive des peuples. Alors les choses sont très nettes : la dette ne peut être que pure et simple (pura)

ces modalités.

Il faut un certain raffinement pour comprendre qu'une chose soit due à terme ou sous condition, c'est-à-dire pour plus tard et peut-être jamais (si la condition n'arrive pas).

Actus legitimi ne comportant pas de modalité.

On comprend donc que même en Droit romain, on retrouve des vestiges de l'esprit primitif à cet égard. Certains actes existent dans lesquels le terme et la condition insérés sont nuls parce que ces actes ne peuvent se concevoir que "pure". Ces actes forment la catégorie des Actus legitimi, actes légaux, énoncés au D. 50.17.77. Papinien (à la liste il faut ajouter la mancipatio, la cretio). Au contraire, les deux modalités sont reçues dans la stipulation, parce que c'était nécessaire pour les besoins du commerce. La condition est reçue dans le contrat litteris et avec difficulté dans le contrat de société. Enfin, certains auteurs enseignent encore qu'il y a eu aussi des difficultés pour valider la vente et le louage sous condition. (D'après M. Cuq, p. 395, n° 4, cela vient d'une méprise sur Gaius 3.146)

Une fois admises dans les stipulations, les modalités se sont étendues dans les contrats réels et consensuels.

§ I - Terme suspensif.

Terme certain.

Ce terme peut être certain ou incertain.

Le terme certain, dies certus, est celui qui arrive certainement. Il équivaut à un jour (dies) fixe (certus) pour le paiement "ante Kalendas proximas dare spondesne ? - Promets-tu de donner telle somme avant les calendes prochaines" ou "Kalendis proximis (aux calendes prochaines)". Nous faisons une vente pour dans un mois. Je loue une maison à partir du mois d'Avril (du terme d'Avril).

Terme incertain.

Le terme incertain, dies incertus, est un événement qui arrivera certainement, mais dont la date est inconnue. ex. la mort.

La question importante est celle de la nature et des effets du terme (1).

Le terme en droit romain constitue un délai dans lequel le débiteur doit s'exécuter.

A - En ce qui concerne la nature du terme suspensif. M. Appleton indique très bien la différence entre le droit romain et le droit français. En droit romain, le terme ne marque pas, comme en droit français, l'échéance de la dette ; il marque un délai pendant lequel le débiteur peut et doit s'acquitter.

(1) Ch. Appleton : "Aperçus nouveaux sur le terme certain et le terme incertain en droit romain et moderne. Rev. Générale du Droit, 1926, p. 154 et s.

Deux faits prouvent cette conception : d'abord la formule : "ante Kalendas dare spondes" avant les calendes, et non pas aux calendes ; il faut avoir payé au plus tard à ce moment, et pas juste à ce moment. En outre, quand le débiteur a payé avant terme par erreur, pas d'indu, il ne peut pas répéter par *condictio indebiti*. Cela prouve que le terme est un délai pendant lequel on doit s'exécuter, et non pas le dernier jour de ce délai.

En droit moderne, le terme constitue une échéance ; déjà cette idée s'était fait jour en droit romain, puisque la formule "proximis Kalendis" était assimilée à "ante proximas Kalendas".

En droit moderne, on dit "qui a terme ne doit rien" ce qui montre bien que le terme c'est le dernier jour du délai. En conséquence, l'art. 1186 qui refuse la *condictio indebiti* au débiteur qui a payé avant l'échéance du terme est injustifié en droit moderne.

B - Au point de vue des effets, le principe en droit romain et moderne est que le terme retarde l'exigibilité et non pas la naissance du droit ; c'est une différence avec la condition.

Dans le Code civil allemand § 163, le terme est assimilé à la condition et suspend la naissance du droit, sauf convention contraire des parties.

conséquences :

- avant

l'arrivée du

terme l'obligation

exis-

te mais ne

peut être exi-

gée.

Voyons les conséquences du système romain.

1°- Avant l'arrivée du terme.

Deux idées dominent :

a) L'obligation existe dès le jour du contrat :

Dies cedit, statim debetur : aussitôt le contrat, la dette existe. Elle fait partie des patrimoines du créancier et du débiteur ; on en tient compte pour le calcul des différentes quartes ; on peut la céder, l'éteindre, le créancier peut prendre des mesures conservatoires de son droit ; surtout si le débiteur paie avant terme, et par erreur, il ne peut pas répéter, preuve que la dette existe, autrement il y aurait indu et *condictio indebiti*.

b) L'obligation n'est pas exigible.

Le créancier ne peut intenter son action avant terme. Si la dette était une dette certaine et qu'il eût poursuivi le débiteur avant le terme, le créancier perdrait son droit par plus *petitio tempore*. Il en serait autrement en cas de faillite ; la procédure de la *bonorum venditio* entraîne déchéance du terme : toutes les dettes à terme du débiteur deviennent exigibles, car le débiteur étant en mauvaises affaires, la liquidation totale de son patrimoine s'impose immédiatement (cf. C. Civ. art. 1188).

- Après

l'arrivée du

2°- Après l'arrivée du terme, la dette devient exigible : le créancier peut agir en justice. L'obli-

terme, l'obligation devient exigible mais sans appel rétroactif.

Cas où le terme retarde la naissance même du droit.

De la règle *dies incertus conditionem facit*.

La stipulation *cum moriar* et l'assurance sur la vie.

gation à terme devient pure et simple, pure, à partir du jour du terme, mais sans effet rétroactif au jour du contrat. Le créancier ne peut donc obtenir les fruits intérimaires de la chose, ni les intérêts intérimaires de la somme, *interusurium*.

Ce principe que le terme retarde l'exigibilité et non la naissance de la dette souffre des exceptions.

a) Les parties peuvent convenir que le terme retardera la naissance du droit (Le C.C. allemand est donc tout le contraire du droit romain).

b) Ce retard de la naissance du droit intervient surtout en cas de terme incertain (la mort) qui est assimilée à la condition = *dies incertus conditionem facit*. On s' imagine souvent que c'est seulement dans les testaments que cette règle s'applique. M. Appleton démontre que la règle est générale, aussi bien en matière de contrat que de testament. Voyons ce qui concerne le contrat.

I° - Raisonnons sur le premier type de la stipulation à terme incertain : "*cum moriar dare spondes ? Promets-tu de donner (à un tel) lorsque je mourrai ?*"

Nous avons vu qu'il y a là une stipulation pour autrui valable dès l'époque classique (Gaius 3. 100). Les Romains ont admis cette formule pour valider une importante opération très pratique, qui n'est autre que l'assurance sur la vie contractée par une personne au profit de ses héritiers ou d'un tiers. Cette stipulation retarde nécessairement la naissance du droit et pas seulement son exigibilité, car le bénéficiaire n'acquiert réellement le droit qu'au moment de la mort du stipulant, il n'a pas le droit dans son patrimoine tant que celui-ci n'est pas mort, d'autre part, la jurisprudence moderne déclare que ce droit acquis au bénéficiaire de l'assurance sur la vie lorsque le contractant meurt, échappe à la mainmise des créanciers de la succession. Le capital assuré est en quelque sorte un patrimoine "tabou" réservé, sur lequel les créanciers héréditaires ne peuvent rien. Cette solution de la jurisprudence française se trouve déjà en droit romain : un texte mis sous le nom d'Ulpien (D.45, I, 45, 2) (I), proclame que, si une fille est bénéficiaire d'une promesse analogue à l'assurance sur la vie, elle possède une action utile pour réclamer ce capital, même si elle n'était pas héritière, c'est-à-dire si elle s'abstient dans la succession, si elle avait été émancipée ou exhéredée. Cette fille a donc un droit propre sur le capital assuré. Peu importe si elle le réclame par une action utile simple que

(I) Cf. Supra, Stipulation pour autrui

tion de mots. Peu importe aussi que le texte soit interpolé; il n'en est pas moins probant pour le droit de Justinien.

La stipulation
cum morieris
et la donation
mortis causa.

2°. Le 2ème type de stipulation à terme incertain est représenté par la formule "cum morieris dare spondes" = promets-tu de donner quand tu mourras, 1000 sesterces à Titius ? Bien entendu ce sont les héritiers qui donneront les 1000 sesterces à Titius. Cette formule (G. 3.100) est admise dès l'époque classique. Elle équivaut à une donation à cause de mort par voie de promesse.

La stipulation
post mortem.

Nous savons par contre que les Romains classiques n'autorisaient pas les stipulations post mortem meam ou post mortem tuam. Il faut croire cependant que les Romains sentaient la nécessité de rendre valables aussi ces formules, puisqu'ils avaient imaginé de tourner la règle par l'adstipulatio.

En un mot, les Romains connaissaient donc le mécanisme de l'assurance et la réalisaient par une stipulation à terme incertain avec des formules appropriées, et quand les formules n'étaient pas appropriées ils recouraient à l'adstipulatio. Les Romains connaissaient aussi les tables de mortalité qui sont en connexion avec l'assurance sur la vie. Cependant ce mécanisme s'est ensuite perdu et n'a été retrouvé qu'aux XVII° et XVIII siècles.

§ 2 - Condition suspensive.

La condition que l'on insère dans un contrat doit être possible et licite. Impossible, illicite ou immorale, elle vicie le contrat, elle le frappe d'invalidité tandis qu'elle est seulement supprimée dans le testament. "Me promets-tu 100 si je tue quelqu'un? C'est un contrat illicite, immoral, je n'ai pas d'action pour en réclamer le bénéfice.

A- Les conditions se classent sous plusieurs espèces :

1°- La condition la plus ordinaire est la condition casuelle, celle qui dépend du pur hasard, casus, et dans l'arrivée de laquelle notre volonté ne joue aucun rôle. Ex. si navis ex Asia venerit : si le navire revient d'Asie.

2°- La condition peut être potestative quand elle dépend du pouvoir du créancier ou du débiteur.

Il faut à cet égard distinguer la condition simplement potestative et la condition purement potestative.

Divisions des
conditions:
1° Condition
casuelle.

2°- Condition
Potestative.

a) purement potestative de la part du débiteur.

a) La condition purement potestative de la part du débiteur rend nul le contrat parce que l'efficacité du contrat ne peut être subordonnée au caprice du débiteur : "Promets-tu si tu montes au Capitole?" Il dépend du débiteur du monter au Capitole ou non donc devoir ou de ne pas devoir : cela n'est pas juridique. Un contrat doit obliger. La condition purement potestative de la part du débiteur n'oblige que s'il le veut.

b) Simplement potestative de la part du débiteur.

b) La condition simplement potestative de la part du débiteur le laisse valable. Cette condition est celle qui implique une certaine difficulté = promets-tu si tu fais tel voyage ?

c) Potestative de la part du créancier.

c) La condition potestative de la part du créancier n'altère pas la validité du contrat. Ce n'est pas du tout la même chose que la condition purement potestative de la part du débiteur. En effet, la condition potestative de la part du créancier signifie que le créancier peut profiter ou non de l'opération : elle n'empêche pas le débiteur d'être obligé, ce qui est l'objet même du contrat. Exemple : l'ouverture de crédit ou promesse de prêt. Le banquier chez qui le crédit est ouvert s'engage à me fournir des fonds à ma volonté. Je puis ou ne puis pas dans le crédit ouvert.

3°- Condition mixte.

3°- La condition mixte est une condition à la fois casuelle et potestative. Elle dépend à la fois d'un fait extérieur et de la volonté d'une partie. Promets-tu, si tu te maries? Pour se marier il faut son consentement à soi et le consentement de l'autre partie.

Effets de la condition:

Elle retarde non seulement l'exigibilité du droit mais sa naissance même.

Cependant dans la doctrine plus récente des jurisconsultes classiques le contrat conditionnel existe déjà en puissance.

B- Effets de la condition suspensive.

La condition, à la différence du terme retardé de non seulement l'exigibilité du droit, mais sa naissance et son existence même. Telle fut au moins l'opinion première des jurisconsultes romains, par exemple de Labéon (début de l'Empire). Cette opinion a été repoussée par des jurisconsultes plus nouveaux, comme du 1er siècle de l'Empire tel que Javolenus, le maître de Julien qui a combattu sur plusieurs points les opinions de Labéon (D.23.3.80). Pour eux le contrat conditionnel existe déjà, mais naturellement il n'existe que de façon seulement imparfaite. Il n'existe qu'en puissance virtuellement en germe, comme l'épi existe dans le grain mis en terre.

Justinien (Institutes 3,4,25) a interprété l'idée en parlant dans ce cas de spes debitum iri, d'espoir que la dette naîtra, l'espoir c'est précisément une virtualité.

En conséquence : a) l'obligation conditionnelle

Conséquences
de l'idée que
le contrat exis-
te déjà.

nelle compte dans le patrimoine au point de vue ac-
tif ou passif et ou en fait était pour le calcul des
quartes.

b) La capacité des parties s'apprécie au
jour du contrat et non de la condition.

c) Si un alieni juris a fait une stipulation
conditionnelle et qu'ensuite il change de chef, l'en-
fant a été donné en adoption, l'esclave a été vendu,
le bénéfice de la stipulation ira non pas à Secundus
le maître du jour de l'arrivée de la condition, mais
à Primus qui avait la puissance au jour du contrat
c'est tout le contraire de l'action noxale).

d) La dette conditionnelle peut être éteinte.

e) Le créancier conditionnel peut prendre des
mesures conservatoires pour garantir sa créance, par
exemple demander la séparation des patrimoines.

Conséquences
de l'idée que
l'obligation
n'a qu'une
existence vir-
tuelle.

Mais l'existence de l'obligation condition-
nelle n'est qu'une existence virtuelle.

Par conséquent, a) le créancier n'a pas tous
les droits qu'il aurait si la condition était arrivée.
Le créancier ne peut pas agir en justice, car on n'est
pas sûr que le débiteur sera tenu réellement, défini-
tivement. L'arrivée de la condition est problématique
par nature.

b) le débiteur qui par erreur paie avant l'ar-
rivée de la condition peut répéter, car il a payé l'in-
du.

c) En cas de perte totale, les risques sont
pour le débiteur de la chose (vendeur).

d) Enfin, conséquence très curieuse, on peut
stipuler sous condition sa propre chose, se faire pro-
mettre par autrui sa propre chose. Pourquoi ? Parce
que, disent les textes, il se peut que l'esclave ait
cessé d'être à moi au moment de l'arrivée de la condi-
tion, par exemple si je l'ai vendue alors. C'est toujours
la même idée : il faut se placer au moment de l'arri-
vée de la condition et non pas au jour du contrat pour
savoir le sort de celui-ci. Marcellus (D., 18.1.61) em-
ploie encore ici le terme "sperare" = qui a forte spe-
ratur meum esse desinere : parce qu'il se peut que
cet esclave cesse de m'appartenir".

Difficultés
que peut sou-
lever le point
de savoir si la
condition
est réalisée
ou défaillie.

C- Quand la condition est-elle réputée ac-
complie ?

Dans les cas embarrassants où l'on peut se
demander si la condition est ou non arrivée, c'est
toujours l'interprétation la plus large qui s'impose,
celle favorable à l'efficacité du contrat.

Ainsi elle est réputée réalisée si le débi-
teur l'a empêchée de se produire.

De même la condition est indivisible. Suppo-

sons que la condition ait été : "si la flotte (composée de 10 navires) revient d'Asie ?" La condition ne sera remplie que si les 10 navires sont tous revenus.

La condition est réputée défaillie dès qu'on est sûr qu'elle ne peut plus se réaliser. Il y a des difficultés au point de vue de la condition négative.

II- Effets de la condition arrivée.

Par suite de l'arrivée de la condition le droit jusque-là virtuel se trouve confirmé.

Une fois la condition arrivée, le créancier a le droit d'agir contre le débiteur, il peut réclamer les fruits, les intérêts intermédiaires.

On a voulu expliquer ces effets par la rétroactivité de la condition (C.C. a. 1179, à la différence d'autres codes modernes). Tout se passe comme si le contrat avait été valable au premier jour lorsque la condition s'accomplit. Certains auteurs repoussent l'idée, notamment Girard. La rétroactivité, disent-ils, est une fiction inutile en l'espèce (il ne faut du reste invoquer la fiction qu'en dernière analyse). Ici on peut s'en passer en disant = le droit était virtuel la condition arrive, le droit est confirmé et devient effectif. La doctrine de la confirmation est d'ailleurs plus conforme aux solutions romaines.

Chapitre III.

LES CONTRATS ET LES PACTES.

Nous allons examiner un à un les contrats et les pactes sanctionnés, cela de façon beaucoup plus complète qu'on ne le fait en droit français, où l'on n'étudie pas les petits contrats.

Section I.

Les contrats formels.

On y comprend en général en premier lieu le nexum, ensuite les contrats verbis et enfin le contrat litteris.

Il faut avant tout se demander si le nexum est un contrat.

§ I - Le nexum est-il un contrat ?

Le nexum n'est pas un contrat.

La très grande majorité des auteurs déclarent que le nexum est le plus ancien des contrats formels. Cette idée ne nous paraît pas fondée : le nexum n'est pas un contrat, il ne figure pas dans l'énumération de Gaius. C'est un prêt d'argent se formant per aes et libram, dans des formes voisines de celles de la mancipatio, avec des paroles (nuncupatio) différentes de celles de la mancipatio puisque le but du nexum diffère de celui de la mancipatio.

C'est un acte per aes et libram.

Sa forme nous est inconnue. Pour les reconstituer on se sert d'un passage de Gaius 3.173, 174 relatif à la solutio per aes et libram: en retournant les formalités de la solutio on obtiendrait celles de l'engagement. D'après M. Collinet, ce texte se réfère bien à la solutio per aes et libram, mais à la suite d'un iudicatum, ce qui n'est pas notre cas.

Le seul texte utilisable, mais obscur est: Varro de lingua latina 7.105 qui expose une controverse entre les vieux jurisconsultes sur le sens du mot nexum : ce terme désigne-t-il tout acte per aes et libram ou seulement l'acte "ut obligentur", l'acte destiné à obliger ?

On comprend donc que la nature du nexum ait suscité différentes doctrines (1) (Cf. Girard p. 510-514 et les notes)

a) Le nexum serait la même chose que la mancipatio, mais nous objectons que le nexum est antérieur à la mancipatio.

b) Il serait un acte par lequel on engagerait ses services et ceux de ses personnes en puissance.

En réalité c'est une opération indéterminable, sans correspondant dans notre droit, comme la damnatio.

Mommsen et Girard ont dit que la pesée avait été réelle primitivement, puis était devenue fictive en vertu du texte connu des XII Tables T. VI.1. "Cum nexum faciet mancipiumque, uli lingua nuncupassit ita jus esto = de la façon dont le nexum ou la mancipatio seront faits que le droit soit ainsi que la langue l'aurait déclaré", parce que, à partir des XII Tables les Romains connaissent la monnaie comptée. Si on continue à faire figurer dans l'opération, une balance et l'airain, c'est à titre purement symbolique.

(1) M. Popesco Etude sur le nexum nie même son existence (en Roumain)- 1925.

Mais la monnaie comptée est bien postérieure aux XII Tables et par conséquent ce texte ne peut sanctionner le nexum et la mancipation fictifs. Il signifie plus simplement qu'il est permis de mettre dans la nuncupatio toutes les clauses compatibles avec l'opération du nexum ou de mancipatio. Il vise la lex Mancipii et ce qu'on pourrait appeler la lex nexi (indication du terme fixation des intérêts).

Objet du
nexum.

L'objet du nexum était ordinairement de l'argent, d'abord un morceau d'airain, puis de l'argent comoté. On s'est demandé s'il ne pouvait pas porter sur des choses qui se pèsent et se comptent (des denrées) ou même se mesurent (comme la toile) (Gaius 3. 175).

Sanction.

La sanction est l'exécution directe sur l'emprunteur, sa famille, ses biens sans manus injecta que M. Collinet rejette comme la damnatio qui la fonderait. Le prêteur peut l'emmener dans sa maison puis le vendre trans Tiberim ou transiger avec lui.

La condition
des nexi.

La condition des nexi a beaucoup excité la pitié des âmes sensibles. Il est certain que cette condition est très dure puisque l'emprunteur et sa famille sont à la discrétion complète du prêteur non remboursé. Mais le droit romain paraîtrait moins cruel, si l'on voulait se représenter dans quelles conditions un homme est amené à emprunter dans le milieu primitif. D'après M. Collinet, c'est souvent un criminel, un coupable frappé d'une composition pécuniaire. Cet individu qui n'a pas d'argent emprunte pour payer la composition légale ou volontaire et pour échapper à la sanction à un parent (car la solidarité de la gens est encore très étroite) ou à un ami. Il est tout naturel que s'il ne rembourse pas son parent, son ami, il soit exécuté rigoureusement.

Plus tard le nexum a pu devenir le prêt d'un capital. Dans cette fonction, il sera doublé postérieurement par le mutuum en face duquel il paraîtra abominable d'autant que c'étaient les plébéiens qui empruntaient et se mettaient ainsi dans la main des patriciens qui faisaient de leur dépendance un instrument politique. Ils se sont donc révoltés pour se libérer de la charge de leur engagement. La lutte entre l'emprunteur et le prêteur, est l'aspect le plus ancien de la lutte de classe ou de la question sociale (relire l'histoire romaine).

Adoucissement.
de cette sanc-
tion par la loi
Poetelia Papi-
ria puis par
la loi Vallia.

Le nexum, en effet, n'était pas adapté à la civilisation romaine du V^e siècle.

Aussi, la loi Poetelia Papiria placée en 426 l'a-t-elle adouci (Cuj). Tite Live dit qu'après elle le prêteur ne pourra plus tenir enchaîné l'em-

prunteur, le faire travailler sur son domaine jusqu'à ce qu'il ait remboursé le montant du prêt.

La force exécutoire du nexum n'a été détruite en réalité que par la loi Vallia, de la fin du VI^e siècle ab. U.C. (160 av. J.C.) qui force le prêteur à prendre jugement avant d'exécuter. Le nexum a pu survivre encore soit jusqu'aux lois Juliae iudiciariae de 737 (17 av. J.C.) qui ont abrogé les legis actiones, soit peut-être même après ces lois, car Gaius 3.173 parle encore de l'acte per aes et libram - théoriquement peut-être.

§ 2 - La stipulation.

Simplicité
de la stipula-
tion.

La stipulation - sponsio, stipulatio - à la différence du nexum est une opération extrêmement pratique et à domaine infini. C'est un contrat qui se forme de façon très simple et dans cette forme brève qui caractérise les Romains "Spondesne mihi C dare ? Promets-tu de me donner 100 ? Spondeo, je le promets". Ses éléments sont donc : une interrogation du créancier (reus stipulandi) suivie d'une réponse concordante du débiteur (reus promittendi, reus tout court).

On l'appelle tantôt sponsio, tantôt stipulatio. Elle s'appelle également cautio, surtout quand elle est constatée par écrit. Elle s'appelle enfin satisfactio quand elle est accompagnée d'un cautionnement (par fidéjussion).

La question est de savoir ce que veut dire sponsio et ce que veut dire stipulatio.

Etymologie
des mots spon-
sio et stipu-
latio.

Spondere, répondre ou promettre, ce verbe n'a pas voulu toujours dire cela et étymologiquement il aurait la même racine que le grec "spondi," libation ou traité. Stipulatio, qui est devenu le terme courant qu'on emploie encore aujourd'hui, n'a pas une étymologie plus claire. Les Latins discutaient déjà sur ce point et avaient proposé des explications diverses : stipula, fêtu, paille que l'on doit rompre pour former le contrat, stips, pièce de monnaie. L'étymologie la plus vraisemblable est celle qui rattache stipulatio à stipulus = ferme, solide; ce serait le procédé pour rendre solide une convention qui, étant sans forme, ne pouvait obliger. L'objet de la stipulation c'est d'affermir la convention.

La sponsio est la forme archaïque et nationale de l'acte. Le mot stipulatio, pense M. Colliet, doit avoir été introduit plus récemment pour les pérégrins; c'est la forme plus moderne et internatio-

nale.

Très haute anti-
quité de la
sponsio.

Est-ce un ser-
ment?

A-t-elle une
origine reli-
gieuse ?

Quelle est l'origine de la sponsio ? Ce contrat n'est pas seulement romain ou latin, mais italique. Cette opération très ancienne aurait, d'après une théorie, appartenu d'abord au domaine du fas, du droit religieux, avant de passer dans celui du Jus, du droit séculier (Girard p. 517-518). Cette opinion ne rallie pas tous les auteurs. Ce qui ne paraît pas douteux à M. Collinet, c'est que la sponsio a été religieuse.

Girard a adopté une opinion très fortement soutenue, d'après laquelle la stipulation a commencé par être un serment. On lui objecte que le serment est unilatéral : "je jure de payer cette somme". Mais, en fait, pour déterminer l'objet du serment il faut l'initiative du créancier : "jurez etc..." ou une question de lui : "jurez-vous etc....?" Ainsi le serment est en fait un dialogue et l'objection ne tient pas.

En tout cas, la sponsio semble fondée sur la fides et dit M. Collinet, elle est sans doute visée par Cicéron dans le texte où il dit que les "maiores" ont eu le plus grand respect pour la fides et faisaient tout pour la faire respecter; car tout débiteur engage sa foi, mais plus encore aux temps anciens qu'aujourd'hui où la religion ne pénètre plus dans le domaine contractuel.

On a discuté la date de la sponsio. On sait par la P.S.I. II82, qu'elle remontait à la Loi des XII Tables (Gaius IV,17) (1).

A quoi pourrait servir la stipulation primitive ? Les auteurs reconnaissent que la stipulation n'a pas toujours eu la portée générale qu'elle a en droit plus récent et qu'elle a commencé de façon beaucoup plus humble. Mais dans quel but ?

Origine de la
stipulation
(sponsio) dans
le cautionnement
de l'engagement
de l'auteur d'un
délit de payer
la poena.

Mitteis déclarait que la stipulation avait pour origine la promesse des praedes et des vades, opinion inadmissible parce que les praedes et les vades sont des garants de procédure. M. Collinet (Mélanges Girardin 1907) a soutenu que l'origine de la stipulation se trouve dans le cautionnement, non pas le cautionnement de procédure, mais la garantie donnée par une personne dans le cas où un autre est débiteur. Un individu est tenu de payer à la suite d'un délit. N'ayant pas d'argent, il promet de payer, mais la victime ne considère pas sa promesse comme suffisante par

Bien entendu à l'examen il faudra dire que le nexum est un contrat et après avoir exposé la doctrine courante on dira : Mais une autre doctrine a été imaginée par M. Collinet.

(1) P. Collinet, R.H.D. 1934, p. 99.

ce qu'elle n'a pas confiance dans sa parole; elle exige qu'une personne honorable s'engage à payer la poena du coupable. Cette personne, parent, ami du coupable interviendra par une promesse qui est une sponsio et la stipulation sous sa forme ancienne se rattache ainsi au cautionnement qui s'appelle aussi sponsio (Cf. Girard p. 521 n. I).

Forme abstraite de la stipulation moule à contrats.

La stipulation est arrivée à pouvoir enfermer toutes les relations contractuelles entre deux parties. Cela s'explique par sa forme abstraite : "Spondesne mihi C. dare ? Spondeo" on ne dit pour quelle cause on s'engage. La stipulation est devenue, comme on l'a dit, un moule à contrats; on s'en sert pour le prêt, la vente etc... et pour rendre obligatoire les conventions nues (pactes).

Formes de la stipulation une interrogation suivie d'une réponse congruente.

La formation de la stipulation est simple : une interrogation et une réponse. La forme "spondesne ? spondeo" est réservée aux citoyens romains, sauf que les pérégrins peuvent l'employer dans les traités de paix (Gaius 3.93). Gaius (3.92.93) signale les formules du droit des gens spéciales pour les pérégrins : promittis ne ? -dabisne . facies ? fidepromittisne ? "fidepromitto". Cette dernière convient non seulement comme on le dit d'ordinaire pour le cautionnement, mais aussi pour créer l'obligation du débiteur principal (Triptyques de Transylvanie. Girard Textes p. 845-846), car le mot fides est le terme généralement employé dans les rapports entre Romains et pérégrins.

La stipulation doit être d'abord en latin, puis on permit l'emploi d'une langue étrangère et en 472 Léon valida toutes les formules possibles.

Le caractère oral de ce contrat l'interdisait aux sourds et aux muets. Il postulait en outre la présence des parties pour le cas d'absence (V. Contrats passés par des tiers plus haut).

Développement de l'écriture en matière de stipulation.

Dès la fin de la République, la stipulation est devenue écrite. L'écrit fut dressé d'abord ad probationem, comme instrumentum, preuve ou titre. Puis cette preuve s'est transformée en acte obligatoire par l'association d'idées que l'acte écrit probatoire entraîne une présomption en faveur de l'existence de l'opération elle-même. Les stipulations écrites étaient rédigées à la troisième personne, elles rentraient dans la classe des professiones ou testationes (déclarations); elles décrivaient l'opération : "Maevius rogavit; Titius spondit" ou "Maevius fide rogavit, Titius fide promisit" (Cf. Triptyques de Transylvanie). La présomption que l'acte a été réellement passé, est tellement forte que la présence effective a cessé d'être exigée. On ne peut pas faire tomber une stipu-

tion écrite du fait qu'une partie a été absente. Cela a commencé pour la stipulation servant au cautionnement des pèrègrins ou, pour toute stipulation, dans certaines régions, comme la Syrie (Livre Syro-romain) Justinien n'a fait que consacrer cette pratique en déclarant que, si un acte écrit de stipulation mentionne la date de tel jour et l'indication de tel lieu (fait à Constantinople le 1er des Calendes de Mars sous le Consulat de...), cet acte ne pourra être combattu par le débiteur que si celui-ci démontre que lui ou le créancier ont été réellement absents de la ville ce jour-là. C'était évidemment une preuve difficile, comme toutes les preuves négatives ; elle se fera en pratique par la preuve du fait positif contraire c'est-à-dire l'alibi (Inst. III.19.8.)

Nécessité
d'une réponse
congruente.

Pour que la stipulation soit valable, il faut que la réponse soit "congruente", adéquate, à la demande : "Spondesne mihi C. dare ? Spondeo centum". Mais quid si l'on avait répondu "quinque" ? Certains juriconsultes déclaraient que tout était nul, d'autres que la stipulation valait pour la somme la plus faible (Inst. III.19.5). De même, il faut une réponse proprement dite : il ne suffirait pas d'un signe de tête.

Domaine très
étendu de la
stipulation
1°- stipula-
tion conclue
volontaire-
ment.

Les fonctions de la stipulation sont très importantes (Just. 3.18)

a) pour créer
une obliga-
tion.

1°- La stipulation peut intervenir librement entre deux particuliers pour sanctionner une convention quelconque dans un quadruple but :

b) pour fai-
re une nova-
tion

a) pour créer une obligation, en donnant une sanction à la convention nue ou pacte. La stipulation renforce aussi le lien obligatoire créé d'autre façon ainsi le mutuum se fait par remise de la chose, re. Mais pour imposer des intérêts à l'emprunteur, une stipulation est nécessaire ; aussi dans la pratique fait-on une stipulation à la fois pour le capital et pour les intérêts (Girard textes, p. 845-846)

c) faire naî-
tre une obli-
gation corré-
ale.

b) Pour transformer une obligation préexistante en une nouvelle obligation : novation.

d) faire une
adpromissio
ou une adsti-
pulatio.

c) La stipulation sert à faire naître un lien de solidarité ou corréalité entre plusieurs créanciers ou entre plusieurs débiteurs.

d) La stipulation sert à adjoindre un créancier accessoire à un créancier principal (adstipulatio) ou un débiteur accessoire à un débiteur principal (adpromissio ou cautionnement).

Notons que l'ordre des formules renversé, c'est-à-dire l'interrogation du débiteur et la réponse du créancier, sert à éteindre l'obligation verbale : acceptilatio.

2°- Stipula-

2°- Les stipulations peuvent être forcées

tions imposées
par le magis-
trat ou le
juge.
Objet de la
stipulation.

lorsqu'elles sont imposées à une personne par le magistrat (préteur ou édiles), ou par le juge, (stipulations judiciaires) ou par les deux, magistrat et juge (stipulations communes).

L'objet de la stipulation pouvait être une somme certaine d'argent, certa pecunia (10.000 sesterces) ou une chose certaine, certa res (l'esclave Stichus, 100 boisseaux du meilleur blé d'Afrique) ou bien un incertum, une chose incertaine, une obligation de faire ou de ne pas faire. Ces objets différents déterminent les différentes sanctions.

Sanctions de
la stipulation.

1° - La stipulation portant sur une certa pecunia fut sanctionnée d'abord sous les Legis Actiones, non par le sacramentum in personam, comme on l'enseignait jusqu'ici, mais par la judicis postulatio (Gaius, IV, 17 révélé par le P.S.I. 1182) en vertu des XII Tables, puis par la condictio depuis la Loi Silia. Sous la procédure formulaire par l'actio certae creditae pecuniae (sponsio et restipulatio tertiae partis) qui est une condictio, c'est-à-dire une action de droit strict sans cause, ce qui s'accorde très bien avec le caractère de la stipulation, acte abstrait.

2° - Quand la stipulation porte sur une certa res, la sanction a d'abord été la judicis postulatio, puis la condictio de la Loi Calpurnia, sous la procédure formulaire, c'est une condictio certae rei qui, dans un seul texte (D. 13-3-1) est appelée condictio tritricaria (condictio du blé). Ce nom a été expliqué autrefois par le fait que le juriconsulte aurait trouvé dans l'Edit une formule concernant le blé. Mais cette formule existait-elle ? L'opinion actuelle admet que le texte est interpolé et que l'expression est byzantine (Cf. Collinet dans les Studi Silvio Perozzi, 1925 p. 239-243).

3° - Lorsque la stipulation porte sur un incertum, elle est sanctionnée non pas par une condictio, mais par l'actio ex stipulatu, action de droit strict qui, à la différence des conductiones, indique sa cause (formule dans Gaius 4.130). Ex. la satisfactio rem pupilli salvam fore est sanctionnée par une action incertaine ex stipulatu, sauvegarder la chose du pupille, c'est en effet un incertum, on ne peut pas dire d'avance quelle sera la condamnation en argent.

L'actio ex stipulatu est sans doute postérieure à l'introduction de la formule.

Destinées de
la stipulation.

La stipulation est le premier et le plus important des contrats verbis, Jusque sous Justinien, elle garde un rôle considérable. Sa forme n'était pas gênante, car elle est très réduite. On fait un pacte écrit comme aujourd'hui et on met au bas de l'acte simplement deux mots qui transforment la convention en

contrat " :eperôtetheis hômologêka = interrogatus spopondi = ayant été interrogé j'ai répondu". Les Byzantins étaient tellement habitués à cette formule qu'ils la mettaient même dans les testaments!

§ 3 - Dotis dictio.

Dotis dictio.

C'est le deuxième contrat verbal. Il sert à constituer la dot. La dot se constitue par datio, par promissio, par dictio (Ulp. Reg. 6.I.). Cette dictio dotis n'est permise qu'à la femme, au débiteur de la femme délégué par elle (jussu uxoris) et à son ascendant paternel.

Elle était probablement un monologue (Cf. Collinet, Etudes T.I. p. 281). Elle a disparu dans des conditions que M. Collinet a essayé de déterminer parce qu'elle ne s'était pas adaptée à l'Orient; elle est remplacée dans les textes accueillis au Digeste par la promesse (ou pacte légitime de dot).

§ 4 - Jusjurandum liberti.

Double serment faisant naître à la charge de l'esclave affranchi l'obligation de fournir des operae, sanctionnée par l'a. certaine operarum.

Ce troisième et dernier contrat verbal (1) suppose l'affranchissement d'un esclave. En l'affranchissant, le maître voudrait se faire promettre par lui des operae, des services, pour l'avenir. Mais le maître ne peut pas passer de contrat, avec son esclave parce que l'esclave n'est pas une personne. Les Romains ont trouvé le moyen de tourner cette impossibilité. Avant l'affranchissement, l'esclave prêtera serment de fournir les operae plus tard. Ce premier serment n'est sanctionné que par la religion. Mais après l'affranchissement le patron lui fait répéter le serment et ce deuxième serment l'oblige. Si l'affranchi le viole en ne fournissant pas les operae jurées, il sera poursuivi par le Judicium operarum, l'action portant sur les operae (Venuleius D. 40.12.44 pr.)

Ce judicium operarum soulève de grandes difficultés. Par exemple, il paraît surprenant que l'action soit une action certaine (Pomponius). La meilleure explication, non donnée par Girard, p. 526 n.4 est que les operae consistent normalement en des journées de travail qui ont une valeur déterminée et fixe dans le monde romain, comme aujourd'hui les "prestations".

(1) J. Lambert, thèse de Paris, en préparation.

§ 5 - Le Contrat litteris.

C'est le dernier contrat formel, qui reste encore très obscur à cause de la rareté des textes (1).

Le contrat litteris se forme par l'inscription de la créance sur le registre domestique "codex accepti et expensi" = registre (semblable à nos livres modernes par opposition au volumen ou rouleau) sur quoi l'on porte ce qui a été reçu en déboursé ou *tabulae* (tablettes de cire) (Exemple unique d'un extrait de registre, Girard, Textes, p. 846-847).

Les pères de famille romains, en particulier les banquiers, tenaient ou plutôt faisaient tenir par leurs comptables (esclaves ou affranchis), trois sortes de registres: a) les *adversaria* où sont inscrites au jour le jour les recettes et dépenses dans l'ordre où elles se font, sans distinguer entre elles, comme sur notre Livre Journal (d'après la plupart des auteurs); b) Un *codex accepti et expensi* sur lequel on reporte à date fixe, généralement chaque mois, au net, les mentions des *adversaria* probablement en les classant par "postes" comme on dit aujourd'hui en langage bancaire. Pour la plupart des auteurs ce serait un livre de caisse. c) un registre sur lequel figurent les échéances des intérêts, c'est le *Kalendarium*, ainsi nommé parce que les intérêts sont payables par mois, à chaque calendes (*Kalendariae usurae*).

Le *codex expensi et accepti* suppose-t-on, comportait deux pages en regard, plutôt que deux colonnes.

Sur l'une, le père de famille inscrivait toutes les sorties de numéraire de sa caisse, *expensa*, tout ce qui était déboursé pour une cause quelconque; quand il faisait un paiement à quelqu'un ou un prêt ou une donation, il écrivait: versé à Titius 100: *Expensum Titio C.* L'opération s'appelle donc *expensilatio*, "report" sur le livre de la mention de sortie de caisse.

Sur l'autre page, il portait les *accepta*, tout ce qui était entré dans sa caisse à un titre quelconque: paiement fait par un débiteur, ou prêt, ou donation à lui versés: reçu de Titius 100: *acceptum af* (2) *Titio C.* L'opération constituait une *acceptilatio*,

(1) G. Appert, R.H.D. 1932, p. 619 et s.

(2) Les grammairiens latins disent que l'on écrit *af* (et non *a* ou *ab* "de") dans notre contrat, preuve de son ancienneté.

Les différentes mentions portées sur le registre à la page des *accepta* ou des *expensa*.

"report" d'écriture d'une recette (1).

1°- Mentions probatoires: nomina arcaria.

Ces mentions portées aux expensa ou aux accepta, ces mentions du crédit et du débit, de l'avoir et du doit, constituant des mentions simplement probatoires, des nomina arcaria, dit Gaius 3.131 (nomen: créance, arca, arche, caisse), ou créances de caisse; et, quand on considère ces mentions, ce qui crée l'obligation, ce n'est pas l'écriture, mais la source de l'obligation, le prêt, la numération des deniers versés en mutuum. Lorsqu'on trouve aux expensa la mention "versé 100 à Titius", ce n'est pas la mention écrite qui oblige Titius, c'est le mutuum que je lui ai fait; la mention n'est qu'une écriture probatoire.

2°- Mentions faisant naître l'obligatio litteris: nomina transscripticia.

Mais il se peut que ces mentions deviennent des mentions obligatoires, créant une obligation litteris. Comment ? Par les nomina transscripticia résultant d'une transcriptio a re in personam ou d'une transcriptio a persona in personam (Gaius 3.129).

a) transcriptio a re in personam.

a) Si l'on suppose qu'une obligation existait à la charge d'une personne en vertu d'une source quelconque, cette obligation sera remplacée par une obligation litteris, lorsque je ferai sur mon registre une transcriptio dite a re in personam. En ce cas, la personne du débiteur ne change pas; ce qui change c'est la cause (efficiente), le fait générateur, la source de l'obligation. Par exemple Primus était tenu en vertu de son achat, ex empto; par hypothèse il n'a pas encore payé son prix, il est acheteur à crédit; or un commun accord avec le vendeur, il va être obligé litteris au lieu de l'être ex empto, grâce aux mentions qui seront portées sur le Codex. Lesquelles ?

Le vendeur mettra à la page des accepta une recette comme si cet acheteur l'avait payé: acceptum ad Titio centum. Mais l'acheteur n'ayant pas payé en réalité, la recette est fictive. En conséquence, pour que le livre corresponde à l'état réel de la caisse, le vendeur portera sur la page des expensa: "Expensum Titio C = remis à Titius cent", qu'il n'a pas versés en réalité, qui constituent un prêt fictif. Or, s'il lui avait réellement prêté 100, il serait créancier de 100 ex mutuo. Après la transcriptio, il cesse donc d'être créancier en vertu de la vente, ex vendito; il devient créancier des 100 litteris et non pas ex mutuo, puisque le prêt n'a été que fictif.

L'intérêt à changer la cause du contrat, c'est de donner au vendeur une action de droit strict, au lieu d'une action de bonne foi; l'action de droit strict.

(1) Ce terme pris ici au sens général a un autre sens spécial; il désigne l'extinction d'une stipulation (voir plus loin).

a l'avantage de fixer de façon nette le montant de la créance, tandis que l'action de bonne foi laisse au juge une grande latitude d'appréciation, qui peut ne pas être sans inconvénient.

b) transscriptio a persona in personam.

b) La transscriptio a persona in personam (Gaius 3.130) a pour but de mettre un débiteur à la place d'un autre. On portera dans la colonne des accepta: "acceptum a Titio centum", comme si Titius avait payé. La recette fictive libère Titius. Puis on porte sur la page des expensa: "Expensum Maevio C. = versé à Maevius cent", comme si on lui avait prêté; le prêt ici encore, est fictif. On devient ainsi créancier litteris. La transscriptio a.p. in p. est une forme de la novation qui peut se faire soit avec ou sans délégation; Gaius prévoit une délégation fondée sur l'invitation (jussus) adressée par le créancier à Maevius de prendre la place de Titius.

Voilà probablement comment se formait le contrat litteris.

Doit-il y avoir mention correspondante et contraire sur le registre du débiteur? Oui, certes, ce n'est pas douteux, mais ces mentions n'avaient qu'un caractère purement probatoire pour la bonne tenue de la comptabilité du débiteur; elles n'étaient pas nécessaires pour la formation du contrat.

Origines du contrat litteris.

Girard (p. 529, n. 6) suppose que le contrat litteris possédait également une fonction créatrice: deux personnes qui avaient fait un simple pacte non obligatoire convenaient que le pacte serait mis par écrit sur le Codex expensi et accepti et cette mention aurait suffi à engendrer une obligation litteris. Mais cette fonction créatrice n'est pas créée par Gaius. Il est cependant nécessaire de la supposer, si l'on veut se rendre compte des origines du contrat litteris. Sur ce point, M. Collinet proposera plus tard une hypothèse, en voyant dans notre contrat le seul moyen pratique de réaliser les ventes à crédit avant la création de la vente consensuelle (voir Infra, Section III, § 1er).

Caractères du contrat litteris:

1° - Il peut avoir lieu entre absents.

Passons aux caractères de notre contrat:

1° - Le contrat litteris peut intervenir entre absents. On peut conclure, en effet un contrat autre que la stipulation par messenger (per nuntium) ou par lettre (per epistulam) comme aujourd'hui. La présence des parties étant exigée dans la stipulation, on voit l'avantage sur elle de notre contrat. Entre commerçants éloignés l'un de l'autre, il est indispensable de conclure sans la présence réelle des intéressés: le contrat litteris le permet (Gaius 3.130).

2° - Le Contrat litteris est, en principe, un contrat du Droit civil national, fermé aux étrangers.

2°- C'est un contrat du Droit civil inaccessible aux pérégrins.

Gaius le constate (3.132): les écritures passées sur le Codex au débit des pérégrins ne constituent que des créances de caisse probatoires, nomina arcaria, quant aux nomina transscripticia, qui créent le contrat litteris, le Proculien Nerva n'admettait pas que les Pérégrins pussent être obligés par aucune transscriptio, le contrat litteris étant un contrat national comme la sponsio. Les Sabinien, Sabinus lui-même et Cassius étaient moins absolus et autorisaient l'obligation d'un pérégrin par la transscriptio a re in personam (non par la transscriptio a persona in personam), sans doute dans l'intérêt du commerce (Gaius 3.133).

Les chirographa et les syngraphae des pérégrins. Leur forme.

Si les pérégrins n'ont pas de codex à la romaine, Gaius (3.134) nous dit que cependant une obligation littérale paraît exister chez eux sous forme du chirographum ou de la syngrapha. Ici encore, on a beaucoup discuté pour savoir ce que sont exactement le chirographum et la syngrapha. Nous sommes aujourd'hui mieux éclairés par la découverte de papyrus égyptiens qui nous renseignent sur la façon dont les pérégrins rédigeaient les actes par lesquels ils s'obligeaient. Le chirographum est le billet, c'est-à-dire un écrit unilatéral du débiteur: "Je reconnais devoir à X la somme de 10.000 sesterces". La "Syngrapha" (du grec *syn* "avec" *graphê* "écriture") est un acte bilatéral, une sorte de *professio*, d'attestation constatant qu'un tel, Primus, a passé un contrat (de vente) avec Secundus et qui décrit l'opération.

Le chirographum et la syngrapha avaient-ils un caractère obligatoire ou probatoire ?

Gaius dit que ces formes d'actes semblent obliger comme le Codex en Droit romain. Ils n'étaient donc pas seulement des actes probatoires, comme on l'a cru longtemps. La tendance actuelle est d'admettre que ces actes obligeaient (Girard p. 533, n. 1).

Disparition du Codex.

Les difficultés ne manquent pas non plus sur la disparition du contrat litteris. En réalité le problème est double: 1° - Tout le monde reconnaît avec Justinien (Inst. III, 21) que le contrat litteris romain, le contrat intimement lié au Codex, a disparu après Gaius à une époque inconnue, probablement à l'époque de décadence (III^e ou IV^e siècle) qui précède ou qui suit les invasions germaniques, époque à laquelle le soin de la tenue des livres est primé par d'autres soucis. 2° - Mais n'y a-t-il pas sous Justinien, une obligation litteris provenant d'une autre source que le Codex ? L'empereur, (Inst. III, 21, 1) déclare qu'une obligation litteris se forme dans le cas suivant: un billet a été souscrit par une personne pour un prêt qui n'a pas été versé; elle aurait pu tenter la *querela non numeratae pecuniae* dans le délai de deux ans; elle ne l'a pas fait. Elle est donc obligée. En

En quel sens peut-on admettre l'existence de l'obligation litteris sous Justinien?

vertu de quelle source ? Pas en vertu du prêt qui n'a pas eu lieu, mais *litteris*, en vertu du *chirographum*, qui ne peut plus être attaqué. Pourtant la plupart des auteurs (Girard, etc,...), suivant l'opinion de Meist, refusent de croire Justinien. Il n'y a plus, disent-ils, d'*obligatio litterarum* du temps de Justinien. La preuve en est qu'on ne la trouve pas au Digeste. Le titre spécial des Institutes a simplement pour but de conserver en apparence la division quadripartite des contrats: *re*, *verbis*, *litteris*, *consensu*.

D'autres auteurs croient à l'obligation *litteris* se formant sous Justinien dans les conditions qu'indique le texte. C'est l'opinion qu'a soutenue M. Colliquet (Etudes I, 59 et ss.), en se fondant sur la pratique grecque, qui aurait survécu en Orient. Cette opinion a été adoptée par M. Cuq (p. 246) (1).

Section II

Les contrats réels (re)

Les contrats re ou réels, sont des contrats qui se forment par la remise de la chose, *res*; ils sont au nombre de cinq: un de droit strict: le *mutuum* et les quatre autres de bonne foi: *fiducie*, *commodat*, *dépôt*, *gage*.

Dans le *mutuum* et dans la *fiducie*, la *res* consiste dans un transfert de propriété qui dans le *mutuum* s'effectue par tradition, puisqu'il s'agit de *res nec mancipi*, tandis que dans la *fiducie* il se fait par *mancipatio* ou *in jure cessio* (*res mancipi* ou non). Dans le *gage*, la *res* consiste dans un transfert de possession (conférant les interdicts possessoires au créancier gagiste). Enfin, dans le *dépôt* et le *commodat*, elle consiste simplement dans un transfert de détention. Des cinq contrats re, deux, la *fiducie* et le *gage* seront étudiés plus tard avec les sûretés réelles.

§ I - Le *mutuum*.

Le *mutuum* est un prêt de consommation. L'emprunteur qui reçoit les deniers ou les denrées a le droit d'en faire ce qu'il veut. Il en est propriétaire. Il est pourtant obligé de rendre au prêteur des choses de même nature, de même valeur et en même quantité.

1er Point: Origine du *mutuum* ?

Pour l'origine, on s'aperçoit très bien qu'il s'oppose au *nexum*. Celui-ci était formaliste et avait

(1) Voir, de Ruggiero, dans Studi Silvio Perozzi, 1925.

une sanction très sévère le mutuum n'est pas formaliste et sa sanction est la même que celle de la stipulation, une *actio certae creditae pecuniae* ou une *condictio certae rei* suivant qu'il s'agit de deniers ou de denrées. Le nexum est un acte de pur droit civil, tandis que le mutuum est un acte du Jus gentium, accessible aux pérégrins. A-t-il son origine dans les rapports entre commerçants étrangers et citoyens romains ? Le caractère international le ferait croire; son caractère d'acte gratuit (v. plus loin) n'y met pas obstacle. Il aurait apparu vers le VI^e siècle de Rome 254-154 av. J.C., à l'époque où fléchit le caractère archaïque du droit et où s'élargissent déjà les conceptions romaines du droit.

Etymologie.

Mais que signifie le mot mutuum ? Gaius (3,90) dit que ce mot venait du transfert de propriété, de la datio; qu'il recouvre: *quod ex meo tuum fit*. C'est un jeu de mots. Certains modernes voient un rapport entre mutuum et la racine de mutare (Cf. Bréal et Bailly, v^o moveo). D'autres pensent que mutuum correspondrait au grec de Sicile "moiton", "retour, reconnaissance".

Le mutuum n'a pas été sanctionné comme application de l'enrichissement sans cause mais comme contrat reposant sur l'idée de crédit.

Autrefois, on le faisait dériver du nexum. Puis un système (Girard et Cuq) considère qu'il a été sanctionné sur la base de l'enrichissement sans cause: l'emprunteur qui ne rend pas à l'échéance s'enrichit sans cause au détriment du prêteur. La base de ce système est que le mutuum est sanctionné par la *condictio* et que la *condictio* aurait été créée pour sanctionner uniquement l'enrichissement sans cause. - Mais l'idée est inadmissible: à la différence de l'enrichissement sans cause, le mutuum postule un accord entre les parties; il est né comme contrat; il a été sanctionné en vertu de l'idée de confiance, de crédit: *credere* (avoir confiance, donner son cœur) s'applique adéquatement au mutuum (Cf. Dig. XII.I. De Rebus creditis; c'est le titre consacré au mutuum: *credere pecuniam*: prêter de l'argent). Aujourd'hui encore prêt et crédit vont ensemble.

2ème Point: Comment se forme le mutuum.

Le mutuum se réalise par une traditio.

Il se forme par la remise de la chose qui consiste en une datio, un transfert de propriété par traditio. Ce qu'il y a d'intéressant, c'est l'évolution de cette traditio. A l'origine la remise devait être corporelle, consister dans le transfert matériel des deniers du prêteur à l'emprunteur. Puis, les Romains sont arrivés à sous entendre la tradition. Partout, dans la possession, ils ont fait triompher le spirituel sur le matériel, l'*animus* sur le *corpus*; et de ce mouvement on trouve une application dans le mutuum. L'évolution a été rapide dans le mutuum et très pronon-

Evolution de cette tradition dans un sens de moins en moins matériel.

A. Réalisation d'un M. par traditio brevi manu.

cée (1). Les singularités s'expliquent très bien (Girard p. 544, n. 3) par le fait que les prêts à Rome étaient en général faits par des banquiers. Ceux-ci à Rome sont, non seulement des manieurs d'argent, argentarii, mais des gens qui s'occupent des négociations de denrées. Suivons l'évolution.

A.- La traditio brevi manu, qui s'effectue tacitement, par des opérations juridiques équivalentes à une tradition effective, trouve son application en matière de mutuum.

1° - Un individu a déposé de l'argent dans une banque. Le banquier ayant besoin d'argent demande au client l'autorisation d'employer le dépôt à lui confié, de dépositaire, il devient emprunteur (Julien cité par Africain D. 17.1.34 Pr. Le texte porte "respondit" sans sujet ce qui vise le maître d'Africain Julien; Ulp. D. 12.1.9,9)

2° - Un individu I^{us}, à qui 2^{us}, banquier, veut emprunter l'autorise à toucher à sa place une somme qui lui était due et à garder cette somme une fois touchée à titre de prêt. I^{us} fera une délégation au banquier, en lui envoyant le permis de toucher sa créance à lui. Le prêt est formé par tradition tacite (Julien chez Africain pass. cité; Ulp. 12,1,15 dit que c'est un cas de traditio brevi manu).

3° - Un mandant autorise un mandataire qui a touché de l'argent pour lui à le garder à titre de prêt: Ici encore traditio brevi manu, car l'argent n'a jamais passé par les mains du prêteur, et cependant le mutuum est valable (D. 12,1,15 Ulpian). Julien avait résisté (chez Africain déjà cité) et par conséquent le mouvement ne s'est fait qu'au III^e siècle. Pour admettre que le mutuum soit formé dans cette hypothèse, dit Julien, il faudrait dire que l'argent peut être prêté par simple pacte et Julien ne peut admettre cela. Il raisonnait assez mal: il n'y avait pas de simple pacte, il y avait une traditio brevi manu qu'il n'apercevait pas.

B - 2ème hypothèse qui ne suppose pas une traditio brevi manu.

Un ami vient me trouver et demande que je lui prête de l'argent. Mais je n'ai plus d'argent dans ma caisse. Pour lui rendre service je lui remets un objet pour qu'il le vende, et garde le prix qui est censé lui avoir été prêté par moi. Le mutuum est-il formé? Aucune traditio de deniers, même tacite, les deniers n'existant pas. Les Romains anciens n'ad-

(1) Une application a été trouvée déjà dans la représentation; sur D.12.1.9.8. V. Girard, p. 544, n. 5.

B. Réalisation d'un M sans qu'il y ait de traditio même brevi manu.

mettaient pas le mutuum dans ce cas. Au contraire, à partir de Nerva, le père, mort en 33 ap. J.C., le mutuum est parfaitement valable (D. 12,1,11pr.), ainsi que le rapporte Ulpien. Ici encore, Julien, qui était postérieur à Nerva, puisqu'il vivait au début du II^e siècle sous Hadrien (117-138) se montre rebelle à reconnaître le mutuum, parce que les deniers n'existaient pas.

C. Réalisation d'un M. par simple promesse de deniers.

C - 3^eme série d'hypothèses.- On est allé encore plus loin. Dans les deux premières séries d'hypothèses, les deniers existent, au moins en puissance. Les Romains ont admis que le mutuum serait conclu quand les deniers seraient même simplement promis. Alors tout élément corporel a disparu, car la promesse est un acte purement intellectuel. Cela montre bien comment les Romains ont su concilier l'esprit de progrès avec l'esprit conservateur dont on les loue toujours.

Voici des cas:

a) Secundus demande à Primus de lui prêter de l'argent. Celui-ci n'en a pas, mais il a une créance sur Tertius. Primus créancier de Tertius invite celui-ci à s'engager vis-à-vis de Secundus qui devient emprunteur (Celsus Dig. 12,1,52). C'est le second cas de délégation rencontré.

b) L'emprunteur Secundus, au lieu de toucher la somme déléguée, se la fait promettre par le prêteur, Primus; autrement dit, Primus s'engage vis-à-vis de Secundus à lui verser le montant de la créance qu'il a contre Tertius. L'engagement suffit pour que le prêt soit contracté (Papinien D.14.3,19,3), en vertu de l'idée romaine que la délégation vaut argent comptant (qui debitorem suum delegat pecuniam dare intellegitur: Celui qui délègue son débiteur est censé verser l'argent). La notion objective de la res s'est donc spiritualisée et est devenue une notion intellectuelle juridique, comme dans les actions réipersécutaires où ce qu'on poursuit a été d'abord une chose matérielle revendiquée (l'esclave, le fonds), puis une valeur par exemple une indemnité pour inexécution d'un contrat.

En résumé, l'évolution de la res s'est donc faite dans certains cas au I^{er} siècle, le plus souvent au II^e, et enfin au III^e siècle, pour les cas non admis par Julien.

A quelles conditions le mutuum est-il valable? Pour l'être, il faut:

1^o - que le tradens, le prêteur, soit:

a) propriétaire des deniers,

b) capable d'aliéner,

2^o - que l'accipiens, celui qui emprunte soit capable.

Conditions de validité du mutuum.

Si le tradens n'est pas capable, le mutuum est nul; le tradens pourrait alors réclamer les deniers par une *condictio*. Ici cette *condictio* est bien fondée sur l'enrichissement sans cause; puisque le contrat n'est pas valable, aucun rapport contractuel n'a pu naître entre les deux parties; dans le mutuum valable, la *condictio* est fondée sur un rapport contractuel.

Incapacité du
fils de fa-
mille en ma-
tière de mu-
tuum.

Du côté de l'accipiens, on remarquera que le fils de famille ne peut pas emprunter: l'emprunt fait par un fils de famille est nul.

S.C. Macédo-
nien .

Cela avait été décidé, d'abord, d'après Tacite, par une loi de Claude; mais la défense vient surtout du S.C. Macédonien rendu sous Vespasien (69-79 ap. J.C.). Le fils de famille qui, malgré la disposition du S.C., aurait emprunté de l'argent pourrait, étant poursuivi par le créancier, repousser l'attaque du créancier par une *exceptio S.C. Macedoniani* qui fait tomber l'action du créancier et amène la nullité du contrat en droit prétorien. Cette *exceptio* figurait dans l'Edit sur l'invitation du Sénat qui ne pouvait encore faire du droit. Ce S.C. ne s'applique qu'au prêt d'argent et non de denrées. La raison probable c'est que les fils de famille étaient exploités par les usuriers (prêteurs d'argent), contre lesquels le Sénat les protège. On prétend que le S.C. tirait son nom du fait qu'un fils de famille Macedo aurait assassiné son père pour en héritier plus vite et rembourser un créancier pressant.

3ème Point : Objet du mutuum.

Le mutuum
porte sur les
choses de gen-
re, quae nu-
mero, pondere,
mensurave
constant.

Le mutuum a pour objet toutes les choses de genre, c'est-à-dire les choses qui peuvent se remplacer les unes par les autres, les choses de même nature, les choses fongibles, celles quae primo usu consumuntur: argent, denrées, etc.,... Le mutuum est un prêt de consommation, et c'est à ce propos que Gaius en donne l'étymologie: "quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit" = la chose de mienne devient tienne" (3.90). Seulement la détermination du genus ou de la species, est une affaire de convention entre les parties. Ce n'est pas une notion objective, mais interprétative. En pratique pourtant la détermination est objective, car il est rare qu'on déroge à la règle normale, à la coutume, suivant laquelle les choses de genre sont les choses fongibles, celles quae pondere, numero, mensurave constant, des choses qui se pèsent, se comptent, se mesurent (Gaius 3-90).

Caractère du
mutuum.

Les caractères du contrat sont très intéressants:

1° - c'est un

1° - C'est nécessairement un contrat à terme.

On ne conçoit pas un mutuum au comptant.

contrat à terme.

Particularités du nauticum fenus.

Par exception, le mutuum est conditionnel dans le prêt très pratiqué à Rome et se rattachant au commerce maritime appelé le prêt à la grosse (aventure), nauticum fenus, dont l'origine est grecque. Ce nauticum fenus porte sur de la pecunia trajecticia, c'est-à-dire sur de l'argent, qui est destiné à être transporté par voie de mer dans un pays lointain pour payer des marchandises qui ont été ou seront expédiées des pays d'outre-mer. Pour payer des marchandises à l'étranger, on aurait très bien pu se faire ouvrir un compte sur une banque étrangère, ou bien procéder par virement. Aujourd'hui il est rare qu'on fasse voyager l'argent lui-même. Mais dans le monde romain, le système bancaire est moins perfectionné que chez nous et la poste n'existe pas pour les particuliers. On envoyait donc matériellement l'argent par bateau, dans des sacs. - Par hypothèse, cet argent avait été prêté à quelqu'un. Le prêt était un prêt maritime nauticum fenus. Il est, non à terme, mais conditionnel; son remboursement est subordonné à la condition, "si le navire arrive à bon port". Autrement dit, le N.P. met les risques de perte, le periculum rei à la charge du prêteur. Dans le prêt ordinaire, les risques sont pour l'emprunteur, puisque l'argent est une chose de genre et que genera non pereunt: l'emprunteur doit rembourser même si l'argent envoyé par le prêteur ne lui est pas parvenu par cas fortuit.

2°. C'est un contrat gratuit.

Nécessité d'une stipulation spéciale pour obtenir des intérêts en vertu d'un mutuum.

2°. - Le mutuum est un contrat gratuit, ce qui est quelque chose de bien étonnant. Il est du droit international et se fait normalement entre commerçants; il n'est pas normal que des commerçants fassent des opérations gratuites. Y aurait-il donc eu un M. romain avant le M. international ? Un prêt sans forme entre parents, entre personnes de la même gens, entre amis ? On comprendrait alors le caractère gratuit du contrat comme pour le commodat et le mandat. Cela expliquerait le caractère gratuit qui aurait survécu quand le mutuum serait devenu un acte international. Peut-être le caractère de bienfaisance du contrat s'entend-il du fait qu'il est impossible de se faire restituer plus qu'on a donné. Celui qui a emprunté 10, mentionnés sur son chirographe ou billet, ne peut être tenu à restituer que 10; si ayant reçu 10, il promet de rembourser 15 (somme qui comprendrait les intérêts en plus du capital), sa promesse est nulle pour le surplus (Proculus d'après Ulpien 12.1, 11, 1). La difficulté est de prouver qu'il n'a reçu que 10 (1).

Le mutuum, de plus, ne produit d'intérêts que

(1) V. La théorie de la querela n.n.p. (Supra)

si les parties en ont convenu par stipulation.

Le taux de
l'intérêt
à Rome.

Son taux à
l'origine.

Le taux de l'intérêt conventionnel n'est plus limité en France depuis la loi du 18 Avril 1918; l'intérêt légal est de 5 % (matière civile) de 6 % (matière commerciale). L'intérêt conventionnel avait été limité ou même prohibé pendant longtemps. A Rome, le taux de l'intérêt a varié. A l'époque des XII Tables (dans le nexum), c'est l'unciarium fenus, c'est-à-dire le douzième du capital ou 8,33 %. On dit généralement que c'est 8,33 % par an; M. Charles Appleton (N.R.H. 1919 p. 467 à 543 avait cru prouver que c'est un taux mensuel; dans d'autres législations primitives, l'intérêt est toujours énorme, 100 % ou davantage, parce qu'en fait et pratiquement, on n'emprunte pour ainsi dire jamais. Ce taux élevé eut expliqué les révoltes des plébéiens accablés par le taux de l'intérêt, M.M. Nicolau (Mélanges Jorga, Paris, 1933, p. 925 et s.) a combattu cette hypothèse.

Une loi de 407 (ab. U.C.) (347 av. J.C.) réduisit le taux de l'intérêt de moitié. C'est le semunciarium fenus, 4,175 % (par mois, d'après M. Appleton, par an, selon l'opinion commune).

La loi Genutia
interdit
l'intérêt.

La loi Genutia, de 412 ab. U.C. (342 av. J.C.) interdit complètement les intérêts, mesure qu'on trouve chez d'autres peuples.

Abaissement
progressif du
taux de l'in-
térêt.

Mais cette loi, comme beaucoup de lois encore aujourd'hui, est restée inappliquée. La preuve en est qu'au temps de Cicéron, le taux légal de l'intérêt est de 12 % par an, ou 1 % par mois, centisimae usurae.

Sous Justinien, le taux de l'intérêt est de 6 %, en principe, de 8 % pour les commerçants, de 4 % pour les illustres, gens de haute situation, riches et qui doivent se montrer généreux. Il est de 12 % pour le nauticum fenus, en raison des risques spéciaux qu'il comporte.

Sanction de
l'usure.

Quelle est la sanction des intérêts supérieurs à l'intérêt légal, de l'usure ?

Une loi Marcia, du VI^e siècle, donne une action au double du trop demandé; elle permet la manus injectio pura. Sous Justinien, l'action en répétition est au simple.

Interdiction
de l'anatocis-
me.

Il faut dire un mot de l'anatocisme, du grec "ana", à nouveau, "tokos", intérêt. C'est la transformation des intérêts arriérés en un capital qui produirait à nouveau des intérêts. Il est expressément interdit comme en France, mais la législation a varié (Girard, p. 549-550).

§ 2 - Le Commodat.

Notion du
commodat.

Le commodataire n'est que
détenteur.

Le commodat
porte sur des
choses in
specie.

Obligations du
commodataire;
la custodia.

La restitution.

L'action com-
modati direc-
ta.

L'action com-
modati con-
traria.

Le Commodat (commodatum) est un contrat réel, de bonne foi. C'est le prêt à usage, par opposition au mutuum, prêt de consommation. La personne, le commodataire, qui emprunte un objet au propriétaire, le commodant, a le droit de se servir de la chose empruntée; il en a la simple détention, mais non la possession. Le commodat peut porter sur toute chose in specie, par opposition au mutuum qui porte sur les choses in genere.

Mais, on a vu que la distinction de species et genus, quoique ordinairement objective, peut dépendre de la volonté des parties. Par exemple, quand j'emprunte des pièces de monnaies, en principe, c'est pour les dépenser; c'est un mutuum. Mais, le changeur, monetarius, qui, au Forum, possède un étal, peut emprunter à quelqu'un des pièces de monnaie pour les exposer, pour attirer la clientèle, comme encore chez nous certains changeurs exposent à leur vitrine de belles pièces d'or. Alors, c'est un prêt à usage, un commodat.

Le commodataire doit rendre la chose même empruntée, en nature: l'esclave, l'ustensile, le cheval, le chariot qui lui a servi à transporter ses récoltes, après s'en être servi conformément au contrat; il ne peut pas dépasser les termes du contrat. Il a même une responsabilité plus forte que la responsabilité habituelle, il est obligé à la garde de la chose: custodia, que nous étudierons avec la théorie des fautes.

Le commodat est sanctionné par deux actions:

a) l'actio commodati directa (d'abord in factum, puis in jus) donnée au commodant contre le commodataire, La commodant a aussi la revendication, puisqu'il est resté propriétaire, et les interdits possessoires. Mais l'action commodati, de bonne foi, peut lui être plus avantageuse pour obtenir une condamnation plus forte; la preuve y est aussi plus facile.

b) L'action commodati contraria, en sens inverse, est donnée au commodataire contre le commodant, pour lui réclamer les frais qu'il a faits pour conserver la chose, et dont le commodant lui doit le remboursement selon toute justice.

§ 3 - Le Dépôt.

Définition
du dépôt.

Le dépôt, depositum, est un contrat réel de bonne foi, par lequel le déposant remet au dépositaire la détention (et non la possession) d'un objet qui lui appartient.

Le dépôt a d'abord été sanctionné par une action depositi pénale au double qui existait au temps des XII Tables, puis a disparu. Depuis la procédure formulaire, il est sanctionné par deux actions:

Actions qui
en naissent.

a) D'abord action in factum, puis in jus, l'action depositi directa infamante donnée au déposant contre le dépositaire (Gaius IV, 47); il a aussi la revendication et les interdicts possessoires, - b) l'action depositi contraria donnée au dépositaire contre le déposant, s'il a fait des frais pour conserver la chose.

Variétés du
dépôt:

Le dépôt, en droit romain comme aujourd'hui, présente plusieurs variétés:

Le dépôt ordinaire.

1° - Le dépôt ordinaire, Je pars en voyage, j'ai un objet précieux qui m'appartient, je vous demande si vous voulez vous en charger, vous acceptez; c'est un dépôt.

Ce dépôt ne porte en principe que sur des objets in specie, par exemple sur un sac d'argent scellé, et non sur des pièces d'argent non scellées. Le dépositaire n'a pas le droit de se servir de la chose déposée, sinon il commet un *furtum usus*.

Le dépôt nécessaire.

2° - Le dépôt nécessaire est fait en cas de force majeure. On étudiera complètement la force majeure et le cas fortuit, à propos des risques et des fautes. La force majeure est celle à laquelle personne ne peut résister. Par exemple, pendant une guerre, l'ennemi va envahir ma maison. Je transporte des choses qui m'appartiennent dans un village voisin; je n'ai pas pu choisir mon dépositaire, j'ai mis mon objet n'importe chez qui. Le dépositaire n'en est que plus responsable; il doit veiller avec un soin particulier à la conservation de ma chose. La sanction est une action depositi au double, donnée par l'Edit du préteur.

Le dépôt séquestre.

3° - Le dépôt séquestre, dépôt d'une chose litigieuse aux mains d'un tiers, le dépositaire séquestre.

Le séquestre a la possession.

A la différence du dépôt ordinaire, le dépôt séquestre peut porter sur des immeubles comme sur des meubles. Il confère au séquestre la possession, les interdicts possessoires, tandis qu'en principe, le dépositaire n'a que la détention. Il est indispensable, en effet, que le séquestre ait la possession, pour pouvoir défendre l'objet du séquestre contre les violations de possession émanant des parties ou des tiers.

Le dépôt irrégulier.

4° - Le dépôt irrégulier se présente sous un aspect curieux. D'après la convention passée entre Primus, le déposant, et Secundus, le dépositaire, Secundus aura le droit d'employer les deniers, de les consommer, à condition de restituer une même quantité (*tantundem*) à l'expiration du contrat. Mais alors, di-

ra-t-on, c'est un mutuum ? Il existe, en effet, des rapports très étroits entre le mutuum et le dépôt irrégulier, mais il y a aussi des différences. Normalement le mutuum se fait entre particuliers quelconques, tandis que le dépôt irrégulier a lieu entre un client et son banquier. Le client dépose de l'argent dans une banque, il autorise le banquier dépositaire à faire des fonds l'usage qu'il voudra. Telle était la pratique du dépôt irrégulier en droit romain.

En dehors de cette première différence, d'ordre pratique, entre le mutuum et le dépôt irrégulier, il existe des différences juridiques.

C'est un contrat de bonne foi synallagmatique imparfait.

a) Le mutuum est un contrat de droit strict; le dépôt irrégulier un contrat de bonne foi.

b) Le mutuum est un contrat unilatéral, le dépôt irrégulier un contrat synallagmatique imparfait.

c) Dans le mutuum pas d'intérêts, s'il n'a pas été fait de stipulation; dans le dépôt irrégulier, contrat de bonne foi, les intérêts sont dus de plein droit, même s'ils n'ont pas été convenus.

d) Le mutuum est interdit au fils de famille protégé par le S.C. Macédonien; rien de tel dans le dépôt irrégulier.

e) Dans le mutuum, jamais de privilège pour le créancier, le prêteur est un créancier chirographaire comme tous les autres. Dans le dépôt irrégulier, le déposant jouit d'un privilège, qui lui permet de primer les autres créanciers, tout au moins quand le dépôt est sans intérêt, parce qu'alors le déposant a fait acte de bienfaisance envers le banquier (hypothèse rare).

Les intérêts sont dus de plein droit. Il est permis au fils de famille.

Le déposant a un privilège.

Voilà donc un singulier contrat de dépôt, qui ressemble au mutuum, et permet, contrairement à la pratique et à la théorie ordinaire du dépôt, de se servir de la chose empruntée et qui porte sur de l'argent, des denrées, non une species.

Papinien admet sa validité.

Aussi comprend-on que certains grands jurisconsultes, Paul et Ulpien, aient résisté à son admission et soutenu que le contrat visé était un mutuum et non un dépôt. Or, Paul et Ulpien étaient les assesseurs du Préfet du Prétoire Papinien, le plus illustre des trois le plus grand jurisconsulte de Rome et l'un des plus grands de l'histoire. Papinien a admis la validité du dépôt irrégulier, dans deux textes souvent étudiés D.16,3 fg. 24 et fg. 25 § 1.

Influence du droit grec sur ce point.

Pourquoi cette différence d'opinion ? C'est que Papinien est un hellénisant. Il ne suffit pas de dire : Il est né en Syrie, car Ulpien aussi était né en Syrie, à Tyr. Mais Papinien était hellénisant, il voulait faire servir le droit grec au perfectionnement du droit

romain. Si Justinien a beaucoup étendu le domaine du dépôt irrégulier par des interpolations, c'est que lui aussi a subi l'influence du droit grec (Collinet, Etudes, I, p. 114 à 123). Cette thèse a été acceptée par M. Cuq, p. 449.

Section III

Les contrats consensuels.

Les quatre
contrats consensuels du
droit romain.

Rôle exclusif
du consente-
ment.

Leur date
d'apparition.

Emptio ven-
ditio.

Importance de
l'idée d'achat.

Définition de
la vente ro-
maine.

Aujourd'hui, tous les contrats sont consensuels. A Rome, les contrats consensuels étaient seulement au nombre de quatre (1). Trois d'entre eux sont synallagmatiques parfaits; la vente, le louage, la société, le quatrième est synallagmatique imparfait, le mandat.

Ces contrats se lient par la seule volonté, sans aucune forme ni res. Ils naissent de l'échange pur et simple des volontés des contractants. Dans ces opérations, le contrat se confond avec la convention.

La volonté existe bien dans les autres contrats formels ou réels, mais elle est pour ainsi dire à l'état interne, elle est voilée par la forme ou la res faites externes, qui occupent le premier plan. Dans les contrats consensuels, il n'en est pas de même, la volonté est tout. Ces contrats sont les vrais contrats précurseurs des contrats modernes, des applications anticipées de l'art. 1134 al. 1 du C.Civ.

Ces contrats sont de date relativement récente. Leur introduction date de la procédure formulaire, c'est-à-dire de la fin du VI^e siècle, de Rome, ou du début du VII^e siècle, selon Girard.

§ Ier - La vente.

La vente est le plus important des contrats encore aujourd'hui. Elle porte en latin deux noms: emptio venditio, achat, vente. Il semble donc que l'idée d'achat soit plus importante que l'idée de la vente, puisque le terme employé le premier est emptio. Cette conception n'est pas particulière aux Romains, elle se retrouve en droit germanique, où le terme fondamental est "Kauf", achat; la vente s'appelle "Verkauf", mot formé sur le terme achat avec un préfixe. On peut essayer d'expliquer cette idée par l'histoire (Cf. les mots emptus esto de la mancipation).

La vente est un contrat synallagmatique parfait de bonne foi, par lequel une partie (venditor) s'engage à fournir à l'autre (emptor) non pas la propriété de la chose comme dans les législations modernes, mais la possession utile et durable (vacuum possessio-

(1) On y ajoute parfois l'emphytéose, depuis Zénon (Inst. 3, 24, 3).

nem) de la chose (merx, marchandise) moyennant quoi par réciprocité, l'acheteur s'engage à transférer au vendeur la propriété d'un prix (pretium).

La vente est sanctionnée par deux actions de bonne foi. Celle qui appartient à l'acheteur, l'actio empti, ou ex empto est de beaucoup la plus importante; au vendeur appartient l'actio venditi, ou ex vendito.

A. Les origines de la vente.

D'où vient la vente consensuelle, de bonne foi synallagmatique ?

La vente - transfert de la propriété à l'origine.

Il n'est douteux pour personne que les Romains n'ont pas connu dès l'origine le contrat consensuel de vente. Auparavant ils ont pratiqué la vente sous forme d'une aliénation. La vente primitive est la vente transfert, la vente-aliénation. C'est celle qui se fait par mancipatio ou in jure cessio pour les choses Mancipi, par in jure cessio ou par tradition pour les res nec Mancipi.

C'est une vente au comptant.

Mais ces procédés de vente-transfert sont, des procédés de vente au comptant. Si je Mancipe ma chose ou que j'en fais in jure cessio ou tradition, l'acquéreur devient propriétaire de suite.

Comment faire une vente à crédit avant l'apparition de la vente consensuelle.

Cependant sous le régime exclusif de la vente transfert, qui a duré très longtemps, pendant les premiers siècles de Rome, il pouvait être utile de faire des ventes à crédit, analogues dans leur objectif à la vente consensuelle romaine ou moderne, qui est essentiellement une vente à terme.

Sous le régime ancien, la vente à terme pouvait être utile en particulier si l'acheteur n'avait pas encore la somme pour payer; l'aliénateur lui ferait crédit, à condition qu'il paie un peu plus tard. Comment réaliser cette opération, puisque la vente consensuelle n'existe pas ?

Hypothèse de M. Collinet: combinaison de la tradition et du contrat litteris.

M. Cuq (p. 271 n. 3), sans développer sa pensée a songé à une combinaison de la mancipatio et du prêt qu'il ne définit pas, mais qui ne peut être que le nexum. M. Collinet préfère une autre combinaison: Celle de la tradition et du contrat litteris. Cette hypothèse peut expliquer (ainsi qu'il a été annoncé plus haut) comment les Romains ont été amenés à créer le contrat litteris, c'est-à-dire comment ils ont pu se servir des écritures, existant à titre de preuve (nomina arcaria) pour en faire un moyen obligatoire (nomina transscriptitia).

Mais d'où peut venir la vente consensuelle synallagmatique et de bonne foi ?

Quelle a été l'origine de la vente con-

Un point semble certain: Girard (p. 570-572) a établi que la vente consensuelle était postérieure à la procédure formulaire, bien qu'on ait cru trouver

sensuelle.

déjà des ventes consensuelles dans les Comédies de Plaute.

Les singularités de la vente romaine.

A part cela, les auteurs sont en très grande divergence. Toutes les théories cherchent à deviner les origines de la vente sous les règles qui constituent ce qu'on appelle "les singularités de la vente romaine" (1), c'est-à-dire les particularités propres à la vente romaine:

Le vendeur n'est pas tenu de transférer la propriété.

1° - Le vendeur, en droit romain, n'est pas obligé à transférer la propriété, à dare, mais seulement à *vacuum possessionem tradere*.

Les risques sont pour l'acheteur.

2° - Quand la chose vendue périt par cas fortuit (si l'esclave meurt) alors que le prix n'est pas encore payé, les risques sont pour l'acheteur, c'est-à-dire qu'il doit son prix, bien qu'il ne reçoive pas livraison de la chose: *res perit emptori ou creditori*.

Le prix doit être en argent.

3° - Le prix doit être versé en argent et non en nature, malgré des controverses entre les juriconsultes romains.

Voilà les trois singularités les plus remarquables de la vente romaine. La plupart des théories essaient de les expliquer par les origines historiques de la vente.

1ère théorie la vente se serait formée par un contrat re.

Examinons ces théories au nombre de quatre.

La première théorie qui a eu peu de succès, soutenue par Pernice et Paul Huvelin (*Dict. des Antq. V° Merx*) prétend que la vente aurait commencé par être comme en Droit germanique, un contrat re. Mais elle ne s'appuie sur aucune preuve.

2ème théorie (Girard) la vente se serait formée par deux stipulations avant de devenir un contrat consensuel.

La 2ème théorie, la plus soutenue de toutes, est acceptée par Girard (570 n. 1): la vente se serait formée par l'échange de deux stipulations. Cela expliquerait la règle des risques: la chose périt pour l'acheteur, car, les deux stipulations étant indépendantes l'une de l'autre, le prix reste dû, même si l'objet vendu avait péri. La première stipulation n'a plus d'objet, cela n'empêche pas que l'autre, celle du prix survive toujours. De plus, dit Girard, la vente n'aurait pris que peu à peu ses caractères de contrat synallagmatique et de bonne foi.

Contre cette doctrine, M. Collinet élève tout de suite une objection. Est-il bien vrai que c'est si lentement que la vente a pris ces caractères de contrat synallagmatique et de bonne foi ? Girard (p. 570) le croyait, mais il faut aujourd'hui renoncer à cette idée. Les textes sur lesquels on s'appuyait ont été ou déclarés interpolés (D. 4,3,7,3) (2) ou expliqués tout

(1) C'est le titre d'un article de Chausse, N.R.H. 1899 p. 513 et suiv.

(2) R. Monier, dans *Mélanges Cornil*, 1926, T. II.

autrement (D. 19,1,50) (v. infra).

Cette doctrine ne peut expliquer:

a) la nature de l'obligation du vendeur qui consiste seulement à *vacuam possessionem tradere*; et en effet Girard fait intervenir ici l'idée internationale;

b) que le prix soit en argent;

c) comment deux stipulations, contrats de droit strict et formalistes, ont pu se transformer en un seul contrat de bonne foi consensuel.

d) comment deux stipulations unilatérales indépendantes auraient pu donner naissance à un contrat synallagmatique parfait. A la vérité, une différence fondamentale de nature sépare les contrats consensuels synallagmatiques et de bonne foi d'une part, et les actes formalistes unilatéraux et de droit strict de l'autre. La vente consensuelle a été de bonne foi dès l'origine et elle a été synallagmatique parfaite dès l'origine; les deux obligations des parties étaient soudees l'une à l'autre par le principe de simultanéité ou de connexité. Cela dès Labéon quoi qu'on ait prétendu le contraire à cause d'un texte embarrassant (D. 19,1,50) dont l'explication a été proposée par M. Collinet, *Studi Bonfante*, t. III, 1930, p. 409 et s.

Cependant, si nous n'admettons pas que la vente consensuelle vienne de deux stipulations, il n'en est pas moins vrai que les Romains ont fait des ventes par double stipulation, comme l'indique le *de re rustica* de Varron (Cf. Girard, p. 570, n. 1). Seulement la question est de savoir dans quelle sphère économique ces ventes par deux stipulations se faisaient, ce que personne jusqu'ici n'a recherché.

3ème théorie
(M. Cuq)
la vente consensuelle,
dériverait de
la vente du
droit public.

3ème Théorie: La vente consensuelle dériverait de l'imitation des ventes du droit public. L'Etat romain avait des biens qu'il vendait de temps en temps aux particuliers par l'intermédiaire des censeurs. Ces ventes étaient sans forme comme tous les actes passés par l'Etat. Elles étaient très souples, car le juge qui avait à interpréter une difficulté entre l'acheteur et l'Etat devait se montrer large dans son appréciation. On a alors pensé que la vente de droit public avait exercé une influence sur celle du droit privé. Esquissée par Mommsen, cette théorie a été reprise par Chausse (N.R.H. 1899, p. 513 et ss.) et elle a l'adhésion de M. Cuq (p. 453-455). Cette théorie explique toutes les singularités de la vente. Elle explique le principe, l'idée commune à toutes ces singularités, à savoir qu'elles sont toutes en faveur du vendeur par la raison que l'Etat, le vendeur, est le plus fort et dicte la loi du contrat; il se refusera donc à assumer une responsabilité quelconque par rap-

port aux risques; de même qu'il se refusera à garantir qu'il est propriétaire; de là l'obligation non de dare, mais seulement de *vacuum possessionem tradere*. Enfin, le budget de l'Etat se dressant comme aujourd'hui par recettes et dépenses exprimées, en argent, on comprend que le prix de vente payé par les particuliers soit en argent.

Cette théorie est donc très difficile à attaquer. Cependant, de l'avis de M. Collinet, elle ne reçoit pas de preuve directe et d'autre part, elle est plutôt l'extension à la vente de la théorie relative à l'origine du louage de droit privé qui viendrait du droit public ou, du moins, qui a subi l'influence du droit public: simple "contamination" de théories, mais pas de preuve absolue.

L'objection principale est que cette doctrine justifie insuffisamment les caractères de la vente de droit privé. Sans doute elle justifie le caractère consensuel par l'absence de forme dans les actes entre l'Etat et les particuliers. A la rigueur, elle justifie aussi le caractère synallagmatique, car l'acheteur de l'Etat romain et l'Etat assument réciproquement des obligations. Mais la théorie justifie peu ou mal le caractère de bonne foi de la vente, attendu que le pouvoir large d'interprétation du juge dans la vente de droit public n'équivaut tout de même pas aux pouvoirs définis du juge de l'action de bonne foi. Jamais on n'a rattaché les rapports entre Etat et particuliers à l'idée de bonne foi. L'obligation de l'Etat, celles des agents de l'Etat assimilées à celles des particuliers, est une idée moderne et même récente.

4ème Théorie, propre à M. Collinet, élaborée aux cours des Pandectes 1924 -1925, 1925-1926.

La vente vient de la coutume internationale, des ventes passées entre pérégrins (Grecs) et Romains. Pour expliquer tous les caractères de la vente romaine et toutes ses singularités, on le verra encore mieux à propos de la garantie (v. plus bas), il faut en réalité distinguer deux sortes de vente: la vente nationale et la vente internationale.

1° - La vente de droit national entre Romains se faisait par deux stipulations. C'est la vente de *Varron*, de *re rustica*, et des formulaires de *Caton*, parce que tous deux écrivent pour les grands propriétaires fonciers, en vue de la bonne administration de leurs domaines. Ces grands propriétaires sont des Romains qui font des ventes ou achats avec des Romains.

Les caractères de cette vente nationale par deux stipulations sont les suivants: double contrat

4ème théorie
(M. Collinet)
la vente consensuelle aurait une origine internationale.
Existence de deux sortes de vente.

1° - La vente entre Romains par double stipulation.

formaliste, de droit strict, unilatéral donc rien de commun avec la vente classique.

2° - La vente entre Romains et Pérégrins simplement consensuelle et qui aurait fini par s'étendre aux opérations entre citoyens.

2° - La vente internationale se fait entre pérégrins et Romains. C'est cette vente qui deviendra seule vente définitive, après que les Romains l'auront adoptée en diminuant le rôle de leur vente nationale. Cette vente internationale possède dès l'origine tous les caractères de la vente classique et tous s'expliquent par son caractère international et spécialement gréco-romain, c'est un contrat du Jus gentium, consensuel (les Grecs admettent parfaitement ces contrats consensuels), synallagmatique parfait, (l'adjectif même indique que cela vient du grec), c'est un contrat simultané, où les obligations naissent réciproquement immédiatement, et sont liées l'une à l'autre si bien que quand l'une tombe, l'autre tombe; c'est un contrat de bonne foi; le prêteur pérégrin avait protégé l'acheteur romain contre le vendeur grec en exigeant que celui-ci agisse ex fide bona.

Avantages de cette théorie pour expliquer les particularités de la vente.

Avec cette théorie on explique très bien les singularités de la vente qui ont pour principe et pour base l'idée que l'opération est exclusivement favorable au vendeur. Cela se comprenait si le vendeur est l'Etat. Cela se comprend aussi bien si le vendeur est un pérégrin, car le pérégrin est un marchand en gros qui dicte la loi du marché. Il fait la loi parce qu'il offre à l'acheteur des objets dont il a besoin ou qui le tentent. L'acheteur, commerçant de détail, ou particulier acheteur pour son compte, romain ou pérégrin, peu importe, se soumet par là-même à la loi du vendeur.

Reprenons la singularités de la vente:

1° - La vendeur est obligé à *vacuum possessionem tradere*, et non pas à *dare*. Comme il dicte la loi du marché, il ne veut pas assumer de responsabilité au cas où il ne serait pas propriétaire des marchandises; il se refuse donc à *dare*, acte qui implique la propriété; il se refuse de même pendant longtemps à toute garantie (Cf. plus loin).

2° - Les risques sont pour l'acheteur, même idée: c'est une question de puissance: le vendeur étant le plus fort impose les risques à l'acheteur. C'est une règle qui s'explique par des considérations économiques historiques auxquelles on n'a pas assez songé (v. la théorie des risques).

3° - Le prix est en argent parce que le commerçant en gros veut de l'argent pour reconstituer ses stocks. Cet individu qui a apporté des objets fabriqués des vases, par exemple, n'a que faire de blé ou de toile en échange; ce qu'il veut, c'est de l'argent qu'il emploiera outre-mer en achetant des choses qu'il

réimportera ensuite. Il faut donc que ce prix soit en argent et non en nature.

Passons aux obligations de l'acheteur et du vendeur.

B. L'obligation de l'Acheteur.

L'acheteur
doit dare
pretium.

L'acheteur n'a qu'une obligation, celle de transférer au vendeur la propriété du prix: dare pretium. Au prix s'ajoutent les accessoires, les intérêts de retard ou moratoires (que l'inexécution de la vente produit de plein droit), les frais de garde, etc.,...

I. Caractères
du prix:

- a) verum,
- b) justum,

1° - Le prix doit être d'abord verum et justum; mais ces exigences ne sont pas romaines, M. A. de Senarclens l'a démontré (décl. Paul Fournier, 1929, p. 685 et s.)

Considéra-
tions écono-
miques et so-
ciales, ex-
pliquant ce
caractère.

- a) verum - non simulé, vrai, authentique, réel.
- b) justum, ne pas être vil, correspondre à la valeur réelle de la chose, notion économique (la valeur réelle est déterminée par les prix courants du marché).

A cet égard, pendant longtemps, les parties ont pu se tromper l'une l'autre, chercher à tirer de l'opération le plus d'avantages chacune pour son compte. Ainsi, pendant longtemps, le vendeur a-t-il pu être lésé par l'acheteur qui lui payait un prix vil. Un tel vendeur exposé à être lésé n'était pas, cela va de soi, le vendeur capitaliste, mais un petit vendeur pressé par le besoin; c'est par exemple, un petit propriétaire foncier (car la petite propriété existe dans l'Empire romain à côté de la grande), qui a besoin d'argent et, en conséquence, accepte les conditions de l'acheteur; par hypothèse, grand propriétaire qui cherche naturellement à étendre son domaine. Mais profitant des circonstances, il achète le plus bas possible. Les grands propriétaires ont donc pu pendant longtemps exploiter les petits en leur payant un prix moindre que la valeur de la chose.

La lésion.

Les choses changèrent avec l'introduction de la théorie de la lésion. Qui l'a introduite ? Longtemps on a cru qu'elle datait du III^e siècle, mais les textes sont interpolés. C'est donc une théorie qui ne date que du Bas-Empire, peut-être des prédécesseurs de Justinien. Elle a été dans certains ouvrages, mise en harmonie avec le développement du christianisme, car la théorie du juste prix est essentiellement une doctrine canonique. Il est très possible que, dès avant le moyen âge, des canonistes du V^e siècle, probablement en Orient, aient trouvé cette théorie du juste prix et de la lésion que les empereurs se sont appropriée. Cette hypothèse est tout à fait conforme à la thèse soutenue par Henri Monnier (N.R.H. 1900,

p. 181-189) suivant laquelle la théorie de la lésion s'expliquerait par l'exploitation des tenuiores ou humiliores, des petits propriétaires fonciers, par les puissants, les honestiores, les potentes, les propriétaires des grands domaines, précurseurs des seigneurs féodaux.

c) Certum.

c) Le prix doit être certum, déterminé (Gaius, 3,140), mais les Romains se montrent libéraux pour cette détermination. Ils admettent qu'on peut le faire déterminer par un arbitre, etc.,...

d) in numerata pecunia.

d) Il doit être de la "pecunia numerata signata populi romani". C'est là une exigence formelle de la part des Proculiens, sinon il y aurait échange et non pas vente. Les Sabinienens toléraient le prix en nature, mais leur opinion n'a pas triomphé (Gaius 3,141 Paul D. 18,1,1,1.)

II. Sanctions du défaut du paiement du prix.

2° - Sanctions du défaut de paiement de prix.

1°) Premier effet: Sur le transfert.

1° - Le défaut de paiement du prix empêche la traditio (mais non la mancipatio) de transférer la propriété.

Nous avons dit que le vendeur romain n'est pas tenu à dare, mais seulement à vacuum possessionem tradere. En fait, pourtant, s'il est propriétaire, il est obligé à dare et en conséquence, dans la pratique, la datio qui interviendra sera, non seulement une traditio, mais encore une mancipatio ou in jure cessio de la chose mancipi (v. obligations du vendeur). Si le prix n'est pas payé, quel effet le non paiement aura-t-il sur la datio ? S'il s'agit de la tradition d'une res nec mancipi, elle ne confère la propriété à l'acheteur que s'il a payé le prix ou donné satisfaction au vendeur d'une autre manière, en lui fournissant soit un expromissor, c'est-à-dire un débiteur qui prend sa place (cf. théorie de la novation) soit un gage ou bien si le vendeur a suivi la foi de l'acheteur. (Inst. II.1,41.) Mais quid du transfert de la res mancipi ? Il y a sur ce point une controverse. M. Collinet estime que la mancipatio était translatrice de propriété, même si le prix n'était pas payé. L'opinion générale est contraire.

2° - Le défaut de paiement entraîne contre l'acheteur l'a. venditi. Cas où l'acheteur peut légalement refuser de payer.

2° - Second effet: sur le contrat.

Le non paiement du prix à l'échéance entraîne contre l'acheteur l'actio venditi ou ex vendito.

Cependant dans deux cas l'acheteur peut refuser à bon droit le paiement: a) quand le vendeur lui réclame le prix sans offrir lui-même le transfert de la chose, et réciproquement, l'acheteur ne peut demander la livraison de la chose s'il n'offre pas de payer son prix: les deux obligations sont simultanées (Cf. Ulpien D.19,1,13,8, qui se réfère à l'acheteur, mais peut être étendu au vendeur), l'exceptio non adimpleti

contractus, qui n'est pas une vraie exception romaine prétorienne, mais un nom créé au moyen âge, désigne la fin de non recevoir d'une partie dans les contrats synallagmatiques si l'autre n'exécute pas de son côté (1).

b) L'acheteur peut refuser le paiement; quand il y a controverse sur la propriété, quaestio domini-mota. La propriété du vendeur n'est pas certaine. L'acheteur a le droit de ne pas payer le prix jusqu'à ce que la question soit résolue (Papinien D.18,6,19,1 exemple caractéristique d'interpolation par comparaison avec le fragment géminé pur § 12 fg. Vatie.)

Obligations
du vendeur
sanctionnées
par l'A. empti.

C. Les obligations du vendeur.

Les obligations du vendeur sont beaucoup plus importantes que l'obligation unique de l'acheteur. Elles sont sanctionnées par l'actio empti ou ex empto, donnée à l'acheteur contre le vendeur.

Les obligations du vendeur sont posées par un texte fondamental de Paul D. 19,4,1,Pr. "venditori sufficit: 1°- ob evictionem se obligare (Il suffit au vendeur de s'obliger pour cause d'éviction). 2°- possessionem tradere (transférer la possession); 3°- purgari dolo malo (s'abstenir de tout dol)" Il y a donc là trois chefs d'obligations; en réalité il y en a cinq.

1°- S'abste-
nir de dol.

1° - De façon générale, le vendeur doit s'abstenir de dol; Girard enseigne que cette obligation ne s'est introduite qu'après Labéon en vertu d'un texte d'Ulpien (D.4,3,7,3), mais le texte est interpolé (v. plus haut). Cette obligation s'accorde avec le caractère de bonne foi de la vente consensuelle.

2° - Garder la
chose jusqu'à
la livraison.

2° - Garder la chose jusqu'à la livraison, et à cet égard il est tenu d'une responsabilité plus grande que la responsabilité ordinaire; il est tenu de la custodia comme le commodataire (voir théorie des fautes).

3° - Livrer la
chose.

3° - Il est tenu de livrer la chose. Celle-ci doit être susceptible de possession et dans le commerce, on l'appelle merx (marchandise; encore un argument en faveur de l'origine commerciale de la vente consensuelle). Ce fut longtemps une chose corporelle (existante ou future; et même aléatoire: récolte, coup de filet du pêcheur). Puis on put vendre des droits, des choses incorporelles, (créances, hérédité) après que la théorie de la possession se fut élargie (voir plus loin cession de créance). Cette chose, le vendeur n'est pas obligé en principe de la dare, d'en céder la propriété, mais il est seulement tenu de possessionem tradere, plus exactement de vacuum possessionem tradere.

Le vendeur
n'est te-
nu en princi-
pe qu'à vacuum

(1) cf. G. Boyer, thèse de Toulouse 1924. Recherches historiques sur la résolution des contrats.

possessionem tradere.

d'en assurer la possession paisible et durable à l'acheteur. Il lui suffit donc de mettre l'acheteur en état de triompher dans un procès intenté par un tiers et portant sur la possession de la chose, (Ulpien D.I9. I, II, 13)(1).

Conséquence : la vente de la chose d'autrui est promise.

Du fait que le vendeur est tenu seulement à *vacuum possessionem tradere* il résulte que la vente de la chose d'autrui est parfaitement valable, ce qui n'est plus exact aujourd'hui (C.C. 1599). Toutefois si le vendeur de la chose d'autrui était de mauvaise foi, s'il avait vendu sciemment la chose d'autrui, par exemple si c'était un voleur, si d'autre part l'acheteur était de bonne foi, ignorant la provenance de la chose, n'était pas un recéleur, cet acheteur aurait une *actio ex empto* utilis en indemnité dans la mesure de son intérêt, même avant toute éviction (Julien cité par Africain, D. 19, I, 30, 1).

Mais si le vendeur d'une res *mancipi* est propriétaire il est tenu de faire *mancipatio*.

Il faut remarquer que le vendeur doit tradere *vacuum possessionem* seulement en théorie. En fait, quand il est propriétaire, il est tenu, s'il s'agit d'une res *mancipi*, de faire *mancipatio* ou *in jure cessio* à l'acheteur, c'est-à-dire à dare, sans quoi il manquerait à la bonne foi qui est à la base de ce contrat. C'est ce que dit Paul, (sent. I, 13, A.4). Le texte prétendu interpolé d'Ulpien (D.I9, I, II, 2) Girard p. 587 n.3) nous semble pur aussi. L'obligation de dare ne contredit nullement notre système sur l'origine de la vente ; en théorie le vendeur est tenu seulement à *vacuum possessionem tradere* parce que la vente est internationale ; mais quand les Romains ont adopté la vente consensuelle, ils lui ont appliqué les règles romaines et ils ont forcé le vendeur à dare s'il était propriétaire.

4°- Garantie contre l'éviction.

4°- Le vendeur est obligé de garantir l'acheteur contre toute éviction (2). L'éviction est le fait pour l'acheteur ayant, par hypothèse, reçu la chose d'un vendeur non propriétaire, à non domino, et n'ayant pas encore usucapé, d'être dépossédé de la chose par le triomphe du vrai propriétaire revendiquant.

L'obligation de garantir l'acheteur contre toute éviction est le prolongement de l'obligation de

(1) Pour les avantages de ce système, beaucoup plus souple que le système moderne, cf. Cuq p. 458-459 - V. Marianne Bussmann, thèse de Lausanne 1933.

(2) L'histoire de la garantie contre l'éviction a été éclaircie dans ses moindres détails par les Etudes de M. Girard (1882-1884) complétées dans ses *Mélanges de Droit Romain*, II, p.3 à 305).

délivrance. Elle se retrouve dans tous les contrats à titre onéreux et n'existe pas au contraire dans les actes à titre gratuit (1), sauf exceptionnellement pour la dot, parce que la dot a un caractère mixte et est à la fois un acte à titre gratuit et à titre onéreux (cf. *fraus creditorum*).

Sanction de cette obligation en Dt. classique *actio empti* et *a. ex stipulatu duplae*. Explication historique de la coexistence de ces 2 actions.

En droit classique, l'acheteur évincé peut exercer contre le vendeur un recours en garantie à l'aide de deux actions : l'*actio ex stipulatu duplae* qui a pour objet le double du prix de vente, et l'*actio empti* ou *ex empto*, l'action ordinaire du contrat. Comment se fait-il qu'il ait l'*actio ex stipulatu duplae*, l'*actio empti* ne suffisait-elle pas? Ce choix entre les deux actions ne peut s'expliquer que par l'histoire.

C'est une survivance historique. Pour la comprendre, il faut donc partir d'une :

1ère étape relative aux ventes - transferts.

La vente transfère à eu en effet une influence sur la vente contrat surtout en notre matière.

1° - La garantie dans le cas d'aliénation par *mancipatio*. *Actio auctoritatis* au double du prix.

1ère hypothèse : L'aliénation est faite par *mancipatio*. Elle entraîne alors de plein droit obligation de garantie (Girard p. 589 n 3 signale les textes épigraphiques et papyrologiques).

L'acquéreur menacé par le tiers appelle en garantie l'aliénateur. Ce dernier doit lui prêter son concours dans le procès fait par le tiers; ce concours s'appelle "*auctoritas*" (*auctoritas* ne signifie pas autorisation, mais augmentation de force, racine *augere* ; cf. *Auctoritas patrum*, *auctoritas tutoris* (2)). Si l'aliénateur refuse son concours à l'acquéreur, qu'il doit défendre, ou si, venu en justice, il ne peut pas le faire triompher dans la revendication, en prouvant par témoins ou par titres qu'il était réellement propriétaire, l'acquéreur peut se retourner contre lui et le faire condamner par l'*actio auctoritatis*, l'action du concours (refusé ou inopérant). Cette action existe dès les XII Tables. Elle est pénale et au double du prix (Paul Sent. 2, 17, 3). Elle n'existe plus sous Justinien, parce qu'elle était liée à la *mancipatio* et que celle-ci n'a pas été reçue dans la compilation de Justinien de caractère orientale (Collinet Etudes I). Mais cependant MM. Lenel et Girard ont retrouvé sous les textes interpolés l'*actio auctoritatis* appelée *a. de evictione*.

Pour que l'*actio auctoritatis* procède, il faut que l'acquéreur ait subi une éviction véritable, qu'il ait été dépouillé par le triomphe du tiers.

(1) Voir Kamphuisen, R.H.D. 1927, p. 607 à 650.

(2) F. de Visscher, R.H.D. 1933, p. 603 et s.

Il ne suffirait pas qu'on découvrit un vice de la chose, par exemple une servitude prédiale grevant la chose et que l'aliénateur n'avait pas déclarée, à moins qu'il n'ait vendu le fonds pur de toute servitude "uti optimus maximus" (le meilleur possible) à l'état parfait.

Notons qu'au transfert par mancipation se rattache une première stipulation de garantie, la *satisfactio secundum Mancipium*, très obscure (Girard, p. 591, n. 2).

2ème hypothèse : l'aliénation a eu lieu sans mancipatio, par *in jure cessio*, ce qui devait être bien peu pratique, ou par *traditio*; ou bien la vente a été faite par deux stipulations.

2° Aliénation sans mancipatio: absence de garantie légale.

Nécessité d'y suppléer par une garantie conventionnelle.

Alors pas de garantie légale, puisque celle-ci ne se trouvait que dans la mancipatio. L'acquéreur laissé par la loi sans protection, est réduit à s'assurer lui-même contractuellement contre le risque d'éviction par des stipulations:

a) Stipulatio duplae sanctionnée par une actio ex stipulatu certaine.

a) La première est la *stipulatio duplae*, employée soit pour les aliénations de *res Mancipi* à côté du régime légal, soit pour les aliénations de choses *nec Mancipi* précieuses (par exemple des bijoux). Dans l'expression *stipulatio duplae*, on sous-entend "*pecuniae qua res mercata fuit* : stipulatio ayant pour objet le double de l'argent pour lequel l'objet a été vendu, le double du prix".

La sanction en est l'*actio ex stipulatu duplae*, *actio duplae*, action certaine puisqu'elle a pour objet le double du prix et que le *certum* (*quid, quale, quantum*) est ici incontestable. En réalité c'est une *actio certae creditae pecuniae*. Il ne faut pas la confondre avec l'*actio ex stipulatu* incertaine qu'on va voir.

b) Stipulatio rem habere sanctionnée par une action incertaine ex stipulatu.

b) La deuxième stipulatio s'appelle *rem habere licere*. L'aliénateur s'engage par cette stipulation à permettre à l'acquéreur de conserver la chose. Elle se donne pour le transfert des *res nec Mancipi* peu précieuses (Cf. Varron pour les ventes de moutons, de brebis). Elle est sanctionnée par une *actio ex stipulatu*, action incertaine au simple. Elle a pour objet une indemnité que le juge fixera eu égard au préjudice causé à l'acquéreur qui ne garde pas la chose.

La garantie dans la vente consensuelle: Elle devient une conséquence obligatoire de la vente elle-même.

2ème étape : La vente consensuelle est née. Elle est sanctionnée par l'*actio empti* de bonne foi et l'acheteur évincé aurait dû pouvoir recourir contre son vendeur en cas d'éviction sur la base de cette bonne foi que le vendeur a violée en ne lui conférant pas la chose définitivement. Mais la garantie n'était pas inhérente à la vente originale, parce que (suivant notre hypothèse) les marchands pérégrins ne voulaient

pas l'assurer; d'ailleurs la question ne se pose pas quand il s'agit de marchandises du commerce. Aussi quand les Romains adoptèrent la vente nouvelle, l'usage des stipulations de garantie persista-t-il. Le progrès va consister à souder la garantie à la vente nouvelle, à faire de la garantie une conséquence obligatoire de la vente:

1er moyen : l'acheteur peut exiger par l'actio ex empto intentée contre le vendeur que ce dernier lui fasse mancipatio quand la chose est mancipi et par conséquent en cas d'éviction sa garantie sera assurée par l'actio auctoritatis;

2ème moyen : lorsque la chose est nec mancipi ou si la vente n'a pas lieu entre citoyens, il fallait autre chose. Il fallait que le vendeur fût forcé à fournir la stipulation de garantie.

influence
exercée à cet
gard par
l'Edit des Edi-
es Curules sur
les ventes
d'esclaves.

Le point de départ du mouvement de soudure se trouve dans l'Edit des Ediles Curules. Ceux-ci ont la surveillance et la juridiction des marchés, ils en règlent le fonctionnement par leur Edit (D.21, I). Or sur ces marchés viennent des marchands d'esclaves (tout différents des commerçants grecs visés plus haut) qui sont souvent de nationalité inconnue et de moralité douteuse comme les anciens négriers. Les Ediles forcent donc ces marchands, quand ils contractent, à deux choses :

1°- A déclarer les vices cachés des choses mises en vente (v. plus loin) et 2° à faire à l'acheteur une promesse du double calquée sur la stipulatio duplae dont il a été question. Si l'acheteur se voit réclamer l'esclave par un tiers, il a un recours contre le vendeur par deux actions édiliciennes:

a) une action dite quanti minoris qui dure six mois pour demander à cet individu réparation du préjudice causé, b) l'action rédhibitoire donnée pendant deux mois pour faire rescinder le contrat (D.21, I, 28).

Le vendeur est condamné au double s'il ne rend pas le prix et les accessoires. Et même, il est condamné au simple s'il rend le prix (D.21, 2, 45).

Sous la menace de ces actions, les marchands d'esclaves préfèrent faire à l'acheteur, en pratique, la promesse de garantie en cas de découverte de vice ou d'éviction.

me étape.
généralisa-
on du sys-
me.
ut vendeur
t tenu de
ire la pro-
esse de
ntie.

3ème étape. Elle a consisté à généraliser la mesure édilicienne, à exiger de tout vendeur la promesse de garantie: Cavere de evictione. Cette promesse était faite suivant les cas, par la stipulatio rem habere licere ou par la stipulatio duplae. Faute de promesse, le vendeur pouvait être poursuivi tout de suite par l'actio empti comme s'il y avait eu éviction.

4ème Etape
la stipulation
est sous-enten-
due de la
vente.

4ème étape: Cette stipulation qu'on avait l'habitude de faire, de façon volontaire ou forcée, fut sous-entendue, comme il arrive fréquemment: En conséquence le vendeur fut, définitivement, en droit classique, tenu de la garantie par deux actions: l'actio ex stipulatu duplae et l'actio empti entre lesquelles il a le choix suivant son intérêt, mais que bien entendu il ne peut cumuler. Les caractères de ces actions sont tout à fait différents:

Comparaison
de l'A. empti
et de l'A. ex
stipulatu du-
plae.

1°- Quant au fait qui leur donne naissance: lorsqu'on agit par l'actio ex stipulatu, il faut qu'il y ait éviction proprement dite, c'est-à-dire dépossession à la suite de la revendication triomphante d'un tiers. S'il s'agit de l'actio empti, l'éviction s'entend largement: l'action se donne même s'il n'y a pas dépossession à la suite d'une revendication, mais si l'acheteur ne garde pas la chose en vertu de la vente, s'il la garde en vertu d'une autre cause par exemple d'une donation ou d'une succession. Cependant l'éviction d'accessoires (servitude) n'ouvre pas l'action en garantie.

2°- L'objet de l'actio ex stipulatu est le double du prix, l'objet de l'actio empti est la réparation du préjudice causé à l'acheteur par la privation de la chose; ce préjudice est calculé sur la valeur de la chose au jour du procès.

Les actions ex stipulatu et empti sont remplacées par l'exceptio rei venditae et traditae, quand l'éviction émane du vendeur devenu propriétaire après la vente ou de son ayant-cause. Ce vendeur réclamant la chose contre l'acheteur, celui-ci peut lui opposer l'exceptio, variante de celle de dol, car la mauvaise foi est patente.

5ème obliga-
tion garantie
des vices.

5ème obligation de garantie des vices(I).

La tendance du droit romain a suivi ici à peu près le même développement que pour la garantie d'éviction sans cependant aller jusqu'au bout, puisque l'actio empti n'a jamais été donnée pour demander la réparation du préjudice causé par la découverte d'un vice.

1°- En cas de
vente par man-
cipatio: actio
de modo agri.

1°- Dans la vente par mancipatio, l'acheteur était garanti contre les vices, seulement quand il s'agissait d'un fonds de terre sur la contenance duquel il avait été trompé par son vendeur. Si le fonds était moins grand que le vendeur ne l'avait déclaré, l'acheteur recourait contre le vendeur par une action pénale au double, l'actio de modo agri, action concernant la mesure du champ (Paul Sent. II.I7.4).

(I) R. Monier, La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine, Paris 1930; A. Giffard, R.H.D. 1931.

- Dans les
ntes sans
ncipatio:
ipulatio
certa visant
absence de
ce dans les
oses.

2°- En dehors de ce cas unique l'acheteur n'avait aucune recours s'il découvrait un vice notamment chez l'esclave acheté. Alors faute de protection légale, l'acheteur s'assurait contre l'existence des vices Varron dans son *de re rustica* recommande cette pratique qui se fait par une stipulation. Les documents épigraphiques ou papyrologiques en montrent des applications (Girard, textes, p. 849-853). L'acheteur exige du vendeur la promesse que l'esclave est en bonne santé (*sanum esse*); qu'il est libéré de tout vol et délit (*furtis noxae solutum*) (ainsi il s'assure contre le risque d'action noxale) qu'il n'a pas propension à s'enfuir, à vagabonder (*erronem*), qu'il n'est pas fugitif (*fugitivum*) et qu'enfin il n'est pas épileptique (*caducum*). Cette stipulation était naturellement une stipulation incertaine.

- Dans la
nte consen-
elle l'A.
pti servira
obliger le
ndeur à fai-
la promes-
de garan-
e.

3°- Le progrès consista, comme dans l'éviction à souder cette stipulation de garantie contre les vices à la vente consensuelle, laquelle ne comportait de plein droit à l'origine l'obligation de garantie ni contre l'éviction ni contre les vices. Ce qui s'explique tout aussi bien avec notre théorie qu'avec celle de la vente dérivant du droit public.

L'actio empti sert à obliger le vendeur à faire la promesse, mais le développement de l'actio empti s'est arrêté là, comme on l'a dit, parce que la responsabilité pour non déclaration des vices s'est organisée sous une autre influence que voici:

- Interven-
on des Edi-
s Curules
ligation pour
vendeur d'a-
maux de dé-
arer les
ces cachés et
s'engager
indemniser
acheteur.

4°- Il s'agit des dispositions de l'Edit des Ediles Curules, qui s'occupe, on le sait, de la police des marchés. Il existe deux rédactions de l'Edit édilitien, la plus ancienne dans Aulu-Gelle et l'autre dans Ulpien D.2I,1,1,1. L'Edit prescrivait aux vendeurs de signaler les vices cachés des esclaves et des animaux en promettant par stipulatio duplae (liée à celle de l'éviction) réparation du préjudice causé par la découverte de vices. Si le vendeur se refuse à accepter la stipulation, il est puni par deux actions édilitiennes, les mêmes que pour l'éviction, mais avec des délais différents:

a) L'actio redhibitoria ou rescision de la vente qui dure six mois, tandis qu'en cas d'éviction, elle ne durait que deux mois.

b) L'action dite quanti minoris, en diminution du prix qui dure un an, tandis que plus haut, elle durait seulement six mois (Ulpien, 2I,1,19,6).

Suite . p. 682 et s. A. de Senarens Rev. d'H. du Droit (Haarlem) 1933, p. 390 et s.

Peu importe que le vendeur soit de bonne ou de mauvaise foi. Il est toujours puni de la même façon, car c'était à lui de s'assurer que les esclaves étaient sains et purs. Tant pis pour lui s'il ignorait le vice.

5°- Extension de cette obligation à toute vente par Justinien.

5°- L'Edit des Ediles ne s'applique qu'aux ventes d'esclaves et d'animaux. Au Digeste cependant on voit l'obligation qu'il institue étendue à toutes les ventes d'objets quelconques; faute d'y satisfaire, le vendeur est responsable, même s'il n'est pas de mauvaise foi. On pourrait croire que cette généralisation remonte à Labéon (D.21,1,1. Pr.) Cicéron (de Off.III; 17,71) sous l'influence stoïcienne de son maître Panétius, affirmait déjà que tout vendeur doit déclarer les vices et qu'un vendeur n'agit pas honnêtement s'il vend une chose comme pure, alors qu'il connaît qu'elle est viciieuse. En réalité, la généralisation est due à des interpolations byzantines(I).

§ 2 - Le louage.

La locatio conductio.

Comme la vente, le louage porte un nom double: locatio-conductio : fait de placer (locare, placer) fait d'emmener avec soi (cum ducere). Le verbe "louer" en français est amphibologique, car il signifie aussi bien l'acte de celui qui place temporairement quelque chose aux mains d'autrui que l'acte de celui qui reçoit la chose." Je loue une maison" signifie aussi bien : "Je suis bailleur, je donne à bail" que "j'en suis locataire, je la prends à bail".

Définition.

Le louage est un contrat (consensuel, synallagmatique, parfait, de bonne foi) par lequel une personne s'engage à fournir à une autre, qui lui paie pour cela la merces (loyer, salaire,) soit l'usage de sa propre chose (locatio rei), soit ses services (locatio operarum), soit enfin son travail, son industrie (locatio operis faciendi).

Trois sortes de louage.

Il y a en effet en droit romain comme aujourd'hui encore trois espèces de louage :

1°- Le louage de chose, locatio rei, qui consiste dans la dation à bail à une personne d'une maison (bail urbain) ou d'un fonds de terre (bail à ferme).

2°- Le louage de services, locatio operarum, qui consiste pour une personne à placer ses services chez autrui. C'est le cas du domestique (libre), de

(I) A. de Senarclens, R.H.D., 1927, p. 395 -417.

l'employé, de l'ouvrier.

On se demandait si la locatio operarum peut avoir pour objet tous les services quelconques qu'un homme peut rendre à un homme. Non, il faut que le fait soit susceptible d'être loué (factum quod locari solet) ce qui exclut les professions libérales qui ne constituent pas un louage de services (Voir le Mandat).

3°- La locatio operis faciendi, promesse d'exécution d'un travail sans engager ses services à autrui et dans un but unique bien déterminé avec existence d'une res (différences avec la loc. operarum): le tailleur à façon à qui on apporte le drap, loue son travail; il n'est pas à votre service, tel est également le cas du dégraisseur qui se charge de nettoyer votre toge, de l'entrepreneur de travaux (tel celui qui s'est mis au service de la ville de Pouzzolles pour en construire le port (Girard, Textes p. 800-802); le transport etc...

On discutait lorsqu'un ouvrier, en même temps que son travail, fournit la matière, s'il y a vente ou louage (Gaius, 3, 147). Gaius admet qu'il y a vente pour le tout et non louage; Justinien est du même avis (Inst. 3, 24, 4).

A - Les origines du louage.

Le louage en tant que contrat consensuel dérive du louage de droit public.

Ici les controverses sont moins vives que pour la vente. Le louage s'est fait d'abord par deux stipulations; on le voit dans Caton et dans Varron. Puis les Romains ont employé le contrat consensuel de louage, que, d'après l'opinion générale, ils ont créé par imitation du droit public (v. d'après Mommsen, Girard p. 604, n.3, Esmein, Mélanges, p. 222 et ssq.). Les arguments à l'aide desquels on fait dériver le louage privé du louage public sont frappants:

a) Les baux à ferme durent d'ordinaire cinq ans. Or les baux des terres de l'Etat passés par les censeurs sont également de cinq ans. (un lustre, période de fonctions du censeur.)

b) La merces doit être payée en argent comme le budget de l'Etat se règle en argent.

c) Les risques sont pour le locator, pour celui qui place, si bien que le locataire ou le fermier, ne doivent pas le loyer ou le fermage, si le bailleur ne peut pas les faire jouir, par force majeure, par exemple à cause de la guerre. Cette règle qui met les risques à la charge du bailleur était déjà celle du droit public.

d) Enfin l'étude des noms des parties dans ces trois louages ne peut s'expliquer que par la dérivation du droit public. Voici ces noms.

Remarque sur le nom des parties dans le contrat de locatio conductio.

A) Dans la locatio rei, le propriétaire qui donne à bail s'appelle locator puisqu'il "place" sa chose aux mains du locataire (inquilinus) ou du fermier (colonus) pour lui en procurer l'usage et la jouissance. Celui qui paie le loyer ou le fermage (suivant qu'il s'agit d'un bail urbain ou rural) s'appelle conductor. Le sens de ce mot sera expliqué plus bas.

B) Dans la locatio operarum, l'employé, le domestique, l'ouvrier s'appelle locator, car il "place" ses services, locat operas suas. Celui qui l'emploie, le patron celui qui paie s'appelle conductor (même remarque que plus haut).

C) Dans la locatio operis faciendi louage d'industrie, de travail fourni pour une tâche déterminée à accomplir, celui qui s'engage à faire le travail s'appelle conductor. Celui qui fait faire le travail, qui paie, s'appelle locator.

Ainsi dans les deux premiers cas, celui qui paie se nomme conductor. Dans le troisième cas, locatio operis faciendi, c'est le contraire, celui qui paie s'appelle locator.

Pour comprendre le renversement des termes, il faut partir du louage du droit public.

L'Etat romain possédait des terres en grande quantité, des territoires entiers. Ces domaines, pour les faire exploiter le censeur les donne à bail, tous les cinq ans (lustre). L'Etat "place" donc sa chose, (locat), à un fermier qui va lui payer la merces, il est locator, le fermier pour pouvoir exploiter utilement, doit rassembler des ouvriers agricoles qu'il convoque par voie d'affiches pour venir travailler sur son domaine et, réunis, il les y "emmène avec lui" (con-ducere) d'où son nom de conductor. Mais s'il s'agit de travaux publics à exécuter pour le compte de l'Etat (ou d'une ville), l'Etat (ou la ville) "place" le terrain où sera creusé un port, aux mains d'un entrepreneur qui rassemble les ouvriers nécessaires et les "emmène avec lui" (con-ducere) sur le lieu du travail; c'est l'adjudicataire de l'Etat, le conductor, qui reçoit la merces : (De là le nom de conducteurs des ponts et chaussées). Le terme "conductor" a passé au locataire ou fermier dans la locatio rei, au patron dans la locatio operarum. Ainsi s'explique par le droit public le renversement des termes locator conductor dans les louages différents de la locatio operis faciendi.

La théorie de M. Collinet sur l'origine des actions de bonne foi ne semble-t-elle pas contredite par la théorie précédente ? Les analogies incontestables

bles entre le louage privé et le louage public ne ruinent-elles pas la théorie de M. Collinet en cette matière.

Nouvelle théorie sur l'origine du contrat de location-conduction des baux ruraux limités des baux passés par l'Etat, des baux urbains dérivant de la coutume internationale contrat commercial synallagmatique de bonne foi).

En aucune façon M. Collinet n'admet, comme tout le monde, que le louage privé dérive du louage public. Mais il ne renie pas pour cela la théorie qu'il a exposée à propos de la vente. Les deux systèmes sont parfaitement conciliables: il existe, économiquement parlant, en pratique, plusieurs sortes de louages, comme plusieurs sortes de ventes. Le louage public portait sur des terres; quand les Romains ont imité le louage public, c'est à l'occasion de locations de terres qu'ils l'ont fait. Autrement on ne pourrait comprendre ni le délai normal de 5 ans pour les baux ruraux, ni les termes *locare* et *conducere*.

Mais il n'existe pas que des baux de terres, des baux à ferme; il existe en regard des baux urbains, des baux de maisons. Ces baux sont à Rome tout à fait séparés des baux ruraux: chacune des deux catégories obéissent à des règles propres, par suite de différences de principe, de nature, outre le bail urbain et le bail rural. Or, la théorie proposée par M. Collinet s'applique et convient aux baux urbains. Voici comment. Le louage consensuel synallagmatique de bonne foi est, d'après lui, sorti de la pratique internationale, mais s'agissant de baux de maisons. En effet, les Pérégrins, qui viennent à Rome pour faire le commerce, négociants en gros, importateurs de denrées ou d'objets (vases, étoffes, etc,...) ont besoin d'immeubles pour y installer leur commerce ou s'y loger eux-mêmes et leur famille. Ils n'ont que faire de terres; ils ne se soucient pas de passer des baux ruraux. Ceux qui pratiquent les baux ruraux, (les passant d'abord sous forme d'une double stipulation), ce sont les grands propriétaires romains qui "placent" leurs terres à des fermiers ou colons (affranchis, hommes de petite condition) pour les cultiver.

Ainsi les deux théories peuvent très bien subsister parallèlement: d'un côté, imitation des baux de l'Etat pour les baux à ferme (auxquels seuls d'ailleurs s'applique le délai de cinq ans); de l'autre, pour les baux urbains, sanction civile de la pratique internationale, dont les modalités économiques justifient les caractères consensuel, synallagmatique et de bonne foi, du contrat de louage.

B. Obligations des parties.

Actio locatio
et *actio conducti*.

Le louage est un contrat synallagmatique parfait, sanctionné par l'*actio conducti* ou *ex conducto* au profit du *conductor* et par l'*actio locati* ou *ex locato* au pro-

Obligations du locator.

fit du locator, quelle que soit l'espèce de louage.

Le locator rei doit fournir la jouissance de la chose au locataire, ou fermier, en leur en procurant la détention, il garde donc les interdits possessoires. Le locator operarum fournit ses services, le conductor operis faciendi, son industrie, son travail.

Obligations du conductor.

En revanche, le conductor rei doit prendre possession de la chose, y faire les réparations d'entretien, s'abstenir de dégradations, surtout payer le loyer ou le fermage qui consistent toujours en argent, la merces devant être certa comme le prix de la vente (et vera, selon les modernes).

Cependant, pour les fonds de terre, la merces peut être en nature (ce qui confirme l'hypothèse de M. Colinet sur l'origine non commerciale de cette sorte de louage). C'est alors un colonat partiaire (Cf. Inscriptions de Tunisie, prévoyant tout un régime d'exploitation des grands domaines impériaux. (Girard, Textes 874-888).

La créance du locator sur la merces est une créance toute spéciale en ce sens qu'elle n'est exigible qu'au fur et à mesure de la jouissance par termes, par quartiers. Cette créance est une créance successive, ce qui a des conséquences tant au point de vue des risques (v. plus loin) qu'à propos de l'usufruit "fruits civils".

Les bailleurs ruraux ont pour garantie de leur créance : 1° une actio servienne, 2° - un interdit salvien que l'on étudiera à propos des sûretés réelles.

Extinction du louage; 1°- par l'expiration du bail.

C. Extinction du louage.

L'extinction du louage se produit:

1°- par la volonté commune des parties, avant l'expiration du bail ou à l'expiration du bail dont la durée est laissée à la libre convention de chacun, mais qui en principe était de cinq ans pour les baux ruraux.

Tacite re- conductio.

Si le preneur est resté en possession à l'expiration du bail, celui-ci continue par tacite reconductio (reconductio: prise à bail à nouveau). Mais différences entre les baux ruraux et les baux urbains (v. les Manuels).

2°) Résilia- tion par volonté uni- latérale. a) du preneur.

2°- Résiliation du contrat par la volonté unilatérale d'une partie. Il est tout à fait exceptionnel qu'un contrat formé par deux volontés soit résiliable par la volonté d'une seule partie:

1°- Le preneur peut demander en justice par l'a. conducti la résiliation, si le bailleur n'accomplit pas ses obligations, s'il ne fait pas les grosses ré-

parations.

b) du bailleur.

2°- Le bailleur peut demander par l'a. locati la résiliation: a) si le preneur n'accomplit pas ses obligations, en particulier ne paie pas la merces (on dit souvent pendant deux ans, mais en réalité le délai de deux ans prévu par Paul, D.19,2,54,1 est seulement un des éléments du casus proposé par le jurisconsulte et n'est nullement une condition légale).

b) si le bailleur a un besoin urgent de la chose.

c) s'il vend la chose. En droit romain, quand la chose est vendue, le bail cesse: le bail n'est pas opposable au tiers acquéreur, à moins de convention contraire entre le bailleur et le preneur primitif. C'est ce que dit la loi Emptori (C.4,65,9; Maynial, Mélanges Gérardin, p. 413 et ss.). Il n'en est plus de même aujourd'hui; le bail est opposable à l'acheteur, art. 1743 C.C.

de la part du bailleur ou du preneur.

3°- Le Bas-Empire connaît la résiliation de la part du bailleur ou du preneur également en vertu de la loi "ékaterô" (C.4,65,34 de Zénon). On s'est demandé pourquoi Zénon avait ainsi permis à l'une ou l'autre partie de dissoudre le contrat, H. Monnier, (N.R.H. D, 1900), a supposé que cette loi impériale était intervenue en faveur des humiliores exploités par les potentes, soit à titre de fermiers, soit à titre de bailleurs. Ce serait là un aspect de la lutte entre les puissants et les faibles déjà vue.

Nous ne dirons presque rien du droit maritime (d'origine grecque); la coutume (grecque) est maîtresse de la mer, D.14,2,9) (1): La Lex Rhodia de Jactu prévoit le cas où le capitaine de navire a été obligé de jeter à la mer des marchandises pour sauver le navire et le reste de la cargaison. Elle règle la question qui s'élève entre le capitaine, les propriétaires des marchandises sacrifiées et ceux des marchandises sauvées par le jet de celles-là (cf. Girard p.610).

§ 3 - La Société (2)

C'est une matière très intéressante et très pratique du droit civil et commercial, car la Société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes s'engagent à mettre quelque chose en commun dans un but licite et pécuniaire, pour en retirer un avantage réciproque.

A. Variétés de la Société.

(1) P. Huvelin, Et. d'Hist. du droit commercial romain, Paris 1929.

(2) E. del Chiaro, thèse, Nancy, 1928.

Différentes
sortes de so-
ciétés à ti-
tre particu-
lier.

En Droit romain comme aujourd'hui, on distingue:
1°- les sociétés à titre particulier.

a) S. unius rei, société dans laquelle on met en commun seulement une chose (un esclave, une maison).

b) S. alicujus negotiationis, ayant pour objet une opération déterminée. Cette sorte de société se subdivise en:

α) société de marchands d'esclaves (venaliciarii).

β) société formée entre un propriétaire et un ouvrier pour la culture ou pour l'élevage du bétail (politio: métayage).

γ) société formée entre ouvriers libres pour faire la récolte en dehors du territoire romain, soit en Italie, soit en Afrique (1).

2°- Sociétés
à titre uni-
versel.

2° - Sociétés à titre universel où l'on met en commun non plus une chose, mais beaucoup de choses. Elles se divisent en:

a) S. quaestus ou société d'acquêts; elle porte sur toutes les acquisitions faites par les associés postérieurement au contrat et à titre onéreux. Cela comporte, en plus, les revenus des biens propres et du travail des associés. Cette société d'acquêts ressemble tout à fait à la communauté matrimoniale d'acquêts, qui était le régime matrimonial de la Coutume de Bordeaux et qui est prévue par le C.C. et qui est la plus fréquente aujourd'hui dans les contrats de mariage.

Ces sociétés d'acquêts comprennent elles-mêmes des subdivisions:

α) La société entre publicains, fermiers de l'impôt (societas publicanorum, vectigalium). Elles ressemblent aux sociétés en commandite actuelles. Elles ont un régime à part et favorable, parce qu'il est de l'intérêt de l'Etat de faire monter la ferme au plus haut prix (cf. fermiers généraux de l'ancien régime). Aussi les oppose-t-on aux autres sociétés (Pomponius, Dig. 17,2,59 et Ulpien fg. 5). On s'est même demandé chez les modernes si les sociétés de publicains n'avaient pas eu la personnalité morale, qui en principe n'appartient pas aux sociétés romaines ordinaires, mais est réservée aux collectivités qui poursuivent un intérêt public (Etat, villes, corporations). Les sociétés de publicains travaillant aussi dans l'intérêt de l'Etat n'ont-elles pas la personnalité morale ? Oui, dit Girard (D.3,4,1). J'en doute,

(1) Il est curieux de trouver cette pratique dans la vieille Rome parce qu'elle existe encore aujourd'hui où des milliers d'Italiens traversent la mer aller et retour pour faire la récolte en Argentine.

répond M. Cuq, p. 500 n. 6).

B La société formée entre les banquiers (argentarii).

b) Societas omnium bonorum ou société universelle qui porte sur tous les biens quelconques présents et à venir (Poissnel N.R.H., 1879). Ces sociétés universelles comportent un actif et un passif (dettes actuelles et dettes futures). Elles ressemblent à la communauté universelle qui n'est pas le régime matrimonial commun du droit civil, mais qui peut être adoptée par les époux s'ils le veulent.

B. Origine de la Société.

Origine de la société.
La Sté la plus ancienne est-elle le consortium ou la société

Girard admet que la société universelle serait la plus ancienne, la société-type qui aurait imprimé ses caractères à toutes les autres, et cela, du fait que le contrat de société aurait copié la société de fait, la communauté de fait existant entre les cohéritiers d'un même de cujus et s'appelant consortium (que rappelle, dit-on, communauté taissable entre serfs de l'ancienne France).

Une autre théorie soutenue par M. Cuq déclare que tout au contraire, la société qui est apparue la première, c'est la société d'acquêts, la societas quaestus, en particulier les sociétés financières de personnes qui ont traité avec l'Etat romain (fournisseurs des armées, entrepreneurs de travaux publics) lesquelles remontent au VI^e siècle de Rome. La societas quaestus serait la société-type que les autres auraient imitée. Toutes les règles s'expliqueraient ici encore comme dans la vente et le louage par une influence du droit public.

Influence de la pratique internationale sur le contrat de société.

M. Collinet estime que ce sont en effet les sociétés de gains qui sont les plus anciennes, parce que ces sociétés ont d'abord été contractées entre commerçants pérégrins ou entre ces commerçants et les commerçants romains dans l'intérêt de leurs affaires, tandis que sur le terrain national entre Romains, survivait l'antique consortium. Puis les Romains auraient un jour adapté à leur droit national la pratique internationale en généralisant le contrat de société, en appliquant aux rapports entre Romains les usages nouveaux des pérégrins dans la société.

Avant de voir comment les diverses théories prétendent expliquer les caractères de la société, disons quelques mots de l'anticum consortium.

L'Anticum consortium.

Depuis Décembre 1933, cette société est mieux connue par la publication du PSI. 1182 complétant Gaius III, 154 (1). Le Papyrus nous apprend: 1° - que le

(1) P. Collinet, R.H.D. 1934, p. 96 et s.

consortium était une legitima simul et naturalis societas (société légale et non de fait), propre aux citoyens romains et s'appelant erecto non cito societas (société formée "le partage n'étant pas provoqué"); 2°- que, né entre co-héritiers, le consortium pouvait s'étendre entre alii à la suite d'une legis actio (inconnue) devant le préteur; 3°- que la société ainsi formée ne constituait pas une indivision, car chacun des consortes avait le pouvoir d'affranchir l'esclave commun ou de manciper la chose commune, lui seul, et sans le concours des autres; dans l'indivision, il faut la volonté unanime de tous; 4°- enfin que l'antiquum consortium avait disparu avant Gaius (olim).

C. Caractères de la Société.

1°) Caractère personnel du C de Sté
l'affectus societatis.

1° - Le contrat de société est un contrat essentiellement personnel. Il implique naturellement la volonté de former la société, l'animus contrahendae societatis, l'affectus societatis. Cette exigence est-elle classique ou byzantine ? (V. Riccobono, Mé Cornil, t. II, 1926). S'il n'y avait pas de contrat social, mais qu'on fût en co-propriété, le rapport ridicule serait l'indivision (Voir plus loin).

Importance de l'intuitus personae.

Dans la Société, la considération des personnes intuitus personarum, occupe le premier plan et se justifie dans toutes les théories, mais pas plus dans la théorie économique de M. Collinet. Ce caractère entraîne trois conséquences: a) il est impossible de céder sa part dans la société puisqu'on ne peut pas introduire un étranger dans la société sans le consentement des autres.

b) un associé peut prendre un sous-associé (un croupier) mais socii mei socius socius meus non est; l'associé de mon associé n'est pas mon associé.

2°- La société implique le jus fraternitatis.

c) la société se dissout par la mort d'un associé.
2°- La société a un caractère fraternel. La première doctrine (Girard) rattache le jus fraternitatis à l'antique consortium, puisque celui-ci était formé entre frères. La seconde doctrine (Cuq) ne saurait l'expliquer ni celle de M. Collinet. Mais cela ne détruit pas cette dernière doctrine, car le texte qui en parle (Ulp. D.17,2,63) est interpolé (Cuq, p. 500 n.2). Le jus fraternitatis est peut-être dû à une influence chrétienne.

Notons que tous les caractères du contrat de société s'accordent avec l'origine commerciale de la société. On comprend très bien que ces sociétés premières internationales soient des sociétés de personnes (et non pas de biens) comme la société en nom collectif de notre droit, par opposition à la société anonyme.

D. Obligations des Associés.

Obligation
pour chaque
associé d'ef-
fectuer son
apport et
d'apporter
ses soins aux
affaires so-
ciales.

1°- Chacun des associés doit effectuer son apport suivant les termes de l'acte de société. L'apport peut consister en toutes sortes de choses (corporelles ou incorporelles) ou dans le travail de l'un et les capitaux de l'autre. (Pour les détails v. les Manuels).

2°- Chacun doit apporter aux affaires sociales tous ses soins (cf. théorie des fautes).

Gestion de la
société.

3°- Chacun des associés peut gérer. Théoriquement tous peuvent gérer ensemble comme, chez nous, dans les sociétés en nom collectif ou en commandite par actions. En pratique une gestion collective n'est pas la meilleure. Aussi les Romains avaient-ils l'habitude de mettre à la tête de la société l'un des associés comme directeur, comme président, le *magister*(1).

Participation
aux bénéfices
et aux pertes.

4° - Chacun doit faire participer les autres soit aux bénéfices réalisés, soit aux pertes ou aux dettes contractées; c'est la mise en commun du gain et des pertes, *communicatio lucri et damni*. Bien entendu, la répartition des gains et des pertes doit être égale pour tous, à moins de convention contraire; si l'un prenait tous les gains et l'autre assumait toutes les pertes, il y aurait nullité de la société (société lésionne) (2).

L'actio pro
socio.

La sanction des obligations sociales est la même pour tous, réciproque; c'est une action de bonne foi appelée *actio pro socio*, action pour le social, *socium*, c'est une action infamante et qui permet au défendeur d'obtenir le bénéfice de compétence (3), c'est-à-dire de n'être condamné que dans la mesure de ses moyens.

a) L'action *pro socio* sert durant la société à faire valoir les droits réciproques des associés entre eux, pour exemple si l'un d'eux gère mal, l'autre associé qui subit un préjudice peut lui demander réparation du préjudice par l'*actio pro socio*.

b) Après la dissolution de la société, elle sert à liquider la société, c'est-à-dire à fixer la répartition des gains et des pertes entre associés, au cas où un règlement amiable n'aurait pas été possible.

(1) Le mot grec "*magistros*" à Beyrouth, désigne le président de l'Association des Etudiants de l'Ecole de Droit au V^e siècle. (Collinet Histoire de l'Ecole de Droit de Beyrouth, p. 100-101-111).

(2) D'après M. Collinet, l'expression serait byzantine.

(3) Voir A. Lavet, thèse Grenoble, 1927.

En plus, l'a.communi dividundo (sanction de l'indivision) s'emploie, en ce cas, pour séparer entre chacun les biens communs (maison, fonds de terre).

Extinction
de la société.

E. Extinction de la Société.

Deux passages du Digeste indiquent en raccourci les causes d'extinction de la société: a) Ulpien (D.17,2,63,10), dit: *societas solvitur ex persona, ex rebus, ex voluntate, ex actione*: la société se dissout pour des causes tenant aux personnes ou aux choses, par l'effet de la volonté, par l'effet de la mise en jeu de l'action: b) Modestin (D.H.T.4,1) dit: *dissociannur renuntiatione, morte, capitis minutione, et egestate*. Nous rompons une société par la renonciation, par la mort ou la perte de la personnalité, par la disette.

Dissolution
de la société
renuntiatione.

Reprenons cette phrase de Modestin:

1°- Renuntiatione: la renonciation correspond aux termes *ex voluntate* et *ex actione* d'Ulpien. En effet, on renonce volontairement à la société:

a) *ex voluntate*.

a) *ex voluntate*: quand le terme est expiré, ou quand on est d'accord pour la dissoudre avant terme, ou même par une renonciation unilatérale, à condition alors que l'acte de l'associé soit opportun et non fraudatoire arrivant à un moment où il ne nuit pas aux autres.

b) *ex actione*.

b) *Ex actione*: quand on intente l'*actio pro socio* pour obtenir la dissolution judiciaire, par exemple quand la société fait de mauvaises affaires ou quand les autres associés sont incapables et ne veulent pas se retirer.

2°- Morte
capitis minutione.

2° - Morte, *capitis minutione* (correspondant au terme *ex personis* d'Ulpien). La mort d'un associé dissout la société, sauf pour les sociétés de publicains, parce qu'il est de l'intérêt de l'Etat que la société se maintienne entre le survivant et les héritiers du décédé. La société se dissout par la *capitis deminutio*, perte de la personnalité juridique. Sous Justinien, l'extinction ne se produit plus que par la *capitis deminutio maxima* ou *media*, non par la *c.d. minima*. - La faillite d'un associé (*bonorum venditio*) ou la confiscation des biens entraînent le même résultat.

3°- Egestate.

3° - Egestate (correspondant aux termes *ex rebus* d'Ulpien): lorsque l'actif social a péri.

§ 4 - Le Mandat.

Définition
et sanction.

Le *mandatum* est un contrat par lequel une personne, le mandant -(mandans, *mandator*), charge une autre personne, le mandataire (*procurator*), de faire quelque chose dans son intérêt (à lui mandant) et

gratuitement.

Aujourd'hui dans la pratique, le mandat s'appelle pouvoir, procuration.

Le mandat est un contrat synallagmatique imparfait (le seul imparfait parmi les contrats consensuels), à ce titre sanctionné par l'A. mandati directa in factum, puis in jus au profit du mandant et par l'actio mandati contraria au profit du mandataire.

L'évolution
du mandat.

A- Quelle a été l'histoire du mandat ? D'après Bonfante, dont les idées ont été développées par M. le Bras (L'évolution du procurator, thèse Paris 1923), le mandat a commencé par être général, le mandataire primitif a été intendant général. La procuratio (extension de la curatio ou curatelle) existait d'ailleurs avant que le mandat ne soit un contrat. Telle était la charge confiée à un esclave, à un affranchi qui s'occupe des affaires du maître ou du patron sur son simple jussus. Même plus tard, le terme procurator s'applique non seulement au mandataire mais aussi au gérant d'affaires (celui qui s'occupe des affaires d'autrui, de lui-même sans contrat).

La procuratio ressemblait beaucoup à la tutelle, puisque le tuteur est chargé des affaires générales du pupille, gestio en vertu d'un quasi-contrat qui ressemble beaucoup à la gestion d'affaires (negotiorum gestio).

Mais, en droit classique, le mandat contrat est devenu particulier procuratio unius rei et c'est alors le mandat définitif, car le mandat général est extrêmement rare. Ajoutons que la procuratio se donne également pour les affaires judiciaires v. cours de procédure.)

L'origine du
mandat et les
rapports d'a-
mitié.

Quant à l'origine du contrat consensuel de mandat, il serait venu des rapports entre les patriciens romains et leurs clients. On peut aussi bien penser - et ce serait plus juste - car au VII^e siècle ab. U.C. la clientèle est en décadence - que le mandat a commencé simplement entre amis.

B- Caractères du mandat.

B. Caractères
du mandat.
1^o - gratui-
té.

1^o - En effet, le premier caractère du mandat encore aujourd'hui c'est d'être gratuit. Le mandataire doit rendre au mandant un service non rémunéré. Les jurisconsultes romains (D. I, 1, 4) fondent ce caractère gratuit sur l'idée que le mandat dérive du "devoir et de l'amitié" ex officio atque amicitia. Les deux termes -remarquons-le- conviennent à la simple amitié entre égaux autant qu'aux relations de clientèle. Or, les mêmes expressions se trouvent dé-

jà chez Cicéron (de Invent. II, 53, 161) lequel rang parmi les vertu annexes de la justice, la reconnaissance, gratia, c'est-à-dire le "souvenir des amitiés et des services d'autrui", (amicitiarum et officiorum alterius memoria). En vertu de la reconnaissance (gratia) qu'on doit à quelqu'un qui vous a rendu service ou vous honore de son amitié, on est obligé à remplir le mandat confié (Senn. Précis élémentaire de D.R. p. 119).

Le mandat, service fondé sur la reconnaissance, est donc gratuit. Cependant les Romains ont connu des mandats salariés (Cf. C.C. 1988), mais alors ils traitent le contrat comme un louage de services, locatio operarum. D'autres mandats salariés donnent lieu, non pas à une merces, comme le louage, mais à des honoraires (honos, salarium); ils sont sanctionnés le plus généralement par une cognitio extra ordinem (D. 50,13,1). C'est le cas des professions libérales : professeurs (pas les professeurs de Droit parce que ceux-ci exercent une sorte de sacerdoce qui ne doit pas être payé), médecins, sages-femmes. Les services des avocats et des nourrices sont des mandats.

2°- Service licite et moral dans l'intérêt du mandant.

2°- Le deuxième caractère, c'est que le service du mandataire doit être licite et moral, et qu'il doit être rendu dans l'intérêt du mandant (Gaius III, § 155) ou du mandant et d'un tiers. Cela s'explique encore par la reconnaissance (envers l'ami ou envers le patron.)

Si le service intéressait le mandataire, il n'y aurait pas mandat, mais conseil (Gaius 3, 156). Cependant le droit romain reconnaît bien qu'ils soient dans l'intérêt du mandataire, la procuratio in rem suam (V. Cession de créances) et le mandatum pecuniae credidende, mandat tendant à un prêt d'argent (v. cautionnement).

C- Obligations du mandataire.

C- Obligations du mandataire.

Les obligations du mandataire sanctionnées par l'actio mandati directa infamante sont :

1° remplir fidèlement le mandat.

1°- Il doit remplir fidèlement le mandat qu'il a accepté et sera responsable s'il n'a rien fait ou s'il a fait autre chose que ce qu'on lui avait confié. Les Romains se demandent ce qu'il arrive si le mandataire a exécuté le mandat de façon irrégulière : chargé d'acheter un fonds pour 100.000 sesterces, je l'ai acheté 150.000, puis-je forcer le mandant à accepter l'opération pour le prix primitivement fixé, en supportant moi-même la différence ? Les Sabinien

et Gaius concluait à la négative (Gaius 3, 161). Cette théorie n'a pas triomphé, les Proculiens et Justinien admettent l'affirmative (Inst. 3, 26, 8).

2° rendre compte.

2° Le mandataire doit rendre compte au mandant. Le droit romain classique étant dominé par la théorie de la non représentation, il s'ensuit que toutes les opérations actives et passives faites par le mandataire restent sur sa tête. Il doit donc effectuer des transferts de propriété, de créances, de dettes au mandant. (v. la Représentation, supra).

D- Obligations du mandant.

D. Obligations du mandant.

1°- Prendre à sa charge les opérations du mandataire.

2°- L'indemniser de ses dépenses.

Il doit : 1°- Prendre à sa charge les opérations contractées par le mandataire ou le mettre à même d'y faire face, le couvrir, lui fournir les fonds (pour acheter l'esclave, p. ex.).

2°- Indemniser le mandataire des dépenses qu'il a faites pour son compte, du moins de celles faites de bonne foi. Le mandataire qui prolongerait son voyage au-delà du temps nécessaire ne pourrait pas réclamer les dépenses inutiles qu'il a engagées de ce fait.

L'actio mandati contraria sanctionne les obligations du mandant. Cette action n'est pas infamante, car aucune action contraire n'est infamante.

E- Extinction du mandat.

E. Extinction du mandat.

Comme le louage, le mandat est susceptible de s'éteindre.

C'est même un contrat très fragile, parce qu'il est essentiellement personnel, étant fait intuitu personae comme la société.

Il s'éteint donc :

1°- Par la volonté des 2 parties.

2°- Par celle du mandant.

3°- Par celle du mandataire.

4°- Par la mort du mandant ou du mandataire.

1°- Par la volonté des deux parties, soit par l'arrivée du terme fixé, soit avant terme d'un commun accord.

2°- Par la volonté du mandant. Le mandat en effet est toujours révocable ad nutum, par la seule volonté unilatérale du mandant.

3°- Par la volonté du mandataire qui peut renoncer au mandat quand il le trouve trop lourd, mais à condition que sa renonciation ne soit pas inopportune (comme dans la société).

4°- Par la mort du mandant ou du mandataire. Le mandat est formé intuitu personarum et l'un ou l'autre disparu, le mandat tombe. J'ai confiance dans Primus, cela n'implique pas que j'aie confiance dans ses héritiers (même solution pour la société).

Section IV.

Les Contrats Innomés.

L'étude des contrats innomés est l'une des plus difficiles du Droit romain. Malgré les travaux nombreux publiés sur la question, la lumière a peine à se faire sur leur histoire (1).

§ I. Les différents contrats innomés.

Définition
sens de l'ex-
pression.

Au Digeste, on trouve un certain nombre de contrats indiqués au L. XIX.T.5, sous la rubrique De Praescriptis verbis et in factum Actionibus. Ces contrats ce sont des contrats dits "innomés", parce qu'ils s'opposent aux contrats "nommés". En effet, ce sont des conventions synallagmatiques, faites ob rem, ob causam, en vue d'une prestation que l'autre partie s'engage à fournir, mais qui en raison de leur nature ambiguë ne rentrent pas dans les contrats re, ni dans les contrats consensuels, tous nommés" (dépôt, vente, etc....)

L'expression contrats innomés n'est pas romaine, elle ne date pas non plus du moyen âge, comme on l'a cru, elle vient des Byzantins et apparaît pour la première fois sur le P.S.I. n° 55 sous la forme "anonymon sunallagma", contrat anonyme (début du VI^e siècle ou fin du V^e siècle) (2).

Les plus importants des contrats "innomés" ont cependant des noms, comme on va le voir. Ce sont :

Les principaux
C.I.
I°-L'aestimatum.

I°- L'aestimatum ou contrat estimatoire, le plus important. Une personne, marchand en gros ou fabricant, remet à une autre personne, détaillant, colporteur, un certain nombre de choses que ce dernier est chargé de vendre. Il les lui remet avec estimation en convenant que, si tout n'est pas vendu, il reprendra les choses non vendues à titre de propriétaire et si, tout ou partie est vendu, il deviendra créancier d'une somme fondée sur la valeur estimée. Ce contrat se fait de notre temps entre éditeurs et libraires ou marchands de journaux.

(1) V. P. de Francisci : Sunallagma, Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati (2 vol. I, 1913, II, 1916). Phil. Meylan. Origine et nature de l'actio praescriptis verbis, Lausanne, thèse 1919.

(2) cf. Collinet, Beyrouth, p. 284-290.

Quelle est la nature de cette convention se demandaient les juriconsultes romains, vente, louage de services, mandat? L'accipiens est-il un acheteur, un locator operarum, un mandataire? Les juriconsultes ne se mettant pas d'accord sur la nature de l'aestimatum, ne pouvaient le faire rentrer dans une catégorie déterminée (d'où la notion de contrat innomé). L'aestimatum fut sanctionné cependant à la fin de la République par une formule civile édictale de bonne foi, à laquelle on trouve une allusion dans un texte interpolé d'Ulpien (D. 19,3,1 Pr.) M. Meylan suivi aujourd'hui par M. Lenel (E.P. 3^e éd.) prétend que cette action de aestimato était une action in factum prétorienne. Il est réfuté par M.W.W. Buckland (Mél. Cornil, t. I. et The Law Quart. Review, 1932, pa. 495 et s.). M. Meylan, en tout cas, a judicieusement indiqué une raison spéciale pour expliquer la fréquence à Rome de cette opération. C'est que les Romains ne connaissaient ni le contrat commercial de commission, ni le mandat salarié.

2°- L'échange.

2°- L'échange, permutatio rerum, est une opération très ancienne. Les économistes enseignent que le troc a été la première forme de la vente (D. 19,4,1, où Paul raconte l'histoire de ces deux opérations)(1)

L'échange est très voisin de la vente. Et même pour les Proculiens, qui admettaient que le prix dans la vente pouvait être en nature, l'échange et la vente se confondaient. Les Sabinien reprochaient à juste titre à leurs rivaux cette confusion, leur doctrine fut donc préférée, puisqu'elle permettait de distinguer les deux opérations : le vente contrat de bonne foi où le prix est en argent, et l'échange où la contre valeur est une chose et qui était réduite à l'état d'opération synallagmatique innomée.

3°- Le précaire.

3°- Le précaire (vu en 1ère Année) ressemble au bail, mais n'est pas un bail, Est-ce un mandat? On ne sait. Donc c'est un contrat innomé.

4°- La donation avec charge.

4°- La donatio sub modo ou donation avec charge (v. les Donations).

5°- La transaction.

5°- La transaction. C'est l'opération qui intervient entre deux personnes qui abandonnent chacune une partie de leurs prétentions pour éviter un procès. D'importants papyri montrent qu'elle fut très pratiquée à l'époque byzantine sous le nom de "dialysis", comme elle l'est encore aujourd'hui. "Une mauvaise transaction vaut mieux qu'un bon procès".

(1) Cependant chez certaines tribus d'Indiens le commerce apparut d'abord sous la forme de dons et de contre-dons (Mauss, le commerce Konla, dans l'année Sociologique (1925).

dit-on.

6°- Le partage.

7°- La constitution de dot

Les 4 classes de contrats innomés.

6°- Le partage (divisio, rerum).

7°- La constitution de dot, par voie de datio avec pacte de restitution.

Voilà donc quantité d'opérations qui ne rentraient pas dans des catégories connues du droit civil. Il en est quantité d'autres sans nom.

Tous les contrats innomés se rangent en quatre catégories d'après la nature des opérations à effectuer par chaque partie.

1°- Do ut des : je te transfère ma propriété pour que tu me transfères la tienne; Ex: l'Echange.

2°- Do ut facias : je te transfère ma propriété pour que tu fasses quelque chose Ex : la donatio sub modo.

3°- Facio ut des : je fais quelque chose envers toi pour que tu me transfères la propriété Ex: l'aestimatum.

4°- Facio ut facias: je fais pour que tu fasses; Ex: la transaction.

Il s'agit là des quatre classes de contrats innomés, des quatre espèces étudiées soit disant par Paul (D. 19,5,5) dans un "tractatus ob rem dati" un "traité de la chose donnée en vue d'une chose future". Nous verrons plus loin qu'elles sont byzantines.

Examinons maintenant deux questions :

1°- Si la contrepartie n'exécute pas, la première peut répéter ce qu'elle a donné par quels moyens ?

2°- Contre le non exécutant. La première peut-elle agir en dommages-intérêts ?

§ 2 - Les condictiones en reprise.

Conditiones en reprise.

Nous commençons par ces actions parce que l'une d'elles au moins est ancienne : la conditio ob rem dati. L'autre est byzantine, la conditio propter poenitentiam.

A- C° ob rem dati donnée

dans le cas de do ut des ou do ut facias pour obtenir la restitution de ce qui a été transféré.

A- Conditio ob rem dati. On dit souvent que ce fut la plus ancienne sanction des contrats innomés; en réalité elle n'est pas du tout la sanction de la convention synallagmatique, puisque c'est une action en reprise; si on l'exerce, on empêche la convention de se transformer en contrat. Cette conditio est une application de la théorie générale de l'enrichissement sans cause, elle est de nature quasi contractuelle et ne peut être une sanction du contrat.

En droit classique, l'action en reprise s'appelle conditio ob rem dati, c'est-à-dire portant sur la chose livrée en vue d'une chose future qui devait

être livrée en échange et ne l'a pas été. Res ici veut dire chose (cf. supra, théorie de la cause).

Les risques
dans l'échange
à l'époque
classique.

La *condictio* peut s'intenter quand *Secundus* ne s'est pas exécuté dans le délai fixé, mais même sans sa faute, par suite d'un cas fortuit = (la mort de l'esclave par exemple) Celse D. 12,4,16, texte difficile sur lequel les manuels ne sont pas complets(I).

Nous en concluons que, dans l'échange, les risques sont pour le débiteur, pour celui qui n'a pas encore livré, *res perit debitori*, *res perit domino*, contrairement à ce qui se passe dans la vente. On verra plus loin comment la règle a changé.

Cette *condictio* s'appelle également dans le Digeste et le Code *condictio ob causam datorum* pour des choses transférées en vue d'une cause; C. *causa data causa non secuta*; C. *re data re non secuta* et nous avons dit que ces expressions montraient l'identité à Rome de *causa* et de *res* et que *causa* signifiait ici "chose".

Ces expressions paraissent byzantines et s'expliquent par l'évolution de la théorie des contrats innomés jusqu'à Justinien.

Extension
du domaine de
la *condic-
tio*, trans-
formation de
son objet.

Originellement, en effet, la "*condictio ob rem dati*" ne pouvait s'appliquer qu'aux combinaisons *do ut des* ou *do ut facias*; elle supposait qu'un transfert de propriété avait lieu.

Dans le droit de Justinien, grâce au terme plus large de *causa* au lieu de *res*, elle pourra s'intenter dans les différentes combinaisons. C'est qu'alors il ne s'agit plus de répétition proprement dite, car on ne peut répéter un fait : *factum repeti non potest*, seule une chose peut se répéter.

Le but de la *condictio* est tout autre : obtenir la résolution du contrat, comme on va le voir.

Liaison de
la *condictio*
et de l'A.P.V.
Les risques
dans l'échan-
ge dans le
droit de Jus-
tinien.

En effet, sous Justinien, la *condictio* est devenue solidaire de l'action en exécution du contrat, l'*actio praescriptis verbis*. Quand celle-ci ne peut plus s'intenter parce que l'inexécution de *Secundus* est due non à sa faute, mais à un cas fortuit, la *condictio* elle-même n'est plus possible. Si j'ai livré un cheval pour avoir un esclave et que celui-ci meure par cas fortuit, je ne puis répéter le cheval. (C.4,6,10). C'est la solution contraire de celle du texte de Celse au Digeste (D. 12,4,16) cité plus haut, et il n'est pas facile de concilier le Code et le Digeste sur ce point. En tout cas, dans l'échange sous Justinien, les risques sont pour le créancier il ne

(I) V.C. Appleton "Nouv. Rev. Hist. de Droit, 1906, p. 739 et suiv. 1907 p. 100-103 et R.G.D. 1912 p. 481-542 (études non citées par P. de Francisci Fp.125-129)

peut réclamer sa chose, ni obtenir l'esclave: Res perit creditor, comme dans la vente.

Rapprochement
entre le C.I.
et les C. Inno-
més voisins.
La condictio
devient une
action en ré-
solution.

Le renversement de la théorie des risques dans l'échange entre l'époque classique et Justinien se rattache probablement à ce que les conventions ambiguës (longtemps indépendantes) ont fini par être rangées dans les contrats. En conséquence chacun de ces contrats innomés s'est rapproché du contrat nommé qui était le plus proche de lui. L'échange par exemple, a subi la "contamination" de la vente. Aussi la condictio n'est-elle plus admise qu'en cas de faute de Secundus, non en cas de perte de la chose par cas fortuit. C'est qu'elle est devenue alors une action en résolution du contrat pour inexécution fautive de la part de Secundus, tandis que pareille résolution n'existe pas en matière de vente. Au contraire, aujourd'hui la résolution pour inexécution de la contre-partie est générale (C.C. art. 1184 et 1654 cf. G. Boyer thèse de Toulouse 1924).

B.C. propter
poenitentiam.

B- La condictio propter poenitentiam ou ex poenitentia (pour cause de repentir). - Lorsque j'ai livré mon boeuf espérant avoir votre cheval, il arrive que je me repente (me poenitet) avant même de vous avoir laissé le temps de livrer ce cheval. D'après les textes du D. et du C., j'ai le droit d'intenter la condictio pour obtenir la restitution de la chose livrée.

Singulière action qui rompt par volonté unilatérale un accord, oeuvre de deux volontés et qui, comme il est logique, n'a pas son doublet dans les contrats nommés.

Comment l'expliquer ? L'opinion est aujourd'hui unanime, que cette condictio ne date que de Justinien ou de l'époque préjustinienne. C'est ce que montre l'étude critique des textes où abondent les interpolations reconnues depuis Ant. Favre, au XVII^e siècle (cf. Girard p. 632).

Justifications
proposées
pour cette ac-
tion.

Pour justifier la création de cette singulière action en reprise, plusieurs théories ont été proposées. D'après les uns le Jus poenitendi se rencontrerait dans des hypothèses voisines du mandat, d'après d'autres elle remplacerait l'application de la fiducie disparue. Enfin d'après H. Monnier (N.R.H. 1900, 187, 192) le jus poenitendi serait un nouvel épisode de la lutte entre humiliores et potentiores, une mesure de faveur pour les premiers qui, à supposer qu'ils aient passé un contrat innomé sous la pression d'un puissant, pouvaient revenir en arrière, le dissoudre, ou mieux l'empêcher de se former quand cette pression avait pris fin.

§ 3 - Les actions en exécution.

Absence de sanction à l'origine.

Pendant longtemps, la convention synallagmatique n'a pas eu de sanction directe. Primus avait livré son cheval comptant sur le boeuf promis par Secundus, et Secundus ne s'exécutait pas. Primus ne pouvait pas exiger le boeuf ni une indemnité pour manquement à la parole donnée. On était ici dans le domaine des pactes et le pacte en principe est dépourvu de sanction.

Soul le précaire était sanctionné (sur le terrain prossessorio) par l'interdit de precario et par la condictio (I).

Point de départ de la sanction des C.I. l'actio de aestimato (a.P.V.).

La première sanction directe de l'avis général fut attachée au contrat estimatoire. Dans l'Edit du prêteur figurait une actio de aestimato appelée plus tard actio aestimatoria, dont traite Ulpien (D. 19,3,I,I interpolé, mais le fond du texte est classique). La loi I,I présente cette action comme une action civile, de bonne foi et praescriptis verbis (c'est-à-dire avec des paroles en tête : v. plus loin).

La majorité des auteurs voit dans la sanction de l'aestimatum le point de départ de la théorie des contrats innomés.

Mais de quelle façon la théorie s'est-elle formée historiquement, les auteurs sont encore en lutte sur ce point important.

Avant d'examiner les systèmes, rendons-nous compte de l'origine même de l'expression contrats innomés.

Les textes fondamentaux.

Les textes du Digeste (19,5) nous indiquent quelles sont les sanctions de ces contrats sous Justinien et indiquent aussi les motifs de leur création: "Quand on ne peut trouver un nomen pour une opération, on recourt aux actions in factum". dit Papinien, loi I, pr.". Ou bien dans le même cas on agit P.V., avec des paroles écrites en tête", dit Celse. L.2 "Tous les contrats n'ont pas de nom en Droit civil" répète Julien loi 3; "car dit Ulpien I.4, les negotia sont plus nombreux que les vocabula, les opérations sont plus nombreuses que les noms Adde L. II de Pom-

(I) Cette condictio dite incerti par interpolation est assimilée par une autre interpolation à l'action praescriptis verbis (D.43,26,19,2; Girard, p. 635; n.2).

Expressions
diverses dési-
gnant dans
les textes la
sanction des
C.I.

Formation de
la théorie des
C.I. leur
sanction.

Les différents
systèmes.

1°- Système
classique (Ac-
carias) une seu-
le action.

L'A.P.V. pro-
gressivement
étendue aux
différents
types de C.I.

2° Système
de Pernice.
Les C.I. au-
raient été
sanctionnés
tantôt par
des a. pré-
toriennes
in factum
tantôt par
une action ci-
vile avec
des *paya*.
Mais le terme
A.P.V. est
interpolé.

ponius qui répète à peu près la L.I.

C'est d'après ces textes et d'après un autre déjà vu et relatif à la Cause (D. 2, 14, 7, 1 et 2) qu'on parle de nomina et de contrats que les Byzantins et les romanistes du moyen âge ont forgé le nom de contrat innomé. Les quatre premières lois du titre visent en effet les actions qui sanctionnent les contrats innomés et ces actions sont indiquées au Digeste et au Code sous des noms très variés: *actio in ius*, *actio civilis in factum*, *a. civilis incerti*, *a. praescriptis verbis*, *agere praescriptis verbis*, *a. in factum praescriptis verbis* etc.....

Quelle est la nature de ces sanctions si variées et comment s'est construite historiquement la théorie des C.I.?

Voici le tableau des différents systèmes proposés (ils sont bien résumés par Meylan, thèse citée).

1°- Le système classique (Accarias). - Sous le Haut-Empire, comme sous Justinien, les contrats innomés étaient sanctionnés par une seule action qui porte les noms compliqués vus ci-dessus; les complications de ces noms s'expliquent toutes par les particularités de la formule.

Quant à la construction de la théorie, elle s'est faite suivant le processus indiqué par le texte de Paul, loi 5 : On a commencé par la combinaison *do ut des* et c'est Labéon qui est l'inventeur des contrats innomés. On a continué par la combinaison *do ut facias*, sanctionnée par Ariste sous Trajan; on a poursuivi par les combinaisons *facio ut facias* sanctionnées par Paul, puis on a fini par la combinaison *facio ut des*, sanctionnée par Ulpien.

Les deux idées que soutient le système traditionnel, sont absolument repoussées aujourd'hui.

2ème système. Le système le plus suivi aujourd'hui est celui de Gradenwitz et Pernice. Ce système a été perfectionné par Audibert et adopté par Girard (pp. 626-630), par MM. Cuq et Bonfante etc...

D'après ce système, il a existé pour les C. innomés deux sortes de sanctions.

1°- Les actions *in factum* prétoriennes (quels certains croyaient avoir été inventées par les Sabiens).

2°- Une action civile avec *praescripta verba* appelée de noms divers dès l'époque classique et conçue sur le type de l'*actio de aestimato* (proposée disait-on par les Proculiens, et en particulier par Labéon l'inventeur des contrats innomés. Girard n'accepte pas une opposition aussi nette entre les

Sabinien et les Proculien.)

Ce second système justifie tous les noms donnés à la sanction par des particularités de la formule; pour le plus embarrassant, *actio P.V.*, qui n'est pas de bonne latinité, elle le déclare byzantin avec Gradenwitz (auteur du 1er ouvrage sur les Interpolations 1887), d'après qui l'expression technique classique aurait été "*Agere P.V.*" et non pas *actio P.V.* L'*actio P.V.* serait une création de Justinien. Pour avoir la preuve il suffit de rapprocher le texte de Gaius 3, 143 et les Inst. 3.24.1 = Quand on donne des objets à nettoyer sans fixer de suite la merces en en réservant la détermination pour plus tard. Gaius demande (sans répondre) s'il y a *locatio conductio operis faciendi*; Justinien répond "*actio praescriptis verbis datur : l'actio P.V. sera donnée*", il y a aura un contrat innomé.

Le plus grand service rendu par Gradenwitz a été de détruire la trop belle harmonie du développement historique en quatre étapes : *do ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des*. Il a de même supprimé la construction quadripartite du fameux texte de Paul (D. 19, 5, 5). Il y a trouvé des interpolations, mais pas encore assez, comme on le verra plus loin, le texte est beaucoup plus interpolé qu'il ne le pensait (Cf. Collinet Conférences de Gand, Revue Belge de Philologie et d'Histoire, 1925 p. 251).

3° système

radical les

C.I. n'au-

raient été

sanctionnés

que par la

condictio et

des actions

in factum.

3ème système = radical ou extrémiste de Perozzi, Beseler et P. de Francisci, adopté par M. Giffard (Précis t. II).

La brèche étant faite par Gradenwitz, des esprits plus critiques et même hypercritiques, en Allemagne et en Italie, ont poussé beaucoup plus loin. Ils ont prétendu prouver que tout était interpolé, que les classiques n'auraient connu que les actions *in factum* et la *condictio ob rem dati* (pour M. Giffard en plus la *condictio incerti*) et en outre dans les cas marqués de dol, l'*actio de dolo*. Pour M.P. de Francisci, l'action P.V. aurait été imaginée par Patricius et Eudoxius, professeurs à Beyrouth au V^e siècle.

M. Meylan a démontré que ce système extrémiste n'était pas soutenable (dans le même sens, Collinet, loc. cit.)

4° système

de réaction.

4° - Après le système extrémiste sont venues les réactions.

a) M. Naber déclare que *actio P.V.* est aussi classique que l'*agere P.V.*; mais à tort, car, à notre avis, ni l'une ni l'autre expression ne sont classiques.

b) Pour M. Collinet, le système radical est inadmissible comme tout système de ce genre. Il est d'ailleurs condamné à la fois par le passage d'Ulpien (D. 2,14,7,2) et par la scolie "Mathôn" (voir plus loin) Il n'est pas possible en effet que les classiques, ces jurisconsultes, savants quoique préoccupés de la pratique, n'aient pas connu en notre matière de formules civiles et que ce soient les Beyrouthins médiocres qui aient tout créé. D'après M. Collinet, ils ont trouvé les bases de leur doctrine dans les textes anciens.

Voici donc le système que soutient M. Collinet.

A. En droit classique
deux sortes de sanctions.
I- A. Prétoriennes in factum décrétales fondées sur l'idée de dol.

A.- En droit classique il existait déjà deux sortes de sanctions différentes (comme le pense le 2° système): 1° des actions prétoriennes in factum décrétales. Ces actions ont pour base comme toute action in factum (Gaius 4,47) l'idée de dol, c'est-à-dire d'un fait de tromperie du cocontractant qui ne s'exécute pas. Ces moyens ne sanctionnaient pas un contrat ni peut-être un délit (car le dol n'est pas un vrai délit), mais un fait répréhensible, voisin du délit.

Ces actions in factum ont été proposées aussi bien par des Sabinieniens que par des Proculieniens. Labéon qui est Proculien se sert de ces actions in factum (D. 19, 5,1,1,) où le terme civilis a été ajouté à in factum par interpolation). C'est Alfenus Varus, jurisconsulte dont nous ne savons que trop peu de choses, auteur du premier traité appelé Digesta, consul suffète en 715-39, qui semble avoir été l'initiateur du mouvement.

2° Actions civiles in jus avec praescripta verba du type de aestimato.

2°- Il existait à l'époque classique des actions à formules civiles in jus avec P.V. Ce sont ces actions dont le nom sera constitué en Droit byzantin par l'expression actio praescriptis verbis ou agere praescriptis verbis. Nous avons vu que la majorité admet que le point de départ des actions contractuelles en notre matière se trouve dans l'actio de aestimato édictale. Pour la majorité l'actio de aestimato avait une formule civile in jus de bonne foi, figurant dans l'Edit à la suite des actions de bonne foi et construite sur leur modèle. Seulement, à la place d'une demonstratio faisant allusion à une opération nommée (vente, louage etc...) se trouvait en tête une phrase indiquant qu'il s'agissait de telle ou telle opération non nommée. Cette phrase commençait par "Quod" et constitue les praescripta verba".

Puis venait une intentio incertaine "Quid quid paret".... et une condemnatio incertaine aussi

Construction de la formule de cette action.

comme dans tous les *judicia bonae fidei*.

Telle était la construction de cette action. Elle fut imitée dans toutes les formules sanctionnant les contrats innomés.

Un témoignage décisif sur la construction de cette formule est rapporté par une Scolie des Basiliques, la Scolie "Mathôn" (Heimbach, I, p. 560) due à Stéphane ou Etienne (peut-être professeur à Beyrouth ?) Stéphane n'a pas pu inventer la description qu'il fait de la formule, car de son temps il n'y a plus de formules, il n'y a plus que des noms d'action. Il l'avait donc trouvée dans les auteurs du Droit classique. Le système extrémiste est condamné par là-même (1).

Le rôle d'Ariston et de Mauricien dans l'origine des contrats innomés.

Le mouvement qui a étendu le type de l'action de *aestimato* aux autres contrats innomés est, de l'avis de M. Collinet, un mouvement tardif (2). La grande majorité des auteurs attribue à Labéon l'invention des contrats innomés, en se fondant sur deux textes D. 19,5,1,1 et 19 Pr. Mais pour le premier texte, beaucoup d'auteurs admettent que le mot *civilis* dans a. (*civilis*) *in factum est* interpolé, et pour le deuxième il est très suspect, puisqu'il contient le mot *praescriptis verbis* qui, de l'avis des meilleurs auteurs, est un signe d'interpolation. Mais jusqu'à présent dans l'Ecole moderne on n'avait pas osé refuser au grand jurisconsulte Labéon la gloire d'avoir créé la sanction des C.I.-M. Collinet a cependant soutenu cette idée qui se trouve contrôlée par le texte fameux déjà vu dans la théorie de la cause (D.2, 14,7,2) Ariston (sous Trajan 98-II7 ap. J.C.) répondant à Celse voyait dans la *datio ob rem* un véritable contrat synallagmatique et le terme grec "*sunallagma*" figure deux fois dans le texte. Ce serait donc Ariston qui (juriste hellénisant) aurait fait de l'opération innommée un "*sunallagma*" un véritable contrat. Le même texte rapporte en outre une controverse entre Julien et Mauricien jurisconsulte plus obscur sous Antonin le Pieux (138-161). Dans la *datio ob rem*, Julien se contente de proposer l'action *in factum*, c'est-à-dire l'action prétorienne; Mauricien le "ré-

(1) M. Giffard (Précis, t. II, p. 137) croit retrouver dans la scolie la formule de la condictio incerti; mais celle-ci n'avait pas de P.V. (Lenel, E.P. 3^e éd., p. 156 Cuq p. 855, n.3.)

(2) V. son article dans la *Mnemosyna Pappulias* (sous presse.)

primande " sur ce point et admet dans l'espèce une formule civile. C'est donc en réalité Mauricien qui a été le promoteur des formules in jus avec P.V.. Il tirait la conséquence logique du principe posé par Aristo, il appliquait au "synallagma" la sanction adéquate. Et la doctrine extrémiste ne saurait ébranler la force de ce témoignage historique heureusement gardé par le Digeste. A partir de là, les prudents ont développé l'idée et ont promu à la dignité de contrats toutes les opérations innomées qui étaient ou non sanctionnées par des A. in factum.

Explication
de la dualité
d'actions
sanctionnant
les C.I. à
l'époque clas-
sique.

En résumé, en Droit classique, à la fin du II^e siècle et surtout au début du III^e, il existait deux sortes de formules pour sanctionner les opérations synallagmatiques innomées : les formules in factum prétoriennes et les formules civiles in jus avec p^a v^a. Cette dualité n'est pas surprenante, car le dépôt, le commodat (G. 4,47) tous les rapports synallagmatiques imparfaits possédaient déjà deux formules de ce genre. Le mouvement n'a fait que continuer, plus tardif, voilà tout.

Droit post-classique.

§ 4 - Contrat innomé de Justinien.

Relation entre le développement de la théorie des C.I. et la disparition de la procédure formulaire.

On n'a pas encore assez insisté dans les manuels sur les conséquences qu'ont amenées et la disparition des formules avec la procédure ordinaire et la généralisation de la procédure extraordinaire (*cognitio extra ordinem*.)

C'est pourtant un phénomène capital dans l'histoire du droit que la substitution à la procédure formulaire de la procédure extraordinaire, qui est encore la nôtre.⁽¹⁾ Au Bas-Empire, les formules ont disparu, c'est-à-dire qu'elles ne sont plus en usage dans la pratique ; mais elles persistent dans l'enseignement (Collinet, Congrès de Rome 1903, à propos de l'*Interpretatio Gai* d'Autun). La procédure est alors la procédure extraordinaire, d'abord la *denuntiatio* étudiée par M. Boyé (Ch. de Bordeaux), puis la procédure par libelle, étudiée par M. Collinet (1932). Ni l'une ni l'autre ne comportent de formules. La procédure par libelle, spécialement, se déroule comme la procédure moderne.

Nécessité pour les Byzantins par suite de la disparition des formules de créer un nom générique pour désigner les actions sanctionnant les C.I. non formés d'après les *pa va* qui les caractérisaient : A.P.V.

S'il n'y a plus de formules, comment désigner les actions ? Par des noms. De là, au Bas-Empire, l'abondance de noms créés par les Byzantins (Collinet, Conférence de Gand, citées).

Rien d'étonnant par conséquent, à ce que, en matière de C.I., pour désigner les formules incertaines in jus de bonne foi avec *pa va* des sources classiques, les Byzantins aient créé un nom unique. Ce nom, ils l'ont formé naturellement, logiquement, d'après la caractéristique des formules, c'est-à-dire d'après les *pa va* qui, sous des variantes de fonds, étaient communs à tous les rapports innomés. L'action byzantine s'appellera donc *actio praescriptis verbis* et le fait d'agir par cette *actio*, *agere praescriptis verbis*, expression qui n'est pas plus classique que l'autre.

Est-ce seulement les professeurs de Beyrouth Patricius et Eudoxius, qui ont créé ce nom ou celui-ci existait-il avant eux ? Faute de texte, on ne peut le savoir, mais malgré M. Riccobono, le nom n'apparaît pas en Occident.

En tout cas, les commissaires de Justinien, chargés de la rédaction du Digeste et du Code ont après leurs prédécesseurs du Vème siècle, étendu

(1) M. Riccobono (Mél. Cornil) a effleuré le sujet. M. Collinet le reprend dans sa *Nature des Actions*.

très largement l'emploi des expressions *actio* et *agere P.V.* Dans les textes relatifs aux C.I., les interpolations sont plus fréquentes, de beaucoup, qu'ailleurs.

Développement
considérable
donné aux C.I.
par les Juris-
consultes du
Vème s.

Les contrats innomés - on le constate par le titre du Digeste qui leur est consacré et par d'autres passages - ont une ampleur considérable. L'amplication de ces contrats a constitué certainement un mouvement très important de progrès qui, malgré M. Riccobono, n'a pas son origine en Occident à Rome (fin du IIIème s. ou IVème s.) où les juristes étaient devenus d'une ignorance crasse. Il est plus vraisemblable que le mouvement sorte de l'Orient (P. de Francisci), probablement de l'Ecole la plus importante, celle de Beyrouth sur l'activité créatrice de laquelle nous avons des preuves certaines (Collinet dans la revue *Byzantion*; t. III)

Explication
des noms di-
vers donnés
par les byzan-
tins à l'ac-
tion sanction-
nant les C.I.

Remarquons d'ailleurs que les Byzantins ne se sont pas contentés d'un nom unique pour désigner l'action des C.I. ; ils ont forgé toutes sortes de noms, des noms barbares et anti-classiques, il faut bien le reconnaître, car le Vème siècle, même en Orient, est inférieur - cela va de soi - aux IIème et IIIème s. Ces noms ont des apparences non latines, ce ne sont pas des noms de bonne latinité, ce qui permet justement de déceler les interpolations : 1° - *actio (civilis) in factum* (Labéon, D. 19,5,1,1) qui renferme une contradiction dans les termes. Le mot (*civilis*) est interpolé (cf. von Pokrowski, 1893 et Audibert, dans *Mélanges Fitting* et *Mélanges Gérardin*) 2 - *actio civilis (incerti)* 3) *actio in factum* (p.v.) avec aussi une contradiction dans les termes, etc..

Mais tous ces noms barbares ont un trait commun. Comme les termes *pis vis*, créés pour désigner les formules civiles, et ajoutés maintes fois à l'*agere* ou à l'*actio* (sans plus) des textes classiques, ces noms composites s'expliquent tous par ce fait que les Byzantins les ont fabriqués en les adaptant aux termes des textes mêmes des classiques. Quand le classique disait : *actio civilis*, ils précisent par *incerti*. Quand ils disaient *actio in factum*, ils précisent par *civilis*, etc... Et c'est pourquoi la terminologie est ici particulièrement flottante et a bouché si longtemps la lumière, comme des ténèbres. Les Byzantins ont agi ainsi dans un but très louable d'ailleurs, pour recueillir le progrès du droit effectué dans les Ecoles, plutôt que dans la pratique, et c'est logique : la doctrine seule crée des théories.

Or, c'est sous Justinien ou peu avant lui, qu'

Traits caractéristiques de la théorie des C.I. chez Justinien

la construction définitive de la théorie des contrats innomés s'est élaborée. Nous allons en voir les traits caractéristiques.

Il convient d'abord de dégager (1) le caractère unitaire du contrat innomé dans le droit de Justinien. En droit classique, avec l'abondance de formules que nous avons signalée, une formule *in factum* ou *in jus* par espèce, pour chaque cas, il existait "des" opérations innomées et innombrables. Sous Justinien, peut-on dire, il n'existe plus qu'"un" contrat innomé, un contrat unique sous des variétés innombrables. De même, ajoute M. Collinet, il n'est qu'une théorie unitaire de l'enrichissement sans cause sous des variétés multiples.

Les éléments de la construction du contrat unitaire sont les suivants, d'après M. Collinet.

1° - Unification des deux sanctions du droit classique a. civiles *in jus* et a. prétorienes *in factum*.
A.P.V.

1^{er} trait - Justinien a unifié les deux sanctions du droit classique, les actions *in factum* prétorienes et les actions civiles *in jus*. Il a voulu ramener ces deux catégories d'actions si différentes à l'unité, ce qui explique en particulier les noms composites d'actions civiles *in factum* ou d'a. *in factum*. P.V. Cette unification est prouvée, au titre même de *actionibus* des *Institutes*. (IV. 6,28) qui, parmi les actions de bonne foi, range l'*actio praescriptis verbis* inconnue de Gaius. Dans ce § 28, Justinien déclare que l'action P.V. naît de deux sources : en matière d'*aestimatum* et en matière d'échange ; or, pour celui-ci, on est sûr qu'il n'existait pas de formules *in jus* avec *p^a v^a*. puisque Julien propose seulement dans ce cas une formule *in factum*. Justinien a donc voulu réellement ramener à l'unité la catégorie type *aestimatum* (a. civile) et la catégorie type échange (a. prétorienne).

Caractères de cette action.

L'action ainsi visée se donnera donc (sous des noms variés) pour tous les cas de contrats innomés. Cette action est civile et de bonne foi (interpolation du D. 19,3,1, pr.) elle est, cela va de soi, contractuelle et, d'après M. Collinet, le terme civilis qu'on a bien de la peine à expliquer dans l'expression action (civilis) *in factum*, *actio civilis* (incerti) (2), veut dire simplement "contractuelle". Les Byzantins ont employé ce mot (dans un sens nouveau et par influence de l'a. P.V. civile et contractuelle à la fois) pour distinguer l'*actio in factum* des contrats innomés des nombreuses actions *in factum* (du même titre, D. 19,5), fondées

(1) P. Collinet et A. Giffard, Précis Dalloz de D.R. t. II n° 155 et suiv.

(2) Car il n'y a pas d'actions non civiles (prétorienes) incertaines.

sur des faits répréhensibles. Celles-ci sont délic-
tuelles ou, au moins, extra-contractuelles; la pre-
mière seule du groupe, est contractuelle. Donc civile
égale contractuelle.

2° Confection
au D. de ti-
tres différents
relatifs aux
C.I.

2ème trait: Ce sont les Byzantins qui ont
construit les titres du Digeste relatifs aux contrats
innomés. Ces titres sont au nombre de trois : 19,3.
de aestimatoria (dans l'Edit de aestimato); 19,4 de
Rer. permutatione (échange) et 19,5 de P.V. et in
factum actionibus.

Cette distribution des C.I. dans trois titres
est significative. Dans l'Edit un seul se rencontre
de aestimato. M. Lenel (Edit Perpétuel) a démontré
qu'il n'existait dans l'Edit ni titre pour l'échange
ni titre général de P.V. et in factum actionibus. Il
suffit d'ailleurs de parcourir le titre 19,5 pour
voir qu'il a été composé d'emprunts à des titres dis-
parates des ouvrages des jurisconsultes. C'est une
véritable mosaïque.

3° L'a. P.V.
devient une
actio généra-
lis.

3ème trait. Généralisation de l'actio P.V.
L'actio P.V. était l'actio unitaire avec des facet-
tes multiples comme la condictio. Qu'elle soit unitai-
re, les Byzantins l'ont marqué de façon caractéristi-
que, en en faisant comme de la condictio une de leur
actions générales (Collinet, Etudes I, p. 200-210).

4° Edification
de la construc-
tion quadri-
partite des
C.I.

4ème trait.- La classification quadripartite
des C.I.. Les Byzantins sont des constructeurs de
catégories, plus même que les Romains. Ils veulent
l'ordre partout et s'il y avait une matière où ré-
gnait le désordre c'était bien celle des contrats in-
només. Ils y ont mis de l'ordre en édifiant la cons-
truction quadripartite des C.I. qui établie sur l'a-
nalyse des opérations de la pratique constitue en soi
une admirable construction. Le célèbre Fg.5 (D. 19,5)
qui les classe en 4 catégories : dont des, do ut fa-
cias facio ut des, facio ut facias, est d'après M.
Collinet leur oeuvre. Pour cela il a fallu qu'ils in-
terpolent largement le texte original de Paul. Ils
ne s'en sont pas privés. Du texte original, il ne
reste à peu près rien, quelques lignes au commence-
ment posant le casus et quelques lignes à la fin, raccor-
dées au centre du "texte" par une soudure postiche.
Ce centre qui donne la division quadripartite est vi-
siblement un petit tractatus de l'ob rem dati, oeuvre
de l'Ecole, qui a été intercalé entre le commencement
du texte - le casus - la question posée à Paul par
le client ou par un élève - et la solution sur la-
quelle se greffe le tractatus et qui est présen-
tée comme celle d'un cas d'espèce du groupe facio ut
facias.

5° Désignation
des C.I. du
terme de nova
ne.

5ème trait. Création du terme "nova negotia" pour désigner les C.I.. La plupart des auteurs considèrent que les contrats innomés en tant que contrats (sources d'obligations et d'actions) étaient déjà à l'époque classique par un nom spécial, nova negotia. Ce sont bien en effet des opérations juridiques nouvelles. Avec la minorité, M. Collinet croit que cette expression n'est pas classique. Le terme est interpolé partout où il se rencontre; car il se présente partout d'une façon gauche, inadmissible pour l'époque classique.

Tels sont les cinq traits caractéristiques de la législation du Bas-Empire sur le contrat innomé; à eux cinq, ils révèlent une évolution ou plutôt une véritable révolution dans la matière.

Les C.I.
représentent
un développe-
ment intensif
de la sanction
de la volonté.

Quelle est la raison de cette révolution? Elle se trouve très exactement définie par M. de Francisci. S'il se trompe sur la portée du progrès qu'il exagère infiniment (comme il a été dit plus haut), s'il fait la part trop belle à l'Ecole de Beyrouth et, par contraste, la part trop réduite à la science classique (-toutes les créations sont du droit classique et le droit byzantin n'a guère fait que donner des noms et construire le système), M. de Francisci a donné, au contraire avec beaucoup de force (dans son tome II) (1) l'explication désirée. Il justifie l'évolution par le groupement de deux tendances: 1° - une tendance éthico-juridique, morale et juridique venant des Grecs eux-mêmes, car on sait que les institutions hellénistiques survivaient encore au V° siècle en Orient et que la pensée grecque y avait comme un renouveau sous la forme de néoplatonicisme (2), et 2° une tendance éthico-religieuse morale et religieuse due au christianisme dont l'influence sur le développement du droit romain n'est pas encore fixée. Sans entrer dans la discussion, il paraît difficile de découvrir dans le progrès des contrats innomés, une influence chrétienne. Ce que M. de Francisci y rattache vient peut-être plutôt de la philosophie néoplatonicienne, dont à la vérité, la doctrine chrétienne s'est incorporé les éléments durables (3). Les deux tendances auraient produit ce phénomène extrêmement important : c'est que le contrat innomé représente un progrès immense dans la sanction de la volonté el-

(1) Résumé dans Meylan op. cit.

(2) Collinet, Etudes, t. I, passim.

(3) cf. les travaux de M. Emile Bréhier de la Sorbonne.

le-même. Quoique les contrats innomés soient des contrats re et non pas des contrats consensuels, les Byzantins seraient arrivés à faire dériver leur développement de la sanction même de l'"autonomie" de la volonté et non de la "chose" res (inexistante, d'ailleurs, dans les opérations *facio ut des* et *facio ut facias*).

Quoi qu'on pense de cette réhabilitation de l'esprit byzantin, les contrats innomés clôturent la série des contrats que nous avons à étudier. Passons aux Pactes prétoriens et légitimes.

Section V

Pactes Prétoriens

3 catégories
de pactes
prétoriens.

Les pactes prétoriens, dus à des prêteurs anonymes, forment trois catégories :

Le serment,
les recepta
le constitut.

§ I - Le Serment.

Les diffé-
rents ser-
ments du
Droit civil.

Les Romains ont connu plusieurs sortes de serments, en droit civil.

a) Le serment promissoire (cf. stipulatio) :
jusjurandum liberti (Chevrier Thèse Dijon 1921).

b) Le jusjurandum in jure ou necessarium (V. Procédure).

c) Le jusjurandum in litem, déféré par le juge (v. aussi Procédure).

d) Le serment probatoire, serment judiciaire également, que le juge emploie pour se faire une opinion et qui est le seul en usage aujourd'hui.

Le serment
en droit pré-
torien.

Le serment prétorien est d'une autre nature : c'est le serment décisoire ; il possède trois caractères :

volontaire,
extrajudiciaire,
décisoire.

Ses caractè-
res.

a) Volontaire. Deux personnes sont en contestation sur le point de savoir si l'une est créancière de l'autre ou à qui des deux appartient la propriété d'une chose. Elles conviennent de s'en rapporter au serment prêté par l'une ou par l'autre.

b) Extrajudiciaire : parce que ce pacte est conclu entre les parties sans qu'elles comparaissent en justice.

c) Décisoire : parce que ce serment mettra fin à toute controverse judiciaire.

Sanctions du
serment.
Action de ju-
rejurando et
exceptio ju-
risjurandi.

Supposons que Primus ait juré qu'il était créancier de Secundus qui lui a déféré le serment ; Secundus ne peut plus refuser de le payer. C'est en cela que le serment est décisoire. S'il refusait de le payer, le créancier pourrait intenter ou l'action du contrat, ou l'action du serment (action de jure-

jurando in factum prétorienne).

En sens inverse, Primus a dit à Secundus : "Jure que tu n'es pas débiteur et je ne te poursuivrai pas". Malgré le serment prêté par Secundus, Primus intente l'action du contrat, Secundus peut lui opposer une exception variante de celle du dol, l'exceptio jurisjurandi.

Le serment volontaire prétorien a été fondu dans le Digeste avec le serment nécessaire in jure. Mais Lenel, dans son "Edit Perpétuel" a distingué (par la méthode des inscriptions), les deux catégories de textes se référant à l'un ou à l'autre (Cf. Girard, p. 638 n. 4) (1).

§ 2 - Recepta.

Le verbe recipere, "recevoir" veut dire également "s'obliger, assumer une charge, garantir" et correspond à toute une série de verbes grecs de même sens.

Les 3 espèces de recepta.

Trois recepta existent dans l'Edit, ils n'ont d'autre similitude que le nom, car ils appartiennent à des catégories différentes et ce n'est que par suite de cette similitude de nom qu'ils ont été rangés dans le même Edit : 1°- receptum arbitrii - 2°- receptum nautarum, cauponum et stabulariorum. 3°- enfin r. argentariorum.

L'origine de ces trois recepta est difficile à dégager. Pour Partsch, c'est une origine grecque (cf. Collinet I p. 275-276). L'opinion de Vincent, Thèse Montpellier 1920, qu'ils supposent une res recepta, est difficilement soutenable.

1°- Receptum arbitrii sanctionné par des moyens fondés sur l'imperium du prêteur.

1°- Le receptum arbitrii se rattache au compromis. C'est la convention passée par deux futurs plaideurs avec un arbitre et par laquelle ce dernier accepte la charge de décider entre eux. C'est une opération courante en Droit commercial, où la clause compromissoire vient seulement d'être reconnue valable en Droit français. Cette convention d'arbitrage à Rome n'est pas sanctionnée par une action. Le prêteur forcera l'arbitre à s'exécuter par des moyens fondés sur l'imperium (amendes, saisies de gages).

2 - r. nautarum cauponum stabulariorum.

2°- Le receptum des nautae (armateurs) cauponum (aubergistes) et stabularii (patrons d'écuries) ces personnages sont tenus de la custodia (v. Fautes). Ils sont, en outre, responsables, en vertu de l'Edit, de la perte et détérioration des objets reçus par eux et qui appartiennent au client embarqué sur le navire.

(1) A. Geouffre de Lapradelle, th. Paris 1894.

descendu dans l'auberge ou qui a mis son cheval à l'écurie. Ils sont responsables en quelque manière objectivement, c'est-à-dire malgré leur absence de faute ; c'est en somme un précédent romain de la théorie du risque dont le droit moderne fait l'application en matière d'accidents. L'hôtelier se trouve, a-t-on supposé, obligé à la surveillance et responsable par une affiche apposée à sa porte pour attirer le client "Sarcinae salvae erunt : Ici, les objets sont garantis".

3°- r. argentarii par lequel un banquier fortifie le crédit de son client.

3°- Le receptum argentarii, le plus important de tous, est très pratiqué à Rome.

Un banquier, argentarius, prend envers son client l'engagement de payer la dette que celui-ci va contracter envers un tiers. Le banquier joue donc le rôle de garant, de caution. Le receptum argentarii est le mode de cautionnement prétorien et fait double emploi à cet égard avec le constitutum debiti alieni qu'on verra au § 3. L'obligation du banquier de payer pour autrui résulte du fait que le banquier "se receptum habet : se tient pour couvert" de la charge qu'il assume dans l'intérêt de son client qu'il garantit. Peu importe que le client ait de l'argent en dépôt - ce qui arrive le plus fréquemment - ou bien que ce client n'en ait pas : le banquier est tenu (par sa promesse), même s'il n'a pas "effectivement les mains garnies" (C. IV 18, 2, 1, texte quelquefois mal compris). Il y a donc analogie sur ce point avec la lettre de change moderne, bien qu'il ne faille pas confondre les deux opérations.

Le rôle du banquier, c'est donc de fortifier le crédit du client, notamment quand celui-ci a besoin d'un crédit à long terme (pour un marché de fournitures, par exemple).

Le receptum argentarii vise une dette future (différence avec le constitutum).

La dette peut porter sur toute espèce de chose, argent, marchandises, parce que les banquiers faisaient des opérations sur argent et sur marchandises (C'est encore une autre différence avec le constitutum).

actio recepticia sanctionnant l'engagement du banquier envers son client.

M. Collinet pense que le résultat du receptum n'est pas de lier le banquier vis-à-vis du tiers, mais seulement vis-à-vis de son client. En effet, c'est le client qui est tenu vis-à-vis du tiers, son créancier. Le banquier qui joue le rôle de caution vis-à-vis du client, sera peut-être, en fait, un jour ou l'autre, tenu de payer le tiers. S'il se refuse à payer malgré l'engagement qui le lie avec le client, celui-ci se retournera contre le banquier et lui demandera raison de son refus par l'action

recepticia prétorienne in factum. (1). D'autres auteurs pensent que l'action était donnée au tiers.

On a soutenu que le receptum était un contrat formaliste. C'est une idée aujourd'hui abandonnée (Girard, p. 645 n.2 ; Collinet Etudes, I p. 282-288).

Fusion du
receptum ar-
gentarii et
du constitut
dans le
Droit de Jus-
tinien.

Le receptum argentarii n'existe plus au Digeste ni au Code. Il n'a pas été reçu par Justinien. Cependant, M. Lenel l'a retrouvé (grâce toujours à méthode des inscriptions) sous le constitut avec lequel il a été fondu par une loi de 531 (C. 4, 18,2). Pourquoi cette fusion a-t-elle été opérée ? Parce que, dit-on toujours, le receptum était tombé en désuétude et Justinien lui-même a donné cette raison. M. Collinet l'a contestée et a soutenu (Etudes I. 277-290) que le receptum n'était pas tombé en désuétude en Orient, pour la bonne raison qu'il n'y avait jamais été pratiqué. Il n'y a jamais été pratiqué parce que l'opération romaine du receptum était rendue inutile par les opérations grecques correspondantes. M. Cujas a adopté cette opinion (p. 514).

Persistance
du receptum
en Italie.

Le receptum argentarii a, au contraire, persisté en Italie où il a été l'origine de la "promesse de banquier" en vigueur au moyen âge, époque à laquelle la floraison de la banque est considérable. Cette persistance du receptum a eu lieu quoique la codification de Justinien ait été "reçue" en Italie et ne contienne pas le receptum, nouvelle preuve de "l'impuissance des lois".

§ 3 - Le Pacte de Constitut (2)

Définition du
Constitut.

Constituere diem signifie dans la bonne langue romaine, fixer un jour, assigner un terme.

Constitutum
proprii ou
debiti alieni.

Une personne, le constituant, s'engage à payer à jour fixe une dette préexistante, soit sa propre dette (constitutum debiti proprii) soit la dette d'autrui (constitutum debiti alieni). - Le constitut est toujours un "report de dette", soit de sa propre dette, soit de la dette d'autrui. Il évite l'effet absolu de la novation (V. Infra)

Analogie du C.
debiti alieni
et du recep-
tum argenta-

On voit tout de suite que le constitut debiti alieni est voisin du receptum argentarii, que le constituant est un garant absolument comme un banquier. On comprend donc facilement pourquoi Justinien (C. 4, 18,2) a fondu ces deux institutions qui étaient voisines. En Orient, le Constitut existait sous le nom "d'antiphônésis". (Cf. Collinet, I. 288-290) Toutes ces conventions naturellement, se faisaient par écrit.

(1) En ce sens, H. Vincent, p. 64-65.

(2) A. Philippin, th. Paris, 1929.

Objet et sanction du constitut, différences avec le receptum.

Le constitut comporte nécessairement un terme. Si on avait omis de le fixer, Justinien déclare que la dette sera reportée à 10 jours. Il a eu d'abord pour objet seulement de l'argent, étant sanctionné par l'action de pecunia constituta. Puis il a pu porter sur des choses fongibles et (sous Justinien) sur toute chose par contamination du receptum.

Il faut que la dette soit préexistante, différence avec le receptum, mais peu importe qu'elle soit civile ou naturelle, perpétuelle ou temporaire.

La sanction était l'action de pecunia constituta (action sur l'argent reporté), in factum, prétorienne, qui présente une particularité très notable: dans la procédure in jure, intervient une sponsio et une restipulatio, comme dans l'actio certae creditae pecuniae, mais l'objet des promesses réciproques est, non pas le tiers comme dans l'act. c.e.P., mais la moitié de la valeur due. Autrement dit, dans l'actio de pecunia constituta, la sponsio et la restipulatio sont dimidiaie partis au lieu d'être tertiaie partis.

Pourquoi ce taux élevé? On a pensé que c'était une imitation de l'Hémiclion grec. On peut penser plus simplement que le prêteur a porté la poena du tiers à la moitié, en raison du report de dette et par conséquent avantage pour le débiteur. On lui fait payer cet avantage. S'il est battu dans le procès, il paiera non seulement le montant de ce qu'il devait, 10.000 s., mais en plus 5.000 sesterces. Le créancier serait au même tarif par parallélisme, et d'ailleurs il risque moins de perdre le procès.

Fonctions diverses du constitut.

Le constitut a été appelé parfois la stipulation du droit prétorien. En effet, comme la stipulation il possède: 1) la fonction novatoire, l'élément nouveau c'est toujours le changement de source, parfois le changement de débiteur (dans le constitutum debiti alieni). 2) la fonction de garantie (quand il s'agit du constitutum debiti alieni). Mais c'est tout.

Section VI

Pactes Légitimes.

Ces pactes ont été sanctionnés par les empereurs du Bas-Empire, par les leges imperiales, d'où leur nom. Ce sont de vrais contrats, puisqu'ils émanent des empereurs qui ont le droit de faire du droit civil. Ils sont au nombre de trois.

§ I- La Dot.

La dot a été reconnue comme pacte légitime par une constitution de Théodose II en 428, sous l'influence des coutumes grecques. Elle est sanctionnée par l'action *ex stipulatu utilis* (Collinet, I, 291-305).

§ 2 - La Donation.

La donation est un acte à titre gratuit, comme les contrats de bienfaisance (*mutuum*, *dépôt*, *commodat*, *mandat*).

Définition.

C'est un acte dans lequel une partie (donateur) se dépouille libéralement d'un droit qu'elle a, au profit d'une autre personne (donataire).

Ses éléments.

La donation comporte quatre éléments:

- 1° - Appauvrissement du donateur;
- 2° - enrichissement du donataire;
- 3° - intention libérale, *animus donandi*; on discute pour savoir si cet élément est classique ou byzantin.

4° - Acceptation du donataire.

Réalisation de la donation *dando*, *liberando*, *promittendo*.

Comment se réalise une donation en Droit romain? La donation n'est pas un mode spécial de création de droit, c'est seulement une *causa*, une cause efficiente, une source de droit comme la vente et elle s'effectue par les procédés du droit commun; 1° - par voie de *datio*, transfert de propriété ou constitution de droit réel; 2° - par voie de cession de créance; 3° - par extinction d'une charge = J'avais sur votre fonds une servitude, je libère votre fonds gratis, il y a donation. De même si le créancier remet sa dette à son débiteur, 4° - par voie de promesse: stipulation à l'époque classique, pacte légitime sous Justinien (Inst. II, 7, 2). C'est à tort qu'on fait remonter le pacte légitime de donation à Antonin le Pieux. La constitution de celui-ci (F.V. 314) a été rendue en matière de donation entre ascendants et descendants et l'on comprend par là-même, l'absence de formes expresses, puisque la donation se fait dans le sein de la famille; cela ne veut pas dire que ce soit un pacte légitime, sanctionné puisqu'aucun contrat n'est possible entre ascendants et descendants.

Division des donations.

Les donations se divisent en:

- 1° - donations entre vifs,
- et 2° - donations à cause de mort (qui n'existent plus aujourd'hui).

Remarquons que la donation *mortis causa* n'a jamais été un pacte légitime, même sous Justinien, pour sa

formation par voie de promesse, elle exige donc toujours une stipulation.

Les premières se subdivisent en:

- a) donations ordinaires;
- b) donations à cause de mariage (dot, donatio ante nuptias ou propter nuptias: la dot seule existe aujourd'hui).

Toutes les législations apportent des restrictions à la donation, parce que la donation est un acte très dangereux pour les familles, le donateur se dépouille et dépouille les siens sans équivalent. En droit romain, les difficultés que rencontre la donation varient avec ces donations. Très nombreuses pour les donations ordinaires, elles le sont moins pour les donations à cause de mort qui ne produisent effet qu'à la mort, comme les legs. Au contraire, les législations encouragent les donations à cause de mariage (étudiées l'an dernier).

1ère sorte: les Donations entre vifs.

Restrictions
à la liberté
des donations
entre vifs.

Le caractère dangereux de la donation se manifeste surtout dans la donation entre vifs, qui dépouille immédiatement et, en principe, irrévocablement, le disposant; la législation romaine apporte donc des difficultés tant à la validité qu'à l'efficacité de ces donations.

1°- Incapacités
a) de donner

1° - Capacité de donner et de recevoir,

a) Les administrateurs de la fortune d'autrui, comme les tuteurs, sont incapables de donner les biens de l'intéressé (pupille).

b) Sont incapables de recevoir:

et de recevoir.

1° - Les avocats - La loi Cincia 550/204, plébiscite proposé par le tribun Cincius Alimentus, appuyé par le vieux Caton, s'appelle "De donis et muneribus". Elle défend aux avocats de recevoir des cadeaux de leurs clients (v. plus loin).

2° - Les époux. Les donations entre époux (1) après avoir été permises, furent interdites et frappées de nullité absolue, à une époque inconnue, pour des raisons faciles à comprendre: là où il est le plus aisé d'obtenir une donation, c'est dans le mariage, où un époux ayant acquis une grande influence sur l'autre peut obtenir de lui tout ce qu'il veut. Mais, en 206 après J.C. le Sénat rendit sur la proposition de l'empereur Caracalla, un sénatus consulte, d'après lequel la donation nulle serait pourtant validée si le donateur mourait pendant le mariage, sans avoir révoqué sa donation, c'est-à-dire s'il avait persévéré dans la volonté de donner (convalescentia de la donation). Il est intéressant de noter que cette évolution

(1) Fr. Dumont, th. Paris, 1928.

des donations inter virum et uxorem est la même que celle qui s'était produite pour les donations entre ascendants et descendants. D'abord impossibilité, puis convalescentia, enfin sous Justinien, assimilation aux donations mortis causa.

2° - Formes des donations.

2° - Restrictions de forme imposées aux donations.

L'insinuation.

Les donations entre vifs ont été également entravées par des formes. Il ne s'agit pas ici des formes ordinaires de transfert, comme la mancipatio ou l'in jure cessio, mais de formes spéciales imaginées pour les donations et qui apparaissent à une époque où la donation était devenue beaucoup plus souple, où la mancipatio ne consistait plus que dans un écrit, comme la stipulatio. Au Bas-Empire, donc, on établit pour la donation entre vifs des formes destinées à l'entraver; c'est la théorie de l'insinuation. L'insinuation qui est devenue chez nous la transcription (C.C. art. 939 à 942), est la copie intégrale de l'acte sur des registres tenus par les autorités publiques: elle se fait, apud acta (au greffe ou à la curie) sur une déclaration des parties (professio).

L'insinuation, sans doute d'abord facultative, s'est introduite en fait pour assurer la preuve de la donation. Elle existe à ce titre déjà en 229 (F.V. 266.A.). Mais elle fut rendue obligatoire par Constance Chlore et par Constantin en 316 (F.V. 249). Ils voulaient restreindre les donations en obligeant le donateur à rendre public son acte. - Si le donateur avait fait une donation malhonnête, à une personne indigne, on supposait qu'il n'aurait pas l'audace de la faire insinuer. L'obligation de la publicité devait empêcher son acte coupable. A une certaine époque, l'insinuation ne fut plus exigée que pour les donations excédant 200 sous d'or (3.200 frs or). Justinien porta ce taux à 500 sous d'or, soit 8.000 francs-or. La donation non insinuée est nulle de nullité absolue.

3° - Effets de la donation.

La causa donationis et ses conséquences.

3° - Les effets de la donation valable.

La donation produit les effets normaux de l'acte qui la réalise (transfert de propriété, extinction de dettes ou charges...); c'est une cause des actes, une source qui appelle quelques remarques:

a) La causa donationis fait que le donateur n'est pas tenu à garantir le donataire contre l'éviction. Cette obligation n'existe que dans les actes à titre onéreux (la vente et la dot). Cependant, quand la donation se faisait par mancipatio, comme celle-ci entraînait la garantie de droit, le donataire avait un recours pour éviction contre le donateur; mais le prix de la vente dans la mancipatio était alors

ramené à un sesterce (Of. 20-or) (nummo uno) et l'actio auctoritatis n'avait pour objet que deux fois un sesterce (O f. 40-or), moyen ingénieux de réduire la garantie à rien.

b) le donateur jouit du bénéfice de compétence; il n'est tenu de payer que in id quod facere potest.

c) Il ne paie pas d'intérêts moratoires, s'il est en retard.

Conditions
d'efficacité.

4° - L'efficacité des donations.

Les conditions d'efficacité, distinctes des conditions de validité, sont assez difficiles à comprendre.

La Lex Cincia
et l'interdic-
tion des dona-
tions ultra
modum.

A - La première tient à la Loi Cincia (550-204) déjà vue plus haut. Dans sa disposition principale et malheureusement inconnue dans ses détails, cette loi voulait empêcher les donations trop fortes. Nous ignorons le modus de cette loi, la limite au-dessus de laquelle la loi s'appliquait. Mais voici le système très curieux imaginé par elle. La loi Cincia est une Lex imperfecta (Ulp. Reg. § I), une loi sans sanction ou plus exactement, comme il ne peut pas y avoir de lois sans sanction, une loi à sanction indirecte, une loi avec, pour sanction, la pression morale qui arrêtera les donations abusives. Voici la règle: "Depuis la loi Cincia une donation quelconque entre vifs ne dépouille définitivement le donateur et n'investit définitivement le donataire que si le premier s'est mis dans l'impossibilité absolue de revenir sur sa donation. A l'inverse, s'il a gardé un moyen quelconque de revenir sur la donation, s'il a conservé un contact quelconque de droit ou de fait avec l'objet de la donation, la donation n'est pas parfaite, n'est pas définitive, car le donateur peut toujours, s'il change d'avis, revenir sur elle." Voyons quelques applications de cette règle.

Fonctionnement
de l'exceptio
Legis Cinciae.

Supposons une donation portant sur une chose Mancipi. Le donateur, par hypothèse, a fait à la fois Mancipatio et traditio de cette chose; en plus (et il ne faut l'oublier) s'il s'agit d'un meuble, le donataire en a gardé la possession pendant plus de six mois conformément à l'interdit utrubi. A ces trois conditions, le donataire échappe à la Loi Cincia; la donation est parfaite; il est impossible que le donateur revienne sur sa volonté.

Supposons, au contraire, que le donateur ait encore des doutes sur son intention libérale. Il s'est laissé circonvenir par une personne qui obtient de lui donation d'une res Mancipi. Mais le donateur, qui garde encore un peu de bon sens, fait Mancipatio de la chose sans en faire traditio. Le donataire lui réclame la traditio et intente l'action en revendi-

cation pour obtenir la chose. En droit commun, le donateur serait condamné. Mais, comme il s'agit d'une donation excédant par hypothèse le *modus Legis Cinciae*, le donateur a un moyen de résister à la revendication: il lui opposera l'*exceptio Legis Cinciae* et paralysera ainsi la revendication du donataire.

Hypothèse contraire: le donateur a fait tradition de l'esclave sans faire la mancipation. Le donataire intente l'*actio publicienne*, car il était en voie d'usucaper; le donateur ayant réfléchi, opposera à cette action l'*exceptio Legis Cinciae*.

Ou bien c'est le donateur qui prend l'initiative et réclame par la revendication la chose livrée; si le donataire oppose l'*exceptio rei donatae et traditae*, exception d'une chose donnée et livrée, le donateur réplique par la *replicatio Legis Cinciae*.

On peut ainsi construire des jeux de réplique, duplique et même triplique (v. les *Manuels*).

En conséquence pour être parfaite la donation d'une chose *mancipi* doit comprendre:

1) la mancipation de la chose, 2°) sa *traditio*, 3°) s'il s'agit d'un meuble, la possession pendant un délai assez long pour que le donataire puisse triompher de l'*interdit utrubi* (F. *Vatic.* n° 259, 266, 311, 313).

La loi *Cincia* s'applique également quand la donation se fait par voie de promesse ou de remise de dette.

Le problème de la sanction de la loi *Cincia*. Avant la procédure formulaire.

Cette loi est tombée en désuétude au Bas-Empire(1). Ses applications ne figurent plus au Digeste ou au Code. On ne les connaît que par les F.V. manuscrit du IV^e siècle. On se demande également comment elle était sanctionnée avant la procédure formulaire. Celle-ci n'existe vraisemblablement pas en 550 (du moins entre Romains d'après M. Collinet). Il n'y a donc pas encore d'exceptions. Quelle était la sanction de la loi *Cincia* ?

Une opinion assez en vogue de Pernice et Girard consiste à dire que le donateur pouvait répéter au moyen d'une *condictio*, mais la *condictio* ne pouvait s'appliquer à ce cas (cf. Duquesne, *Mélanges Girard* 1912, T.I. *Donatio, delegatio, condictio*).

M. Cuq, combattant à juste titre cette théorie, croit que la sanction consistait dans une intervention morale et politique des tribuns de la plèbe. C'est possible.

B. Supposons que la donation ait échappé à la loi *Cincia*. La donation n'est pas nécessairement définitive. Elle peut parfois être révoquée.

(1) Max Radin, R.H.D., 1928, p. 249 et s.

La révocation
des donations.

En principe les actes ne sont révocables que par la volonté concordante des deux parties, non par la volonté unilatérale (sauf louage, société, mandat). Cependant la donation entre vifs est exceptionnellement devenue révocable, en droit romain comme aujourd'hui, pour trois causes: ingratitude du donataire, inexécution des charges et survenance d'enfants. Le donateur a alors une *condictio* pour répéter l'objet donné.

Révocation
pour ingrati-
tude.

a) Ingratitude. Le point de départ s'est trouvé dans la donation faite à l'affranchi qui manque à l'*obsequium*, au respect qu'il doit au patron. Celui-ci peut, dans ce cas, demander la révocation de la donation (F.V. 272, ann. 249).— Cette révocation fut étendue en 330 aux émancipés (F.V. 248) puis aux donations faites par la mère, par les ascendants et en 530 par Justinien, à toute donation (C.8,55,10). Il y a ingratitude quand le donataire a commis des injures atroces vis-à-vis du donateur, des violences graves, une mise en péril de la vie, des menaces à sa fortune.

Révocation
pour inexécu-
tion des char-
ges.

b) Inexécution des charges. Ce fut d'abord un cas de résolution (V. Infra) qui est devenu sous Justinien un cas de révocation. La distinction entre les deux termes n'est pas une subtilité. Dans un cas comme dans l'autre, le donateur a la *condictio* pour répéter. Seulement, quand elle fonctionne pour cause de révocation, la *condictio* est considérée comme une action de vengeance (*vindictam spirans*), contre celui qui s'est montré ingrat ou qui n'a pas exécuté les charges. C'était une sorte d'action pénale qui ne se transmet pas à l'héritier du donateur.

Révocation
pour survenan-
ce d'enfant.

c) Survenance d'enfant: le donateur était célibataire; il se marie et a des enfants; la donation sera révoquée, à partir des fils de Constantin (355). Cette révocation ne fonctionnait que dans les rapports entre patrons et affranchis.

Résolution
des donations.

C. La résolution nous transporte sur un autre terrain. Le donateur avait fait une donation sous certaines charges *sub modo*, par exemple de payer une rente viagère à un vieux domestique. Le donataire avait promis (par contrat innomé, v. *suprà*) mais néglige de verser sa rente au bénéficiaire. Le donateur peut intenter contre lui une *condictio* en résolution (la *condictio ob rem dati* du contrat innomé). Mais c'est une action personnelle qui ne comporte ni droit de préférence, ni droit de suite. Aussi la législation bienveillante a-t-elle fini par donner au donateur et à ses héritiers une *vindicatio utilis* qui, en tant qu'action réelle, est munie de ces avantages (Valér. et Call. en 258, C. 8,54,1). Mais la constitution

n'est-elle pas interpolée et n'est-ce pas seulement Justinien qui a imaginé cette vindictio utilis ? Un certain nombre de Romanistes déclarent que toutes les vindicationes utiles sont byzantines (Cf. Collinet Etudes I. 174-191).

2ème sorte: Les donations à cause de mort, mortis causa.

C'est une institution qui n'existe plus aujourd'hui. Quand on veut faire une disposition pour après sa mort, on fait un legs. Les Romains connaissaient à la fois le legs et la donation à cause de mort, le legs qui prend place dans un testament, et la donation à cause de mort qui se fait par les mêmes modes que la donation entre vifs.

Différences
entre la D.
à cause de
mort et la
D. entre vifs.

Seulement, les différences sont considérables entre la donation à cause de mort et la donation entre vifs. Elles s'expliquent toutes par l'idée suivante: tandis que la législation romaine et les législations modernes voient d'un mauvais oeil la donation entre vifs qui appauvrit le donateur et sa famille, la législation romaine ne met pas les mêmes obstacles à la donation à cause de mort qui ne produira son effet définitif qu'à la mort du donateur. Voici les différences: 1° - la donation à cause de mort n'était pas soumise à la Loi Cincia; 2°) au Bas-Empire, elle échappait à l'insinuation comme les donations entre époux et à cause de mariage; 3°) la donation entre vifs est irrévocable. La donation m.c. est essentiellement révocable au gré du donateur, comme le legs. En effet la donation à cause de mort est une disposition prise en vue de la mort du disposant: jusqu'à ce que cet événement se produise, il conserve toute sa liberté.

Révocabilité
de la donation
à cause de
mort.

Nous allons voir comment fonctionnait cette révocation. Mais auparavant se pose une question difficile: pourquoi les Romains, qui connaissaient l'institution d'héritier et le legs, ont-ils inventé la donation m.c. qui fait double emploi avec le legs ? Sur ce point, Cf. F. Senn. Etudes sur les obligations, I.I.)

Double condi-
tion dont est
affectée la
D. à cause de
mort.

Par nature, cette donation est conditionnelle. Elle est faite en vue de la mort mortis causa; la mort est l'événement futur et incertain, qui constitue par essence une condition. Un Romain partant pour la guerre, ou en voyage, prend ses dispositions pour le cas où il ne reviendrait pas et fait donation de tel ou tel bien à telle personne. Cette donation est efficace à deux conditions: 1) le prédécès du donateur, 2) et la non révocation par le donateur, toujours libre de se repentir.

Double con-
ception de

Cette double condition s'est interprétée d'abord comme condition suspensive. La donataire ne de-

cette condition.

a) comme condition suspensive.

Révocation au moyen de l'action en revendication.

b) Sous condition résolutoire; utilisation à cet effet de l'aliénation fiduciaire.

Révocation au moyen d'une *condictio sine causa*.

vient pas propriétaire du jour de la donation comme si elle était entre vifs. La naissance de son droit de propriété sur la chose est subordonnée au prédécès ou à la non révocation du donateur. Le droit ne se fixera définitivement sur sa tête que si ces événements se sont produits. Dans cette conception romaine, le donateur, dit-on, se préfère au donataire. S'il a livré la chose et qu'il se repente, il peut la reprendre par l'action de revendication puisqu'il a gardé la propriété.

Mais les Romains ont trouvé plus pratique de concevoir la condition comme une condition résolutoire; idée qui va mieux avec l'essence de la donation à cause de mort. A cet effet, il est possible que, pour réaliser la donation, les donateurs aient adjoint à la *mancipatio* (ou à l'*in jure cessio*) un pacte de fiducie, par lequel le donataire qui devenait immédiatement propriétaire s'engageait à retransférer la chose au donateur si celui-ci se repentait ou si lui-même donataire mourait le premier (1). Dans cette conception le donataire devient propriétaire tout de suite comme dans une donation entre vifs, mais il n'est sûr de conserver définitivement la propriété que si les deux conditions connues se réalisent. Dans ce cas on dit que le donateur se préfère au donataire, mais qu'il préfère le donataire à ses propres héritiers (Paul D.39,6,35,2).

Supposons que le donateur révoque ou que le donataire prédécède. La propriété ayant été transmise au donataire, le donateur a donc perdu l'action en revendication. Il ne peut plus intenter, soit contre le donataire au cas de révocation, soit contre les héritiers de celui-ci en cas de prédécès, qu'une action personnelle. La cause de l'acquisition du donataire était la donation, l'*animus donandi* plutôt; cette cause disparaît le jour où le donateur révoque ou le jour où le donataire prédécède. Désormais, la chose se trouve sans base juridique aux mains du donataire ou de ses héritiers; il y aurait enrichissement injuste de leur part à la garder; aussi naît-il une *condictio sine causa* au profit du donateur. Il semble qu'il y ait eu quelques difficultés pour introduire cette *condictio* (D.39,6,25,3).

(1) Une telle *mancipatio fiduciaire* se trouve dans un texte difficile qui a été interpolé, parce que la fiducie a disparu de la compilation (D.39,6 de D.M.C. 42, pr.; Papinien). On a cru autrefois que ce texte signifiait que l'exception de dol insérée dans la formule de la revendication rend l'action de bonne foi. Les juriconsultes anciens acceptaient facilement cette idée, alors qu'on ne conçoit plus maintenant comment une

Le donateur avait-il en droit classique une action en revendication.

Cependant certains textes paraissent-à première vue - permettre au donateur la revendication (D.H.T. 37,1 et 30). Un texte très connu ne lui donne pas positivement la revendication directe, mais une vindictio utilis à l'image de la revendication ordinaire; une revendication étendue, c'est le Fg. 29 à notre titre. Ces textes sont très suspects et en particulier ce dernier (Collinet, Etudes: T.D.); l'idée que ces textes sont interpolés, fait du chemin d'année en année. En effet, il est impossible que le donateur ait eu la revendication en droit classique, puisqu'il a perdu la propriété par la donation. Aujourd'hui si la condition résolutoire se produit, la propriété revient de plein droit sur la tête de l'aliénateur, qui exerce l'action en revendication pour la reprendre en fait si l'autre se refuse à la lui rendre. En droit classique romain, il n'en est pas de même, *proprietas ad tempus transferri nequit* = la propriété ne peut pas être transférée à temps, par exemple jusqu'à la mort de l'acquéreur (F.V. 283) (1). Sous Justinien, au contraire, le principe est autre: *donatio ad tempus fieri potest*, comme le dit par interpolation la loi du Code (C. 8,54,2 correspondant au Fg. Vat. 283).

Sous Justinien, les donations à cause de mort sont assimilées aux legs pour toutes les règles imaginées pour ceux-ci (réduction...)

§ 3 - Le Compromis.

3ème Pacte légitime le compromis valable sans forme dans deux cas: serment et écrit.

Le compromis est la promesse de peines échangée par deux parties pour le cas où elles contreviendraient à la décision de l'arbitre choisi par elles (cf. *receptum arbitrii*). Justinien en fait le 3ème Pacte légitime dans deux cas:

1) s'il y a eu serment; 2) s'il y a eu écrit (C.2,55,4). Les sanctions du pacte sont tantôt une *a. in factum*, tantôt une *condictio (ex lege)*, tantôt une *in rem utilis* (Collinet, N-R-H-, 1910, p. 159).

(suite)- action réelle peut être de bonne foi (sauf la *Hereditatis Petitio* sous Justinien). On admet aujourd'hui que sous les mots "*Judicium Bonae Fidei*", il faut lire "*Judicium Fiduciae*".

(1) L'explication de ce texte, tentée par divers auteurs, est donnée par M. Ch. Appleton, R.H.D., 1931, p. 322 et s.

CONCLUSION.

Les conventions qui ne sont pas sanctionnées et qui, pour l'être, doivent être enchâssées dans une stipulation, sont très rares. Les voici :

- 1°) la promesse de prêt (ouverture de crédit);
- 2°) la promesse de vente ou d'achat;
- 3°) la convention destinée à devenir un contrat innomé par l'exécution de l'autre partie;
- 4°) la convention d'intérêts, sauf dans la nauticum fenus;

5°) la donation mortis causa;

6°) le compromis, sauf les deux cas reconnus par Justinien.

Les Romains ne sont jamais parvenus à un principe général comme celui de l'art. 1134, dû aux canonistes du Moyen Age (pacta sunt servanda).

Chapitre IV

LES QUASI-CONTRATS.

Principaux
quasi-con-
trats.

Nous avons vu par un passage de Gaius, comment l'idée de l'obligation quasi ex contractu est née. Les principaux cas où l'obligation naît sans qu'il y ait accord de volonté, alors qu'il n'y a volonté que d'un seul, sont : la tutelle, la gestion d'affaires, l'enrichissement sans cause.

§ I - La Tutelle.

1°) Tutelle.

La tutelle donne ouverture à deux actions : *tutela directa et contraria* (voir 1ère année).

§ 2 - La gestion d'affaires

(*negotiorum gestio*).

2°) Gestion
d'affaires.

Nous n'insisterons pas sur ses effets, parce qu'il faudrait rappeler ici ce qui a été dit sur le principe de la non représentation.

La gestion d'affaires ressemble au mandat, mais tandis que dans celui-ci la personne qui se mêle des affaires d'autrui est habilitée à le faire par un contrat, par la volonté de l'intéressé, dans la gestion d'affaires elle est un *procurator sine mandatu*. Par

exemple, un voisin s'apercevant pendant mon absence que la tempête a abîmé le toit de ma maison au point que la pluie risque d'en détériorer l'intérieur, prend sur lui de faire réparer le toit; c'est une gestion d'affaires, laquelle est le fait de s'immiscer dans les affaires d'autrui de sa propre initiative. Le gérant est le negotiorum gestor; l'intéressé est le dominus negotii, le maître de l'affaire ou le géré.

Obligations
du gérant.

Le gérant est tenu de gérer fidèlement, de n'engager que les dépenses nécessaires et utiles (et non les dépenses voluptuaires ou de luxe), de rendre compte au maître de l'affaire, en lui fournissant toutes pièces justificatives des dépenses engagées et en lui transférant les bénéfices ou les charges de ses opérations. Faute de quoi, il sera tenu de l'actio negotiorum gestorum directa, action de bonne foi, car cette opération est une opération synallagmatique imparfaite.

Obligations du
dominus.

A son tour, le dominus est tenu d'indemniser le gérant des dépenses nécessaires et utiles faites pour son compte et de ratifier les actes du gérant, de les prendre à sa charge.

Ratihabitio
mandata ae-
quiparatur

La ratification, ratihabitio (de ratum et habere) équivaut au mandat: ratihabitio mandato aequiparatur, c'est-à-dire qu'après la ratification les parties se trouvent dans l'état où elles auraient été si un mandat préalable avait été donné. Mais on se demande en droit romain quelle est la portée de cette règle.

Si le dominus ne veut pas indemniser le gérant, s'il refuse de ratifier, le gérant intente contre lui l'Actio negotiorum gestorum contraria.

§ 3 - L'enrichissement sans cause (1).

Nul ne peut
s'enrichir
au détriment
d'autrui.

C'est une matière difficile. Cependant le principe est simple, c'est un principe de bon sens: nul n'a droit de s'enrichir au détriment d'autrui. Pomponius le dit (D.50,17,206): "de par le droit de la nature, il est équitable que personne ne devienne plus riche au détriment d'autrui et sans droit: Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiores: "La formule moderne est absolument calquée sur Pomponius. En effet quelques textes romains font reposer sur l'équité la conditio qui sanctionne l'enrichissement sans cause, quoique cette conditio soit une action de droit strict. D'ailleurs ce n'est pas elle, la conditio qui est équitable, elle reste

(1) F. de Visscher: La Conditio Gand 1923, C.F. Colli-
net: R.H.D. 1924, 582-589- Vergniaud: L'Enrichissement
sans cause, Paris 1916, préface de M. Capitant-Capitant
La Cause, 3^e éd. 1926.

une action de droit strict; ce qui fait qu'elle est équitable quand elle s'applique à l'enrichissement injuste, c'est sa cause. Car les *condictiones* ont des causes, au moins en droit classique. On donne la *condictio* pour telle ou telle raison et en particulier quand un individu s'est enrichi au détriment d'autrui. La *condictio*, action à formule abstraite, sera donc ici une action en répétition fondée sur la cause de l'enrichissement injuste.

Où la difficulté commence, c'est sur l'origine de cette *condictio*. Les romanistes sont loin de s'accorder. MM. Cuq et Girard suivant la direction de Pernice, ont admis que la *legis actio per condictionem* avait été créée pour sanctionner l'enrichissement sans cause. Le but de sa création aurait donc été "causal", puisque soi-disant, elle tendait à satisfaire à de nouveaux intérêts, ceux des personnes lésées par l'enrichissement injuste de l'autre. MM. Collinet et de Visscher résistent en disant que la *legis actio per condictionem* a été créée dans un but simplement "procédural" à titre de procédure plus simple que la *legis actio sacramenti*, ou *per iudicis postulationem* (Gaius 4,20)

La conséquence de la lère théorie, c'est que l'enrichissement sans cause aurait eu dès le VI^e ou VII^e siècle une portée considérable, que le domaine de la *condictio* aurait été très vaste, qu'avant même la fin de la République, toutes les fois qu'il y a un cas d'enrichissement la *condictio* eût été possible. Mais ensuite, à l'époque classique, on ne verrait plus un tel régime: des cas d'enrichissement sans cause se présentent sans la sanction de la *condictio*, notamment le cas des impenses faites par le possesseur de bonne foi sur le fonds qu'il possédait. (1) Cependant, le propriétaire s'enrichit au détriment du possesseur. C'est en contradiction avec ce que nous avons vu tout à l'heure. Ce à quoi Pernice répond: les prudents classiques ont classé les *condictiones* et en les classant ils en ont laissé de côté ce cas. Le raisonnement condamne le système, car on ne voit pas de raison de laisser de côté la *condictio* des impenses, si elle avait existé auparavant.

(1) Le possesseur de bonne foi ayant fait des impenses peut imposer ses impenses par l'exception de dol. Mais il ne peut pas agir comme demandeur (pour réclamer une indemnité au propriétaire triomphant du chef des impenses faites), s'il a laissé passer l'occasion d'opposer l'exception de dol.

Un argument qui paraît très fort, à Girard, est une fameuse loi d'Ulpien (D.XII.5.6.)

Y avait-il dès la fin de la République un principe général sanctionnant l'enrichissement sans cause.

Ce texte, qui sert de base à la théorie de Pernice-Girard, déclare que le jurisconsulte Sabinus (du début de l'Empire) a toujours approuvé une opinion des anciens (Veteres, jurisconsultes de la fin de la République), qui estimaient que ce qui se trouve chez quelqu'un en vertu d'une cause injuste, pouvait faire l'objet d'une répétition par *condictio*: "*perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id quod ex injusta causa apud aliquem sit, posse condicti*".

La doctrine que nous combattons trouve ici la preuve que dès la fin de la République, dès la fin du VII^e siècle (ab. U.C.), le principe de l'enrichissement sans cause était posé et pouvait s'appliquer à toute hypothèse d'enrichissement.

Mais si le texte fait appel à un principe ancien, il ne signifie pas que tous les cas étaient sanctionnés par le principe et donnaient lieu à une *condictio* (1). Il suffit de citer les cas des impenses faites de bonne foi sur le fonds d'autrui.

Généralisation de la sanction de l'enrichissement sans cause au Bas-Empire.

C'est seulement au Bas-Empire que le mouvement vers la généralisation s'accentue: sous Justinien, les *condictiones* sont plus nombreuses, manifestation du progrès moral qui se produit au Bas-Empire, sous l'influence du christianisme ou du néoplatonisme.

Grand nombre des *condictiones* données dans ce but dans le Droit de Justinien.

Les *condictiones* qui sanctionnent l'enrichissement sans cause sont donc très nombreuses au Digeste et au Code. Nous avons déjà rencontré la *condictio ob rem dati* à propos des contrats innomés; les noms divers qu'elle porte sont byzantins. Dans la même matière, la *condictio propter poenitentiam*. Nous avons trouvé aussi, à propos de la cause, la *condictio ob turpem vel injustam causam*. Il y a aussi une *condictio* appelée *condictio sine causa* au sens strict, et il en reste deux importantes: la *condictio furtiva* et la *condictio indebiti*, les plus anciennes, selon M. Colinet, dont il faut dire quelques mots.

La *condictio furtiva*.

A. La première est destinée à assurer à la victime du vol la réparation du préjudice causé. C'est une action réipersécutoire qui double les actions pénales avec lesquelles elle se cumule. Elle est donnée in odio furum au propriétaire (seul cas où celui-ci a une *condictio*) (Gaius 4,4). Elle appartient par extension au créancier gagiste. Elle ne se donne pas contre le complice. Si la chose périt ou si la chose n'est plus reconnaissable (deniers), on ne peut plus revendiquer, mais on peut intenter la *condictio furtiva* et

(1) Il se réfère sans doute à la condictio furtiva.

c'est sans doute pour ces cas que la *condictio* a été inventée. La condamnation est une condamnation au *quantum interest*, du préjudice causé au volé qui se calcule sur la valeur maximum de la chose entre le jour du délit et la *litis contestatio*.

B. La *condictio indebiti* sanctionne le paiement de l'indû.

Quelqu'un a payé par erreur quelque chose qu'il ne devait pas. Il serait contraire à l'équité qu'il ne pût répéter ce qu'il a payé indûment. La *condictio indebiti* lui permet de répéter.

Ses conditions d'exercice sont les suivantes:

1° - Il faut une *solutio*: exécution d'une obligation sous forme de datio, de transfert, ou d'engagement -(car on exécute parfois l'obligation en s'engageant) ou de remise de dette. Si c'est un fait qui a été exécuté, par exemple si un peintre a fait un portrait, la *condictio indebiti* ne peut être intentée, car on ne peut répéter un fait.

2° - Il faut *indebitum*, que Paul (D.12,6,65) définit très bien. Il y a indû: a) quand la dette n'existait pas en droit civil ou, en droit prétorien, quand elle était paralysée par une exception perpétuelle comme l'exception de *dol* (mais pas par une exception temporaire).

Si la dette est une dette naturelle, le paiement n'est pas indû, car on a payé quelque chose qu'on devait. La *condictio indebiti* est alors refusée au débiteur.

b) Quand on a payé à un autre que le vrai créancier. Cette personne n'avait pas le droit de recevoir; si elle reçoit, on répète contre elle. Le fait de recevoir sciemment la chose due à autrui constitue même un vol (1)

c) Quand le paiement a lieu par une autre personne que le débiteur, à moins que cette personne qui paie pour autrui n'ait la volonté de faire un cadeau à autrui, libéralité que le débiteur est libre de ne pas accepter, auquel cas la répétition est possible.

3° - Certaines actions croissent au double contre celui qui nie (*lis crescit in duplum adversus infitiantem*, Gaius 4,9): telles l'*actio judicati*, l'*a. depensi*, l'*a. damni injuria Legis aquiliae*, l'*a. ex testamento*. Si la dette payée à tort était sanctionnée par l'une de ces actions, la répétition n'était pas possible. La *condictio indebiti* était refusée parce que, s'il en était autrement, le débiteur engagerait le procès pour savoir s'il devait et si l'individu perdait le procès, il serait condamné au simple et éviterait ainsi la pei-

(1) Voir F. Fitting, thèse Lausanne, 1926.

ne du double.

4° - Erreur de fait.

4° - Il faut un paiement par erreur, une erreur même inexcusable, mais une erreur de fait et non pas une erreur de droit, parce que l'erreur de droit nuit (nul n'est censé ignorer la loi).

S'il n'y a pas erreur, si on a payé en connaissance de cause, on présume une donation, mais on peut combattre cette présomption.

La *condictio indebiti* aboutit à une condamnation au montant de tout l'enrichissement.

Quel est le montant de la condamnation dans la *condictio indebiti* ? A quoi est condamné le faux créancier qui a reçu l'argent qui ne lui était pas dû ? A tout son enrichissement, pas seulement par conséquent au montant de la dette. Si avec cet argent, il a fait une spéculation heureuse, il devra tout son profit et pas seulement la somme qui lui a été remise par erreur (Girard, p. 659, n. 1).

Chapitre V

OBLIGATIONS QUI NAISSENT DE LA LOI.

Certaines obligations licites ne peuvent être rangées dans les obligations naissant de contrats ou de quasi contrats et on dit qu'elles naissent de la Loi: En droit romain, ces rapports *ex lege* sont les uns unilatéraux, les autres synallagmatiques.

Section I

Rapports unilatéraux.

§ I - Rapports naissant de la propriété.

Lorsqu'une propriété est menacée d'un dommage qui ne s'est pas encore produit, mais est susceptible de se produire, le droit romain sanctionne le danger de plusieurs façons:

1° - *Actio aquae pluviae arcendae*, pour arrêter l'eau de pluie (Cuq. p. 576-577).

2° - *Damnum infectum* (Cuq 574-576). Lorsque la maison voisine de la mienne menace ruine, je puis prendre des mesures de précaution contre le voisin, mesures qui vont jusqu'à son expropriation privée s'il refuse de me garantir qu'il réparera le dommage qui viendrait à se produire (*satisfactio damni infecti*). Le prêteur m'envoie alors en possession.

3° - *Operis novi nuntiatio*, dénonciation de nouvel oeuvre. Quand la construction que mon voisin

se propose de faire pourrait me nuire, je dénonce le nouvel oeuvre (Cuj. 577-579).

4° - Enfin, interdit quod vi aut clam, lorsque l'operis novi nuntiatio n'est pas possible (Cuj 579-580).

§ 2 - Rapports résultant de la détention.

Du fait qu'une personne a la détention d'une chose, elle en doit l'exhibition. Le devoir exhiber est sanctionné par deux voies de droit, a) l'actio ad exhibendum, action arbitraire préliminaire de la revendication qu'elle a fini par supplanter ou préliminaire des actions noxales; b) les interdits exhibitoires, par exemple si on s'est emparé d'un homme libre ou d'un esclave qu'on refuse d'exhiber.

§ 3 - Rapports résultant de la parenté ou du patronat.

1°) Obligation de doter imposée au père par la Loi Julia de maritandis ordinibus, une des deux lois caducaires, cette obligation a été étendue à la mère (par voie d'interpolation).

2°) Obligation alimentaire, résultant de la parenté et du patronat, entre ascendants et descendants, patrons et affranchis.

3°) Obligation du mari de restituer la dot, sanctionnée par l'actio rei uxoriae, action de dot, de bonne foi et qui a été fondue par Justinien avec l'A. ex stipulatu (voir 1ère année).

Section II

Rapports synallagmatiques résultant de l'état d'indivision.

es actions
divisaires.

Les actions dites divisaires, qui ont des formules avec adjudicatio, ont pour objet de mettre fin à l'indivision.

es 3 sources

Cet état résulte de 3 sources:

l'indivision:

1°) Cohérenti-

é (a. familiae
eriscundae.

1°) La cohérenti: les cohéritiers sont en indivision, mais (C.C. art. 815) nul n'est tenu de rester dans l'indivision. Un cohéritier peut toujours demander le partage contre ses cohéritiers. Cette action en partage est l'actio familiae eriscundae (familiae: patrimoine; eriscundae de erctor partager), ou de hereditate dividenda, venue des XII Tables et s'inten-

2°- Actio communi dividundo en partage d'un bien commun.

tant par judicis postulatio (PSI 1182; Gaius, IV, 17).
2° - La communauté: Quand un bien particulier est commun à plusieurs personnes, par exemple à la suite d'une société dissoute, le partage de ces biens communs se fait, non par l'actio pro socio, mais par l'actio communi dividundo, s'intentant s'abord par judicis postulatio d'après une loi Licinia (PSI 1182; Gaius, IV, 17).

3°- Actio finium regundorum en cas de controversia de fine.

3° - La confusion des limites de deux propriétés, de deux biens fonds. L'action donnée pour régler la question de limites est l'actio finium regundorum: action en règlement de frontière ou en bornage (Cf. Girard p. 670-673). D'après les XII Tables, les Romains étaient obligés de laisser entre les champs un espace libre de 5 pieds, quinque pedes. C'est cela qui constitue la limite, fines, des deux fonds et ces 5 pedes étaient inusucapables. En cas de controverse sur les 5 pedes, un voisin prétendant que l'autre avait empiété sur la limite, le procès ou controversia de fine était tranché par arbitrage dans une actio finium regundorum.

Si la contestation portait sur le terrain sis au delà des cinq pieds, la controversia de loco se fait par voie de revendication.

Cette distinction entre les deux controversiae est très bien mise en lumière par les écrits des arpenteurs, Gromatici. Mais elle n'est plus faite dans Justinien, car il n'y a plus alors de fines de cinq pieds; c'est un tout autre système de propriété qui vient de l'Orient; par conséquent, l'actio finium regundorum de Justinien n'est plus l'action des Gromatici. C'est une action donnée pour toute contestation sur les rapports de voisinage, même si l'empiètement du voisin dépasse l'ancienne limite.

TITRE III

LES OBLIGATIONS NATURELLES (1)

Notion générale d'O. naturelle. Elle n'est pas sanctionnée par une action.

La notion d'obligation naturelle signifie que le débiteur est seulement tenu en vertu du droit naturel, natura, et non pas en vertu du droit civil, jure.

L'obligation naturelle ne donne pas d'action au créancier. Le créancier d'une obligation naturelle ne

(1) Baudet: L'obligation naturelle - thèse Lille 1909, Ripert: La règle morale dans les obligations civiles.

Mais si elle a été exécutée le débiteur peut répéter.

peut poursuivre en justice son débiteur. Mais si celui-ci a payé volontairement et même par erreur, il n'a pas la *condictio indebiti* pour répéter ce qu'il a donné. La sanction de l'obligation naturelle est donc toujours une sanction indirecte. Elle dépend du débiteur et de lui seul; s'il exécute, tant mieux pour le créancier; s'il n'exécute pas, tant pis pour le créancier.

Différence avec le devoir moral.

Cette obligation naturelle ne se confond pas avec le devoir moral, puisque celui-ci n'a pas du tout de sanction et puisqu'il ne rentre pas dans les normes juridiques. C'est un devoir moral pour tout le monde de faire la charité. Mais ce n'est pas un devoir juridique. Au contraire, l'obligation naturelle fait partie de la catégorie juridique des obligations. On peut la payer (D. 12, 6, 29 qui s'explique parce que le pupille a payé sans l'*auctoritas tutoris*), la compenser, la nover, la cautionner, la garantir par une hypothèque, par un pacte de constitut, ce qu'on ne conçoit pas pour le devoir moral.

L'obligation naturelle est un élément du patrimoine, tant au point de vue actif que passif, tandis que le devoir de charité n'y figure pas.

Extinction de cette obligation par simple pacte.

L'obligation naturelle s'éteint par simple pacte comme les obligations délictuelles, tandis que, l'extinction des obligations contractuelles exige souvent des formes. Si nous avons éteint l'obligation naturelle par simple pacte et que plus tard vous payiez, vous aurez la *condictio indebiti* parce que vous avez payé quelque chose qui n'existait plus du tout.

Si l'obligation naturelle s'éteint par simple pacte, c'est que cette obligation ne repose pas sur le droit et n'est pas un *vinculum juris*. Elle repose sur la nature, ce que Papinien précise en disant qu'elle repose sur l'équité "*vinculum aequitatis*", et celle-ci échappe aux rigueurs du droit (D. 46, 3, 95, 4).

Les obligations naturelles sont de deux sortes: 1°) ou bien des obligations qui, dès l'origine ne sont pas pleinement efficaces comme les obligations civiles; 2° - ou bien ce sont d'anciennes obligations civiles qui ont perdu leur efficacité.

2 groupes d'O. naturelles.

§ I - Obligations avortées.

I. Obligations avortées.

1° - à raison du régime familial romain.
a) Obligations

1° - En droit romain le point de départ se trouve dans le régime intérieur de la famille. Les personnes libres en puissance n'ont pas une capacité complète; les esclaves, par le fait qu'ils ne sont pas libres, n'ont pas de capacité du tout, par conséquent.

a) Les contrats passés par l'esclave avec un

contractées
par l'esclave.

tiers ou avec son maître ne peuvent faire naître ni de créance, ni de dette au profit ou à la charge de l'esclave.

Cependant, ces rapports produisaient des droits ou des obligations naturelles (Ulpien D. 44, 7, 14).

L'obligation pendant l'esclavage ne produira que les effets compatibles avec la situation de l'esclave; elle pourra, par exemple, être cautionnée; mais ne pourra être payée puisque l'esclave n'a pas de patrimoine. Pendant l'esclavage, c'est moins une obligation naturelle qu'un germe d'obligation naturelle. Après l'affranchissement, l'obligation naturelle devient complète: elle peut être payée.

b) Obligations contractées par des alieni juris libres avec leur pater ou entre eux

b) En ce qui concerne les alieni juris libres, leurs contrats avec les tiers les engagent civilement. Seulement cette obligation civile ne pourra être exécutée que quand les alieni juris seront devenus sui juris.

Au contraire, les contrats avec le pater ou entre eux ne produiront qu'une obligation naturelle comme celle de l'esclave, qui ne deviendra complète qu'après la cessation de la puissance (Africain D. 12, 6, 38) loi frater à fratre, l'une des septem leges damnatæ).

2°) Obligation du fils de famille protégé par le S.C. Macédonien.

2°) Il existe également une obligation naturelle à la charge du fils de famille qui a emprunté et qui est protégé par l'exception du Sénatusconsulte Macédonien. Au contraire, la femme qui a intercédé pour son mari ou pour un tiers et qui peut opposer l'exception du Sénatusconsulte Velleien, n'est pas tenue d'une obligation même naturelle. Marcien (D. 12, 6, 40 Pr.) donne la raison de cette différence et cette raison est très intéressante pour comprendre la nature de la protection respective du fils et de la femme. Dans le cas du Sénatusconsulte Macédonien, l'exception laisse subsister une obligation naturelle, parce qu'elle a été donnée in odium creditoris, tandis que l'exception du S.C. Velleien, a été donnée in favorem mulieris et la protection ne sera intégrale que si la femme n'est pas tenue même naturellement.

3°) O. naturelle de l'impubère qui a agi sans auctoritas.

3° - L'impubère sorti de l'infantia qui a agi sans l'auctoritas tutoris est tenu d'une obligation naturelle. De même le pubère de moins de 25 ans qui a traité sans le consensus de son curateur.

4°) O. Naturelle née d'un pacte d'intérêts.

4° - L'obligation naturelle naît encore quand un individu s'est engagé par simple pacte à payer des intérêts. Mais en règle générale, le simple pacte n'engendre pas d'obligation naturelle, contrairement à ce qu'on pensait autrefois.

5° - En revanche, aucune obligation naturelle ne naît quand un infans (un mineur de 7 ans dans le droit

5°) Pas d'O. naturelle pour l'infans et le furiosus.

Quid du prodigue ?

définitif, dans le droit classique un enfant qui ne peut pas parler) ou quand un furiosus a contracté, car ces deux personnages n'ont pas de volonté.

Pour le prodigue, une controverse célèbre vient d'un conflit de textes. D'après Ulpien (D. 45, 1, 6), le prodigue serait assimilé complètement au furiosus et ne serait donc jamais tenu d'une obligation naturelle, parce que pour lui la question de volonté ne se pose pas (D. 50, 17, 40). Mais la Loi Marcellus (Ulpien D. 46, 1, 25) suppose que quelqu'un s'est porté fidejusseur pour un prodigue. C'est donc que celui-ci est tenu d'une obligation naturelle, car le cautionnement, engagement accessoire, doit s'accrocher à quelque chose: une obligation civile, ou au moins, une obligation naturelle. Il y a donc conflit entre les deux textes. (Les systèmes anciens de conciliation sont indiqués par Audibert: Folie et Prodigalité, p. 266, 297). Audibert avait imaginé un système qui expliquait les textes, mais qui a été combattu par M. Ch. Appleton (Revue Générale 1893). Il semble bien que la seule façon de sortir d'embarras, c'est d'admettre que le deuxième texte est interpolé. D'après Pernice, Marcellus n'aurait pas parlé originairement du fidejussor, mais des deux plus anciennes cautions le sponsor et le fidepromissor, effacées par Justinien. C'est parce que le sponsor et le fidepromissor sont soumis à un régime spécial que l'obligation naturelle naît dans ce cas (v. le cautionnement).

§ II - Obligations dégénérées.

II. Obligations dégénérées à la suite d'une capitis deminutio ou d'une restitutio in integrum.

Ce sont des obligations qui ont été civiles et qui, par suite de capitis deminutio ou de restitutio in integrum, ont dégénéré en obligations naturelles. Le capite deminutus n'est plus tenu civilement de sa dette contractuelle, mais il reste tenu naturellement. Le mineur de 25 ans qui a obtenu la R.I.I. d'un engagement qu'il avait pris sous l'empire de la circumscriptio n'est plus tenu civilement; il reste tenu jure naturali.

On a prétendu autrefois que le débiteur libéré par la prescription extinctive était tenu naturellement. Ce n'est pas la solution romaine.

TITRE IV.

EXECUTION ET INEXECUTION

DES OBLIGATIONS.

Le débiteur -délictuel ou contractuel- a pour obligation de payer ce qu'il doit . Il peut arriver qu'il ne paie pas. En conséquence deux questions:

Section I- Comment s'accomplit l'exécution volontaire du débiteur ?

Section II-Qu'arrive-t-il en cas d'inexécution ?

Section I.

Exécution volontaire.

La solutio.

Le débiteur doit payer : solvere, c'est-à-dire au sens étymologique, dénouer le lien obligatoire, le vinculum juris. La dette est comparée à un lien. Il faut le dénouer. Le mode normal de dénouer ce lien, c'est le paiement ou, d'une façon plus générale, la livraison de la chose due, ou l'exécution de la promesse (de faire ou de ne pas faire).

Quand le débiteur s'exécute, la dette se trouve éteinte. C'est pourquoi on étudie souvent le paiement comme premier mode d'extinction.

Plusieurs questions se posent :

1°- Qui doit payer, qui peut payer ?

Le débiteur doit payer mais le paiement peut être fait par n'importe qui.

Celui qui doit payer, c'est le débiteur. Mais n'importe qui peut payer, pour le débiteur, soit à titre de gérant d'affaires avec recours par l'actio negotiorum gestorum contraire soit à titre de donateur, sans recours.

2°- A qui doit-on payer ?

Le paiement peut être fait au créancier ou à quiconque a qualité pour le recevoir.

Au créancier ou à son mandataire, ou à son gérant d'affaires ou à un adjectus solutionis gratia, celui qui a été désigné en annexe du contrat pour recevoir le paiement, mais qui ne pourrait pas engager

de poursuites ou faire acceptilatio à la différence de l'adstipulator.

Il faut que celui qui reçoit le paiement ait capacité de donner quittance. Le paiement fait à un incapable ne vaut pas.

paiement
it être fait
lieu conve-

3°- Où doit-on payer ?

otio de eo
nd certo lo-

Au lieu convenu par le contrat ou au domicile du débiteur (Les créances sont dit-on, quérables, non portables). Si l'obligation était certaine (100.000 Sertences ou un esclave) et que le créancier la réclamait à un autre endroit que le lieu convenu, son action échouerait en vertu de la plus petitio loco. Cependant le prêteur a apporté un remède en faveur du créancier qui voudrait demander le paiement autre part. Il lui accorde une formule spéciale de eo quod certo loco, moyennant quoi le créancier est habilité à réclamer sa créance ailleurs. Cette action a ceci de très intéressant que c'est probablement la seule action arbitraire du droit classique. Elle se rattache au droit commercial (change de place à place).

paiement
it porter
ce qui
t dû.

4°- Objet du paiement.

L'objet du paiement, c'est l'objet promis, la chose due (la somme d'argent ou la chose fixée par le contrat) A. Le paiement doit porter sur la chose même qui est due. C'est encore le principe aujourd'hui. Cependant il y a deux exceptions :

datio
olutum.

a) Les parties peuvent convenir que le débiteur donnera une autre chose à la place de ce qu'il devait, un immeuble au lieu d'une somme d'argent. C'est la dation en paiement, datio in solutum. Il va de soi que le créancier ne peut plus exiger l'objet primitivement dû, puisqu'il a accepté un autre objet. La créance primitive est donc éteinte, remplacée par l'autre. Mais les Romains se demandaient si l'obligation primitive était éteinte de plein droit (ipso jure) comme en cas de paiement, ou seulement exceptionis ope. Gaius (3, 163) rapporte que les Sabinien professaient la première opinion et les Proculiens la seconde. La première opinion triompha (Inst. III. 29. Pr.) L'extinction se produit ipso jure comme s'il y avait un paiement réel.

Autre difficulté : le créancier au lieu d'argent a accepté d'être payé en immeuble. Puis il se trouve évincé de l'immeuble dont le débiteur n'était pas propriétaire. Le créancier évincé étant privé de son dû, peut-il recourir contre le débiteur tradens et par quels moyens ?

Les textes divergent : Marcien (D. 46, 3, 46), déclare que le créancier évincé pourra demander des dommages-intérêts au débiteur qui l'a trompé, par

l'action du contrat primitif "manet pristina obligatio" puisque, par suite de l'éviction, la dation en paiement n'a pas eu d'effet. Ulpien (D. 13, 7, 24 pr), déclare que le créancier agira par une action spéciale, une action ex empto utilis, c'est-à-dire par l'action donnée à l'acheteur évincé, mais étendue (utile) comme s'il avait acheté le fonds avec l'argent de la créance. L'action utile ex empto étant de bonne foi paraît beaucoup plus avantageuse que l'action primitive du contrat qui pouvait être une action de droit strict. En revanche, dans la solution de Marcien d'après laquelle la première obligation subsiste, le créancier a plus d'avantages qu'avec l'a. ex empto utile, si des sûretés lui avaient été accordées par le débiteur (gages, cautions). En effet l'action ex empto utilis met en jeu une obligation nouvelle fondée sur une pseudo-vente et les garanties de la première créance n'existent plus (C.C. art. 2038).

Les deux systèmes ne peuvent se concilier. On admet aujourd'hui que l'a. empti utilis provient de Justinien, sous l'influence orientale. (1)

b) Un deuxième cas où l'objet du paiement, ne sera pas l'objet promis était prévu par la Novelle III de Justinien ch. 3. Elle permet à tout débiteur de somme d'argent stipulée payable en sous d'or de donner à la place, des immeubles. Cela tient à la crise économique du Bas-Empire, où les sous d'or sont rares et où les agriculteurs préfèrent donner des morceaux de leurs terres.

B. La prestation doit être intégrale. On doit payer tout ce qu'on doit. Si un débiteur a plusieurs dettes envers un même créancier et qu'il paie sans spécifier laquelle, on impute sur le compte général la plus onéreuse : par exemple celle à court terme de préférence à celle à long terme; celle qui était cautionnée de préférence à celle qui ne l'était pas; celle avec intérêt de préférence à celle sans intérêt.

5°- Garanties du paiement.

L'exécution se trouve garantie de plusieurs façons : par des sûretés personnelles ou réelles que nous étudierons. Parlons ici d'une garantie importante : la stipulation de peine déjà indiquée à propos des stipulations pour autrui : Pour amener le promettant à exécuter sa promesse, on lui fait promettre une peine : si tu ne paies pas telle somme à autrui

(1) S. Solazzi, Estinzione della obbligazione, napoli, 1931, p. 148 - 179, P. Collinet, R.H.D. 1932, p. 578 et s.

On doit payer tout ce qui est dû.

L'imputation des paiements.

Garanties du paiement.

La stipulation de peine.

Son utilité pour assurer l'exécution

d'une O. qui n'est pas efficace par elle-même.

Les deux formes de la stipulatio poenae.

promets-tu de me payer à moi-même une peine de tant? Sous la menace de cette peine, le débiteur s'exécute. La stipulation de peine, en droit romain, s'emploie en général, dans tous les cas où la stipulation principale n'est pas efficace. On trouve d'ailleurs des clauses pénales, non seulement dans les législations modernes (pour les obligations de faire ou de ne pas faire), mais avant les Romains, dans les législations les plus archaïques et aussi dans les législations qui ne sont pas romaines, comme l'ont révélé les Papyrus d'Egypte.

Les Romains ont connu deux formes de stipulatio poenae.

La plus simple et la plus ancienne: Si tu ne donnes pas l'esclave Pamphile promets-tu de me donner 100? Si Pamphilum non dederis, C dare spondes? Cette stipulation a été employée pour le cas où la stipulation proprement dite n'était pas valable.

Une deuxième forme plus compliquée, comporte une stipulation principale: Pamphilum dare spondes? Et une stipulation accessoire comme ci-dessus: Si Pamphilum non dederis, C. dare spondes? Les jurisconsultes anciens et modernes ont beaucoup insisté sur les différences qui séparent ces deux formes. Sans entrer dans les détails, remarquons que la stipulation de peine est toujours une stipulation conditionnelle. Pamphile, l'objet dû, est in conditione et la somme d'argent promise est in obligatione. Mais l'emploi de la première ou de la deuxième forme entraîne-t-il les mêmes conséquences? Si Pamphile vient à périr par cas fortuit, au cas où l'on a employé la première forme, le débiteur n'est pas libéré. Il doit les 100, puisque la condition prévue s'est réalisée, stipulatio committitur, disent les Romains, la stipulation devient efficace. Il en va autrement pour la seconde forme (stipulation principale dont l'objet était Pamphile et stipulation de peine accessoire. L'esclave meurt par cas fortuit, sans la faute du débiteur. Celui-ci est libéré, puisque l'obligation n'a plus d'objet. Si la stipulation principale disparaît, il est logique que la stipulation de peine étant une stipulation accessoire tombe. D'où l'on voit l'importance de la formule à choisir.

Le caractère de la stipulation de peine a été très discuté en Droit Romain (cf. Labbé, appendice aux Institutes de Justinien par Ortolan, III, p. 808-814). On admet aujourd'hui que les Romains ont déjà conçu la stipulation de peine comme les modernes et que notre jurisprudence sur la clause pénale n'a fait que retrouver la tradition romaine, incons-

ciemment, comme il lui est arrivé plus d'une fois.

Ce caractère, c'est que la stipulation de peine est une obligation de dommages-intérêts forfaitaires. Les parties en faisant une stipulation de peine ont dans l'esprit de fixer par avance les dommages intérêts qui seront dûs par le débiteur s'il n'exécute pas. En d'autres termes, les parties se substituent au juge et, au lieu de lui laisser apprécier lui-même les dommages -intérêts, elles déterminent elles-mêmes à forfait et d'avance le montant des dommages-intérêts. Elles limitent ainsi l'arbitraire ou, au moins, la liberté du juge.

6°- Prouve du paiement. Le débiteur peut prouver le paiement par tous moyens : témoins, serment, écrit. Cet écrit est la quittance dont on possède des exemplaires curieux dans les quittances de Pompéi, émanant du commissaire-priseur Jucundus (Voir Girard, Textes, p. 865 et suiv.).

La stipulation de peine évaluation forfaitaire et d'avance des dommages intérêts par les parties.

Prouve du paiement.

Section II

Inexécution de l'Obligation.

§ I - Refus du créancier d'accepter le paiement.

La mora creditoris offres réelles et consignation.

C'est une hypothèse rare. Elle suppose que le créancier n'est pas d'accord avec le débiteur sur le montant de la somme à verser. Le débiteur a le droit de faire au créancier des offres réelles, après quoi il dépose l'objet en consignation, à Rome, dans un temple, en France, à la Caisse des Dépôts et Consignations, et il peut mettre ce créancier en demeure de recevoir ce paiement (mora creditoris). En conséquence s'il s'agit d'un corps certain, le débiteur est libéré de la garde de la chose. Il ne répond plus que de la perte par son dol. La demeure du créancier est purgée par la mise en demeure du débiteur, que nous allons voir.

§2- Refus d'exécution du débiteur.

Mora debitoris (1)

En cas de refus d'exécution du débiteur, le créancier le met en demeure par une interpellatio.

L'hypothèse normale, c'est que le débiteur n'exécute pas. Le débiteur est par hypothèse en retard frauduleusement par sa faute (cessatio fraudulosa). Le créancier, encore aujourd'hui, a le droit de le mettre en demeure par une sommation, c'est-à-dire par un acte extrajudiciaire, acte privé en droit romain (interpellatio), en droit français, acte d'huissier. Cet acte est nécessaire même pour les dettes à terme on a cru autrefois qu'en Droit romain, le créancier n'était pas obligé de mettre en demeure le débiteur quand le terme était arrivé ; on disait : Dies interpellat pro homine. Mais cet adage n'est pas romain. Seul, le voleur est en demeure sans interpellation.

Effets de la demeure.

1°- Elle met les risques à la charge du créancier.

1°- L'effet principal de la demeure est de mettre les risques à la charge du débiteur ; elle déplace donc les risques (qui, en général, sont pour le créancier), à moins que le débiteur ne puisse prouver que la chose eut également péri chez le créancier, auquel cas il ne devra pas de dommages-intérêts pour son retard. Ex : une catastrophe fait périr la chose chez le débiteur ; elle aurait également péri chez le créancier, son voisin. Le débiteur est libéré (D. 16. 3.14,1)

(1) A. Montel, la mora del debitore, Padova, 1930.

2°.- Elle fait courir les intérêts moratoires.

2°.- A partir de la demeure, le débiteur doit fruits et intérêts que l'on appelle pour cela moratoires, s'il s'agit d'une dette qui peut porter intérêts (dette d'argent) ou d'une dette de chose frugifère, produisant les fruits naturels ou civils.

Après la mise en demeure, si le débiteur s'obstine à ne pas s'exécuter, le créancier aura possibilité de le poursuivre en justice, pour procéder ensuite à l'exécution forcée.

§ 3 - Impossibilité d'exécution.

Perte de la chose par cas fortuit ou force majeure.

La question des risques.

Il arrive quelquefois que le débiteur qui serait désireux de s'exécuter ne le peut pas, parce que la chose a péri sans sa faute, par cas fortuit ou par force majeure. Alors se pose dans toute législation, et seulement dans les contrats synallagmatiques, une question, celle des risques : pour qui la chose due périt-elle ? La chose due s'entendant d'un corps certain, car la question des risques ne se poserait pas pour une chose de genre, genre non pereunt. Si les 50 sacs de blé dus périssent par une catastrophe quelconque, je devrai 50 autres sacs de blé, car il s'agit de choses de genre, et les choses de genre ne périssent pas. De même, si je dois une somme d'argent.

Mais je dois livrer l'esclave Stichus, ou une maison. L'esclave meurt ; la maison est incendiée. Il y a cas fortuit au premier cas, au second cas, force majeure (vis major), "force de Dieu" en grec et en anglais). Peu importe, la même question se pose : pour qui la chose périt-elle ? Pour le débiteur ou pour le créancier ?

En principe, res perit creditor.

En principe, la chose périt pour le créancier : res perit creditor comme nous l'avons vu pour la vente (res perit emptor) (1) et le louage. Cependant, dans certains cas de vente, (vente conditionnelle, vente de choses fongibles), il en est autrement, de même dans l'échange en vertu du texte déjà cité à propos des contrats innomés (Celse, D, 12,4,16). Dans les contrats innomés, la théorie a du reste changé et sous Justinien on est arrivé à la règle res perit creditor (renvoi à ce qui a été dit plus haut).

(1) Ch. Appleton R.H.D. 1926, p. 375 et s. 1927, p. 195 et s. démontre que la règle est classique et non byzantine, comme on l'a prétendu.

§ 4 - Théorie des Fautes.

Impossibilité
d'exécution
tenant à la
faute du dé-
biteur.

L'impossibilité d'exécution ne résulte pas toujours du cas fortuit ou de la force majeure. Elle peut tenir à un fait du débiteur. Dans quelle mesure est-il alors responsable ? C'est ici une théorie très délicate, celle de la faute, culpa.

Les Romains ont connu la théorie de la faute en matière délictuelle et à propos de la Loi Aquilie, du *damnum injuria datum*. La faute était punie par une amende, *poena*, qui atteignait la plus haute valeur de la chose dans l'année ou dans le mois. Cette faute s'appelle aujourd'hui : faute délictuelle ou aquilienne. C'est celle de l'art. 1382 C. Civ. Elle s'apprécie très sévèrement : même la culpa levissima est punie.

L'idée de fau-
te étrangère
aux contrats
primitifs.

Dans les contrats primitifs, il n'était question ni des risques, ni de faute, et cela tenait au formalisme. Le débiteur s'était engagé par stipulation à livrer l'esclave Stichus. Qu'il ne l'ait pas livré pour telle ou telle raison, peu importait. Il était condamné parce qu'il était tenu *verbis*, en vertu des paroles qu'il avait prononcées.

Elle n'y appa-
rait que le
jour où on ad-
mit que le dé-
biteur serait
libéré par le
cas fortuit.

La théorie de la faute apparaît dans les contrats le jour où les Romains, *veteres*, ont admis que ce débiteur ne serait pas toujours et automatiquement responsable, c'est-à-dire le jour où ils ont déclaré que le cas fortuit, la force majeure, libéreraient le débiteur. Si l'esclave promis *verbis* a péri par cas fortuit ou par force majeure, le maître qui devait le livrer n'est plus responsable. Donc il ne sera responsable que si l'esclave a péri par sa faute.

Distinction de
la faute posi-
tive et de la
faute négative
dans la stipu-
lation.

Encore faut-il distinguer entre la faute positive et la faute négative. Le débiteur par stipulation répondra de sa faute positive, de sa faute de commission (s'il a tué, affranchi l'esclave). Mais il ne sera pas responsable de sa faute négative ou d'omission (Si, par négligence, l'esclave s'est enfui). Telle est la théorie dans la stipulation.

Développement
de la théorie
de la faute
dans les con-
trats de bonne
foi.

Là où la théorie de la faute s'est développée et a pris toute son extension, c'est dans la matière des contrats de bonne foi. Par définition même, le contrat de bonne foi exige chez le débiteur une attention toute particulière sur la chose à livrer, puisque, par essence, la bonne foi, c'est l'honnêteté. Dans ces contrats, il faut qu'il se montre le plus honnête possible et il ne serait pas honnête s'il ne livrait pas la chose quand il peut le faire, s'il

détruisait la chose ou même la laissait périr, car sur le terrain de l'honnêteté, pas plus qu'en morale, on ne distingue aucunement entre l'acte de commission et l'acte d'omission.

Théorie de la faute contractuelle.

Nous arrivons ainsi à la théorie de la faute contractuelle.

C'est une théorie compliquée parce que les textes classiques ont été corrompus par des interpolations innombrables dans le Digeste, interpolations qui s'expliquent comme toujours, par l'évolution de la théorie entre l'époque classique et l'époque byzantine. Distinguons donc pour la clarté du sujet les deux périodes.

A - La théorie de la faute à l'époque classique.

A - A l'époque classique, nous avons un texte témoin, c'est-à-dire qui se trouve en dehors de la compilation de Justinien. C'est un texte de Modestin, un des derniers juriconsultes classiques, dans la *Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum* parallèle entre la législation de Moïse et la législation romaine (L.X. T.III §§§ 1,2,3). D'après Modestin, la différence fondamentale à faire entre les débiteurs est celle-ci :

1°- Débiteurs ne répondant que de leur dol.

1°- Certains débiteurs sont tenus uniquement de leur dol et, en conséquence, ne sont pas tenus si la chose a péri, non par leur dol, mais par leur faute. On aperçoit aisément la différence entre le dol et la faute, le premier étant plus grave puisqu'il implique une tromperie (je vends l'objet déposé chez moi). Sont tenus seulement de leur dol, le dépositaire et le mandataire, parce qu'ils n'ont pas d'intérêt au contrat, dit Modestin.

2°- Débiteurs tenus de leur dol et de leur culpa in abstracto.

2°- D'autres débiteurs sont tenus de leur dol et de leur culpa ou faute. Il faut entendre par là la culpa in abstracto (Voir plus bas).

Sont tenus du dol et de la culpa : le commodataire, le fiduciaire, le vendeur, et en dehors des contrats, le tuteur, le mari débiteur de la dot. Pourquoi sont-ils tenus ainsi ? Parce qu'ils ont intérêt au contrat ou au quasi-contrat. Aussi sont-ils plus responsables que les précédents.

3°- Débiteurs tenus de la custodia.

3°) Dès l'époque classique, certains débiteurs sont en plus tenus de la custodia, c'est-à-dire d'une surveillance particulière de la chose, objet du contrat. Cette custodia entraîne la responsabilité pour le cas fortuit, les casus minores, mais pas pour la force majeure, les casus majores.

Par ex., l'individu sera tenu en cas de mort naturelle de l'esclave, même sans sa faute, mais il ne sera pas responsable s'il a péri calciné dans un incendie. La custodia était due par le commodataire,

par l'aubergiste dans le cas du receptum. Pour le vendeur c'est une question controversée (Cf. J. Paris thèse, Nancy 1926).

Voilà donc les trois degrés de la responsabilité : dolus, culpa et quelquefois custodia.

E- La faute dans le droit de Justinien.

B- Le droit de Justinien est tout différent. La théorie a été remaniée et compliquée.

Le texte fondamental sur la question est D. 50, 17, 23. fg. interpolé profondément.

Trois classes de débiteurs au point de vue de la faute.

D'après la théorie justinienne, il faut distinguer (en plus de la custodia que nous laisserons de côté) trois degrés de responsabilité ou trois classes de débiteurs en ce qui concerne la faute.

1^{re} - Débiteurs répondant de leur dol et de leur faute lourde.

1ère catégorie- Tous répondent de leur dol, auquel, sous Justinien, par voie d'interpolation, on a assimilé la faute lourde, culpa lata, qui n'apparaît pas en droit classique. La culpa lata, c'est la faute que ne commettrait pas un individu même d'intelligence médiocre (Sortir d'une maison sans fermer les portes de sorte qu'un voleur entre et s'empare de l'esclave Stichus. Laisser près d'un foyer allumé des choses inflammables, qui mettent le feu à la maison).

Mais l'un d'eux n'est responsable que de son dol et de sa culpa lata : le dépositaire (le mandataire a été placé dans la catégorie n° 3).

2^e - Dol et culpa levis in concreto.

2ème catégorie. Responsabilité du dol et de la culpa levis in concreto. Certains sont responsables aussi de leur culpa levis qui - depuis Justinien - s'oppose à la culpa lata. La faute légère est regardée tantôt comme une culpa levis in abstracto, tantôt comme une culpa levis in concreto.

La culpa levis in concreto s'établit en considérant les capacités du débiteurs dans la gestion de ses propres affaires, diligentia quam suis, la diligence, le soin qu'on apporte à ses propres affaires. L'individu qui gère très habilement ses propres affaires devra apporter la même diligence parfaite quand il est débiteur. Celui qui est négligent pour ses propres affaires, on tiendra compte de ses facultés inférieures pour apprécier comme il s'est comporté en tant que débiteur. On compare donc le débiteur à lui-même dans chaque cas concret.

Sont tenus ainsi : le mari débiteur de la dot, l'associé, le tuteur, parce que ces personnes ont des droits sur les choses dont elles s'occupent.

3^e - Dol et culpa levis in abstracto.

3ème catégorie : responsabilité pour le dol et la culpa levis in abstracto. A la différence de la précédente, la culpa levis in abstracto s'apprécie par rapport à un idéal abstrait fourni par le concept du paterfamilias diligentissimus, le modèle des admi-

nistrateurs, qui ne commettrait que les fautes absolument excusables.

Sont tenus ainsi : le vendeur, le mandataire (qui a changé de catégorie), etc...

Théorie française des trois fautes.

Il y a donc trois catégories, ce qui ne veut pas dire qu'il y ait trois espèces de fautes. La théorie des trois fautes qui a passé dans l'article II37 C.Civ. distingue : la faute lourde (*culpa lata*), la faute légère (*culpa levis*) et la faute très légère (*culpa levissima*). - Cette théorie n'est pas romaine et la jurisprudence française réagit avec bon sens contre l'art. II37 pour revenir au droit romain, une fois de plus.

Domages intérêts dus en cas de faute.

Si l'individu a commis un dol ou une faute entraînant perte de la chose, il n'est pas libéré; son obligation est perpétuée, et on peut lui réclamer des dommages-intérêts. Ces dommages-intérêts sont calculés par le juge, non seulement sur le dommage direct subi par le créancier à qui on n'a pas fourni la chose due (*damnum emergens*) mais aussi sur le gain dont a été privé le créancier à qui on n'a pas livré (*lucrum cessans*). La condamnation est ainsi la somme de deux éléments, l'un positif et l'autre négatif (cf. art. II47 C.C.). Leur réunion constitue le *quod interest* d'où nous avons fait le mot "intérêts" dans l'expression "dommages-intérêts". Il ne s'agit pas ici d'intérêts au sens d'*usurae*. La doctrine moderne des dommages-intérêts vient surtout de la théorie canonique de l'"interesse".

TITRE V.

EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

Caractère temporaire du lien d'obligation.

A la différence des droits réels, le lien d'obligation est appelé à se dénouer et se dénoue par des voies différentes (I). Le dénouement le plus simple, c'est le paiement. Le paiement est le principal mode d'extinction des obligations. Mais il en existe d'autres.

Le paiement et les différentes sortes de modes d'extinction.

Aussi a-t-on dû classer les modes d'extinction des obligations : 1° en modes volontaires et modes nécessaires comme pour l'extinction des droits réels.

2° - En modes produisant leurs effets *ipso jure*, de façon absolue, en droit civil, et d'autres seule-

(I) S. Solazzi, op. cit.

ment qui opèrent exceptionis ope en droit prétorien par le moyen des exceptions.

3°. Dans les obligations délictuelles et naturelles, l'extinction a lieu par simple pacte. Elle n'a donc rien d'intéressant et nous ne nous occuperons en principe que de celle des obligations contractuelles en 3 chapitres.

Chapitre I.

MODES NECESSAIRES D'EXTINCTION.

Ce sont ceux qui opèrent sans la volonté de l'homme.

1°. Porte de la chose certaine sans la faute du débiteur.

1°. La porte de la chose certaine sans la faute du débiteur.

2°. La confusion, réunion sur la même tête des qualités respectives de créancier et de débiteur.

2°. Confusion.

3°. La mort du débiteur, qui éteint l'obligation délictuelle, tandis qu'elle est sans effet sur l'obligation contractuelle, laquelle se transmet aux héritiers ou contre eux.

Transmissibilité active et passive des obligations contractuelles.

Depuis quand en est-il ainsi ? Les XII Tables (V,9) supposent déjà la transmission des créances et dettes aux héritiers. Mais certains auteurs comme M. Cuq (p.p 632-633) soutiennent que la transmissibilité n'intervient que pour des obligations légales, *noxum judicatum, legs, per damnationem*. Au contraire, l'obligation résultant de la sponsio, fondée sur l'engagement de sa foi à autrui, aurait été intransmissible.

Obligations intransmissibles.

En revanche toutes les obligations contractuelles sont dès avant le droit classique transmissibles activement et passivement. Par exception :

a) La créance de l'adstipulator s'éteint par sa mort (Gaius 3, II4) parce qu'on le choisit intuitu personae et qu'il n'y a aucune raison que ses héritiers aient les mêmes droits.

b) Les dettes du sponsor et du fidepromissor (cautions) s'éteignent également par la mort.

c) Les rapports nés du mandat et de la société disparaissent par la mort du mandant ou du mandataire et de l'associé, car ces deux contrats sont formés intuitu personae.

4°. La capitis deminutio.

4°. La capitis deminutio. Elle détruit en principe toutes les obligations contractuelles parce qu'elle éteint la personnalité juridique et laisse subsis-

ter les obligations délictuelles qui s'attachent à la personne physique.

De même, elle détruit les droits qui résultent de la société et du mandat (à cause de l'intuitus personae), tandis que les créances ordinaires passent à celui qui profite de la capitis deminutio, par exemple à l'adrogéant.

5°- La prescription extinctive.

5°- La prescription extinctive. Jusqu'au Bas Empire, les obligations de droit civil ne s'éteignaient pas par la prescription, même si le créancier restait inactif un temps défini. Toutefois l'obligation de garantir sanctionnée par l'actio auctoritas s'éteignait par un an pour les meubles, deux ans pour les immeubles, par application de la théorie de l'usucapion. De même l'obligation des deux plus anciennes cautions sponsiores et fidepromissores, d'Italie tout au moins, s'éteignait par deux ans.

Sauf ces exceptions les obligations civiles étaient imprescriptibles.

Au contraire les obligations du droit prétorien s'éteignaient par un an, durée d'Imperium des Magistrats.

La prescription extinctive date d'une constitution de 424, d'Honorius et Théodose II qui décide que toutes les actions personnelles ou réelles ne pourront être intentées après trente ans, délai qui est encore aujourd'hui le délai normal d'extinction des droits. Seule l'action hypothécaire s'éteindrait par quarante ans.

Chapitre II.

MODES VOLONTAIRES D'EXTINCTION EN DROIT

CIVIL.

Section I.

La loi de correspondance des formes.

Nécessité en droit primitif pour éteindre l'obligation d'un procédé inver-

Longtemps, en droit romain, la dette ne fut pas éteinte par le seul fait de l'exécution. Il ne suffisait pas de payer la somme promise, de livrer l'esclave dû pour que l'obligation soit éteinte, en matière contractuelle, il fallait que le créancier libère le débiteur du lien qui l'attachait à lui, que d'un

au mode
créateur.

commun accord les deux parties dénouent ce vinculum juris. La solutio, au sens propre le dénouement du lien juridique n'a aucune espèce de rapport avec le paiement que le terme solutio est arrivé à désigner.

Cet état primitif du droit romain se conçoit très bien quand on considère les opérations formalistes. C'est une règle du droit romain encore rapportée par les jurisconsultes classiques que pour dénouer une obligation formaliste, il faut employer les mêmes formes en sens contraire qu'on a suivies pour la lier. La règle est en particulier exprimée par Ulpien (D. 50, 17, 35). Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quod colligatum est : Il n'est rien de si naturel que de dénouer un rapport de droit de la même façon (mais en sens inverse) qu'il a été formé".

application
de ce princi-
pe.

Cette règle on l'a déjà rencontrée à propos du mariage : la confarreatio se dissout par la diffarreatio. Cette règle domine toutes les opérations formalistes qui ont quelque rapport avec le contrat.

Au nexum.

§ I- En ce qui concerne le nexum qui, sans être à notre avis un contrat, est tout de même un prêt, on sait qu'il se formait per aes et libram; il se dissoudra par une pesée en sens inverse, avec des paroles appropriées à la libération du nexum, mais inconnues. Le passage de Gaius (3, 174) qu'on a rapporté à l'extinction du nexum se réfère selon M. Collinet à l'extinction de l'obligation per aes et libram en cas de judicatum.

Au con-
trat litteris.

§ II- L'expensilatio se formait par un jeu d'écritures assez mystérieux. L'extinction de l'expensilatio, du contrat litteris dont Gaius ne parle pas devait s'accomplir par une formalité inverse. Le créancier portait sur son registre qu'il avait reçu de Moevius les 100 qu'il lui avait remis autrefois, acceptum af Moevio centum. Cette mention annule la mention primitive : Expensum Moevio centum.

Au con-
trat verbis
l'accepti-
latio.

§ III - L'acceptilatio : on pourrait voir une acceptilatio dans l'opération précédente, car acceptilatio vient de acceptum ferre : porter comme reçu. Par conséquent l'acceptilatio serait le mode d'extinction du contrat litteris. Etymologiquement cela serait exact. Cependant le terme désigne l'extinction de l'obligation verbale. Quand deux personnes sont liées par stipulation, pour éteindre l'obligation le débiteur en remettant l'argent au créancier, lui demande : "Reconnais-tu avoir reçu ton dû : acceptum centum habes ? Le créancier répond : acceptum habeo.

Je considère que j'ai reçu, je me tiens pour payé". C'est donc le contraire de la stipulation, interrogation du débiteur, réponse du créancier.

Cette théorie de l'acceptilatio exige quelques détails.

Caractère
abstrait de
l'acceptila-
tion.

1°- Il faut d'abord constater que l'acceptilation (Gaius 3, 169) est un procédé abstrait comme la stipulation.

En conséquence, elle aboutit à dénouer la stipulation, aussi bien quand le débiteur a remis la somme due que lorsqu'il ne l'a pas versée. Le formalisme avait cette conséquence qu'il liait les parties même sans cause, à contrario, le formalisme extinctif dénouait l'obligation même sans cause. En conséquence, si le débiteur ayant reçu la réponse du créancier : "acceptum habeo", ne lui versait pas les deniers, de mauvaise foi, il n'en est pas moins libéré comme quand il avait prononcé spondeo, il était tenu, bien que le créancier ne lui ait pas versé les deniers promis en prêt.

On ne voit pas cependant qu'on ait apporté le même remède en ce qui concerne l'acceptilatio frauduleuse qu'en ce qui concerne la stipulatio abusive. C'est sous Justinien seulement que le créancier peut attaquer par une querela la quittance mensongère que le débiteur a obtenue de lui, donc que la théorie de la cause s'est introduite dans la matière de l'acceptilation.

Donation sous
forme de re-
mise de det-
te par accep-
tilation.

L'acceptilation étant un acte abstrait peut donc servir aussi bien à titre onéreux que gratuit, quand il y aura paiement réel ou quand il n'y en aura pas. Ce dernier cas se présente si le créancier a fait remise de la dette au débiteur, s'il lui a fait donation de sa dette. Ainsi, le procédé civil de remise de dette à titre de donation, sera l'acceptilation. (Voir Infra le procédé prétorien, le pacte de non petendo).

Utilisation
de l'accepti-
latio pour pro-
céder à un ré-
glement de
comptes entre
personnes liées
par des rap-
ports d'affai-
res complexes.

2°- L'acceptilation a joué un très grand rôle à Rome, même quand le paiement fut devenu libératoire par lui-même (1) Voici pourquoi. Il arrivait à Rome comme aujourd'hui, principalement dans le commerce, que des personnes étaient liées par une série d'opérations. Deux commerçants ont entre eux des rapports multiples qui naissent de stipulations, de contrats litteris, de contrats consensu ou re. Pour régler leurs comptes, solder leurs opérations en actif ou en passif, il fallait éteindre successivement tous les rapports de droit les unissant, par des acceptilations pour les obligations verbales, par des mentions in-

(1) Fin de la République (Girard, p. 710, n°2).

verses sur le codex pour les obligations litteris, par les procédés convenant aux obligations re et consensu.

La stipulation aquilienne.

Le jurisconsulte Aquilius Gallus, contemporain et ami de Cicéron, inventeur des formules du dol Prêteur en 688-66 inventa une formule pour régler ces situations complexes en bloc; c'est une formule de stipulation (*stipulatio aquiliana*), par laquelle le créancier se fera promettre le solde des rapports entre lui et l'autre partie. Puis, lorsque le débiteur aura répondu *spondeo* à la stipulation aquilienne, tous deux procéderont à l'acceptilation. Le débiteur demandera au créancier s'il reconnaît avoir reçu le solde et le créancier répondra *acceptum habeo*. Toutes les opérations multiples auront été ainsi liquidées en deux temps : 1°- par la rédaction d'une stipulation générale englobant toutes les opérations et 2°- par une acceptilation (Inst. III. 29,2).

La loi de correspondance des procédés en matière de contrats solennels.

Le contrarius consensus.

§ IV. Jusqu'à présent nous avons vu la loi de correspondance appliquée aux opérations formalistes. Les Romains ont appliqué la même correspondance (non plus de formes, mais de procédés) aux contrats se créant sans forme, re ou consensu. Pour ceux-ci, la vente est éteinte si le vendeur et l'acheteur sont d'accord pour dénouer leur contrat sans attendre l'exécution; de même qu'il a suffi de l'accord des volontés pour former la vente, de même, il suffira d'un accord de volontés pour la dissoudre. Bien entendu, le contrat ne pourra se dissoudre que d'un commun accord des parties (*contrarius consensus*, et non *mutuus dissensus* comme on disait jadis). Toutefois, pour que le *contrarius consensus* opère il faut que les choses soient encore en l'état, entières, *rebus adhuc integris*, c'est-à-dire qu'il n'y ait pas eu commencement d'exécution. Si le vendeur a déjà livré et que l'acheteur n'ait pas payé, on ne pourrait pas dissoudre, parce que les choses ne sont plus entières.

Section II.

La compensation.

La loi générale et définitive.

La compensation a une histoire du plus haut intérêt qui a été retracée de forme magistrale par M. Ch. Appleton (*Histoire de la Compensation en Droit Romain* 1895).

Cette théorie joue lorsque deux personnes sont respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre. Le fait de la coexistence des deux créances

des deux dettes réciproques produit compensation, c'est-à-dire extinction des deux dettes jusqu'à concurrence de la plus faible. Primus était créancier de 100. Secundus devient créancier de 80. La compensation fait que Secundus n'est plus débiteur que de la différence entre 100 et 80, soit 20 (art. C.C. 1289) Aussi Modestin a-t-il défini la compensation très simplement et très exactement (D. 16, 2 : De comp. 1) : "Debiti et crediti inter se contributio : la balance entre le débit et le crédit".

Les 3 sources
théoriques
de la compen-
sation.

En théorie la compensation peut résulter de trois sources de la convention (compensation conventionnelle de l'office du juge (compensation judiciaire) de la loi (compensation légale.)

Dans quelle mesure le droit romain a-t-il connu ces trois sortes de compensations ?

§ I- Compensation légale.

Pas de compensation légale en droit romain (sauf en cas d'impenses sur les biens dotaux.)

En principe les Romains ne connaissaient pas la compensation ordonnée par la loi et en vertu de laquelle, quand les conditions de la compensation sont réunies, le juge n'a absolument qu'à opérer une soustraction et à condamner l'un des deux au solde. La compensation légale s'impose en effet, comme telle, aux parties et au juge. Cette compensation légale n'a pas existé chez les Romains du Droit classique sauf en un cas : celui où le mari avait fait sur la dot de la femme (sur la res uxoria) des impenses nécessaires, c'est-à-dire qui n'étaient ni utiles, ni voluptuaires, mais indispensables pour que la chose ne périclât pas. Ces impenses diminuent la dot de plein droit : *impensae necessariae minuunt dotem ipso jure*. Le mari poursuivi par l'action *rei uxoriae* sera condamné au montant de la dot moins la valeur des impenses nécessaires (D. 25.1.5), sans doute un auteur allemand M. Schutz a soutenu que cette règle n'était pas classique, mais son opinion n'a pas prévalu.

§ II- Compensation conventionnelle.

Dans la majorité des cas, les Romains admettent on le verra, la compensation judiciaire. Mais, en dehors d'elle, les parties étaient libres de faire une compensation conventionnelle (cf. la stipulation *aquilienne*). Si les Romains n'ont admis la compensation légale que dans un cas, c'est qu'ils se sont montrés ici plus conservateurs encore que d'ordinaire. Jusqu'à Justinien qui réforma la matière, ils ont gardé le principe antique, celui de la non compensation ou de

Le principe
de l'indépendan-
ce des créan-
ces dans le
droit romain.

l'indépendance des créances et des dettes réciproques.

Sénèque exprime ce principe dans son traité des Bienfaits (I.VI. ch. V): quand une personne avait une créance à titre de dépôt, et qu'elle devient débitrice à titre de vol, il n'y a pas compensation entre sa créance et sa dette. Le principe s'explique très bien par la simplicité du droit primitif qui ne mélange pas les choses, même connexes, et pratique en tout ce qu'on appelle l'unité de question. La compensation est la réduction de deux rapports à un seul (ayant pour objet le solde du compte). Une telle opération qui nous semble si simple et si légitime n'entre pas dans l'esprit des primitifs.

La compensation conventionnelle et les mutuae petitiones.

Le principe de l'indépendance des créances pouvait être corrigé par la compensation conventionnelle. Il l'était aussi par le procédé des demandes reconventionnelles, mutuae petitiones dont parle Quintilien. Elle ont aussi occupé les Empereurs du III^e siècle, qui ont décidé que le juge saisi d'une première demande devait surseoir à l'exécution du jugement jusqu'à ce que l'adversaire ait obtenu jugement sur sa demande (Macer. D. 49,8,1,4).

La compensation judiciaire.

§ III- La compensation judiciaire.

A Rome la compensation la plus fréquente est la compensation judiciaire. On trouve les cas suivants:

compensatio
de l'argenta-
tus se tra-
isant dans
intentio
la formule
l'action
il intente
contre le cli-
ent.

1^o- Compensation argentarii. Le banquier qui est en compte courant avec son client est obligé, lorsqu'il réclame le paiement à ce client de faire lui-même, le compte de soustraire le débit du crédit pour ne réclamer au client que le solde. Il doit agere cum compensatione, sous peine de perdre son procès par plus petitio. L'intentio de son action (certae creditae pecuniae) conclura donc à la différence entre ce qui lui est dû et ce qu'il doit à son client (Gaius 4,64,66,68). Il faut que les dettes soient de même nature on peut compenser l'argent avec l'argent, le blé avec le blé. Il faut que les dettes soient échues.

Cette compensation, la plus ancienne s'explique par l'idée que le métier du banquier consiste normalement à faire des comptes.

2^o- Deductio du Bonorum emptor.

eductio
bonorum
emptor dans la
condemnatio de
l'action qu'il
intente contre
le débiteur du

Quand un individu fait faillite à Rome, on procède à la venditio bonorum. L'adjudicataire, bonorum emptor doit agir cum deductione, faire la déduction du passif de l'actif, quand il agit contre une personne qui était débitrice du failli, alors que, lui, était tenu envers elle comme débiteur. Il doit compenser l'actif qui lui est dû et le passif qu'il doit.

failli.

Seulement à l'inverse de ce qui a lieu pour la compensation du banquier qui se fait dans l'intentio et suppose une action certaine, la deductio se fait dans la condemnatio et s'applique à des actions incertaines (Gaius 4, 65, 66, 68). — Elle existe pour des dettes, même d'espèces différentes, car la condamnation est toujours en argent. Elle peut se faire pour des dettes, même non échues, car la faillite entraîne déchéance du terme.

Compensation dans l'action de bonne foi des dettes nées ex eadem causa.

3°- La compensation prend un aspect plus général dans les actions de bonne foi. Celui qui intente une action de bonne foi peut se voir opposer la compensation par son adversaire, à condition que la créance de celui-ci naisse ex eadem causa, de la même opération juridique (contrat ou quasi-contrat): Ex: le vendeur qui poursuit l'acheteur en paiement du prix peut se voir opposer en compensation sa propre dette née du fait qu'il n'a pas livré (Gaius 4, 61, 63).

La compensation s'opère dans les actions de bonne foi par l'officium iudicis, à cause du caractère même de ces actions. Leur fondement, l'honnêteté exclut l'idée que le vendeur réclamerait toute sa créance alors que lui-même est de son côté débiteur envers l'acheteur. C'est à propos de cette compensation que Gaius au § 62 énumère les actions de bonne foi.

Le rescrit de Marc-Aurèle sur la comp. dans les A.d. D.S. au moyen d'une exception de dol.

4°- En revanche pas de compensation dans les actions de droit strict, car la créance de droit strict est toujours unilatérale, donc indépendante de la créance éventuelle de l'autre partie. Ici pas de réciprocité. La compensation dans les actions de droit strict ne fut introduite que par un Rescrit de Marc Aurèle (161-180) sur lequel existe le seul témoignage de Justinien (Inst. IV, 6, 30). Marc Aurèle, dit-il introduit la compensation dans les actions de droit strict en permettant de l'opposer par l'exception de dol. Primus, créancier de Secundus en vertu d'une stipulation a intenté l'actio C.C. P. Mais Secundus était créancier d'une autre somme d'argent contre Primus. Pour opposer sa créance en compensation, il fera insérer dans la formule de l'actio C.C.P. l'exceptio de dol"..... à moins que Primus ne soit lui-même mon débiteur pour 10.000 s.".

Pendant longtemps on a trouvé naturel que l'exceptio de dol ait pu jouer ce rôle, car Primus, disaient-ils, commet un dol en réclamant tout alors qu'il doit lui-même quelque chose. Celui-là commet un dol qui réclame ce qu'il sera obligé de rendre tout de suite "dolo facit qui petit quod statim redditurus est".

Mais les difficultés ont apparu (Appleton et Girard p. 754 n°2) pour l'application de cette exception de dol et du Rescrit de Marc-Aurèle. Sans les examiner, il faut observer que l'exception n'a pas en

effet abso-
lutoire de
l'exception
de dol.

droit classique un effet minutoire, n'aboutit pas à faire diminuer la dette de Secundus. Les exceptions en droit classique, ont toutes un effet absolutoire. L'exception de dol opposée à Primus fera donc tomber l'action intentée par celui-ci et Secundus ne sera plus tenu à rien. L'exception joue donc le rôle d'une menace, sous l'effet de laquelle Primus diminuera lui-même sa créance de sa dette et ne réclamera que le reliquat de compte.

compensation
ex dispari
causa.

5°- La compensation dans les actions de droit strict se produisait nécessairement entre dettes ex dispari causa. Dans les actions de bonne foi, elle se produisait à l'égard des dettes nées de la même source ex pari causa. Mais il se pouvait que le titulaire d'une action de bonne foi agisse contre un débiteur qui était lui-même créancier ex dispari causa. Je réclame à un acheteur le prix d'achat. Cet acheteur est mon créancier au titre d'un bail. Pas de compensation entre les deux dettes. Les interprètes discutent pour savoir si, dès l'époque classique, on n'a pas admis la compensation des dettes de bonne foi ex dispari causa.

réformes de
Justinien.

Toujours est-il que la matière de la compensation a été l'objet de réformes très profondes de Justinien.

§ IV - Réformes de Justinien.

nification
du système
de la comp.

1°- La première a consisté à unifier le système jusque-là très disparate. Cela fut possible : a) parce que la deductio du B.E. avait disparu avec la procédure formulaire ; b) Parce que la compensatio de l'argentarius pouvait, depuis Marc Aurèle, rentrer dans le cadre général de la compensation des actions de droit strict. Précisément les règles appliquées aux banquiers ont été généralisées. De là les nombreuses interpolations du L. XVI T.2, découvertes par Lenel grâce à la méthode des inscriptions (Girard p. 750 n° 3 et p. 751, n° 4)

généralisa-
tion de la
comp.

2°- Cette compensation est générale.

La généralisation a été accomplie par une constitution du Code (4,31,14) résumée aux Inst. (4,6,30). Cette constitution pose trois principes :

a) la compensation aura lieu dans toutes les actions soit réelles, soit personnelles, sauf en faveur du dépositaire et du possesseur de mauvaise foi (a. 1293 - C.C.)

b) pour que la compensation puisse s'opérer, il faut que la créance du défendeur soit échue et liquide, c'est-à-dire facilement appréciable en argent (art. 1291 C.C.) peu importe que les créances soient nées ex pari ou ex dispari causa ;

c) la compensation a lieu ipso jure "ipso jure jure compensatur" ; ces mots ont donné lieu à de grandes difficultés. Les anciens romanistes se sont imaginés que c'était là la compensation légale (C.

C. 1290. Aujourd'hui le juge est obligé de compenser. Mais d'après les Romanistes modernes il ne semble pas que le droit romain soit allé jusque là : ipso jure veut dire que la compensation doit être opérée par le juge sans que le défendeur ait besoin d'invoquer en justice l'exception de dol. C'est une réforme de procédure pure qu'a faite Justinien.

Section III

Les opérations novatoires (I).

Définition.

La novation est définie par Ulpien (D. 46, 2, I, Pr.): Prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio; la transfusion et la translation d'une dette ancienne dans une obligation nouvelle". C'est précisément parce que l'obligation ancienne, le prius debitum, est remplacé par une obligation nouvelle (alia) que l'opération s'appelle novatio; nover, c'est faire du nouveau à la place de l'ancien.

Plusieurs opérations, en droit romain, servent à nover, ce qui explique le titre de cette section. Mais le principal mode, c'est la stipulation novatoire.

§ I- La stipulation novatoire.

La stipulation novatoire.

La novation de droit civil se fait par stipulation. La deuxième stipulation éteint la première ou bien une stipulation unique éteint la dette née d'une cause quelconque. Elle peut se faire soit entre les mêmes parties, soit entre les parties nouvelles.

Entre les mêmes parties par changement de cause, de modalités, etc.

A- Inter easdem personas, lorsqu'on veut changer la cause de l'obligation ou adjoindre un sponsor, un fidepromissor à l'obligation antérieure, ou quand on veut changer de modalité (ajouter, éloigner, suspendre le terme; ajouter une condition Gaius 3, 177). La formule est très simple : Primus créancier, interrogera Secundus, débiteur, et lui demandera : "Promets-tu de me donner la même chose que tu me devais par le premier contrat idem ?"

Entre personnes nouvelles, par changement de créancier.

B- Plus généralement la stipulation novatoire se fait inter novas personas : Primus créancier veut se faire remplacer par un nouveau créancier Tertius; pour opérer le changement de créancier, Primus doit obtenir le consentement de Secundus qui, celui-ci

(I) Cf. Paul Gide : Etudes sur la novation..... 1879-
Gandemet - Le transport de dettes, Thèse Dijon 1898.

consentira à s'engager envers Tertius. Tertius posera donc à Secundus la question : "me promets-tu ce que tu devais à Primus ?" C'est là une cession de créance.

La novation s'employait aussi pour le transport de dette.

Nécessité
de un idem
debitum à l'é-
poque classi-
que.

Modifications
de Justinien.

Effets de la
novation I°
extinction de
l'O. ancienne.

2°- Création
d'une nouvel-
le dette ver-
bis.

A l'époque classique il est impossible de faire une novation par changement d'objet. La dette nouvelle doit avoir le même objet que l'ancien, idem debitum.

Sous Justinien, la matière a été remaniée. La forme a été simplifiée, on peut faire une novation par changement d'objet, mais un nouvel élément est exigé, l'*animus novandi*, introduit dans les textes par de très nombreuses interpolations (Inst. 3,29,3^a).

Les effets de la novation sont en quelque sorte mécaniques.

I°- Elle éteint l'obligation ancienne ipso jure, civilement de plein droit, avec toutes les sûretés que le débiteur avait promises au créancier et avec les exceptions qu'il pouvait avoir contre Primus. Si Secundus était en demeure, celle-ci est purgée par la novation.

2°- Une obligation nouvelle est créée qui est toujours verbis, même si la première dette n'était pas née d'une stipulation, (dette civile quelconque et même naturelle).

§ 2 - La litis contestatio.

La litis contestatio a été souvent comparée à la novation; on l'appelle novation judiciaire parce qu'un texte fait un rapprochement entre l'effet de la litis contestatio et la novatio. Mais il n'y a en vérité qu'une ressemblance lointaine entre les deux (V. la Procédure).

§ 3 - La novation prétorienne.

Elle se fait par le *receptum argentarii* et le *constitut*, renvoi au ch. III.

Section IV.

Le terme extinctif.

Le terme extinctif (*dies ad quem*) a pour effet d'arrêter l'opération, d'éteindre l'opération qui, jusque là, s'était prolongée. Terme extinctif certain: je loue pour cinq ans, au bout de cinq ans le bail

est éteint. - Terme extinctif incertain je loue jusqu'à ma mort; à ma mort, le bail est éteint.

On peut introduire un terme extinctif dans tout contrat. Le terme sera respecté dans les contrats de bonne foi. Si le locataire après le terme convenu ou les héritiers après la mort du locataire ne veulent pas quitter la maison, le bailleur fera valoir son droit par l'action locati.

La stipulation de rente viagère.

Les Romains ont aussi admis le terme extinctif dans la stipulation, contrat de droit strict sous forme de stipulation de rente viagère. Pour constituer une rente viagère à un vieux serviteur, par exemple, on peut employer deux moyens : la promesse faite de son vivant à soi ou le legs qui grèvera votre héritier. En ce qui concerne l'acte entre vifs, la stipulation de rente viagère, les Inst. (3,15,3) en ont gardé la formule : "me promets-tu, dit le bénéficiaire en stipulant, 10 sous d'or par an tant que je vivrai : decem aureos annuos quoad vivam spondesne? Le grevé répond : " Spondeo". Le bénéficiaire de la rente s'appelle le crédientier, le promettant débirentier.

Caractères de la créance née de la stipulation de rente viagère ; una, incerta perpetua.

Les caractères de cette stipulation sont dégagés par Pomponius (D.45,1,16,1) par opposition à ceux du legs de rente viagère. Tout résulte de ce que la stipulation est un contrat de droit strict, par conséquent : 1° la créance née de la stipulation est une, tandis que celle du legs est multiple. Quand je ne verse pas la rente, si Secundus me poursuit en justice, il devra avoir soin de limiter son action à l'annuité échue à l'aide d'une praescriptio ab actore (Gaius 4,131, sinon il épuiserait son droit aux annuités de l'avenir.

2°- La créance est incertaine, tandis que celle du legs est certaine. En conséquence l'action qui sanctionne la stipulation est l'action (incertaine) ex stipulatu.

3°- La créance est perpétuelle, celle née du legs est temporaire. C'est un principe en droit romain qu'on ne peut devoir à temps, ad tempus deberi non potest. Donc la rente est en principe perpétuelle. Comme cela est contraire à l'intention des parties, le prêteur intervient pour limiter la durée de l'action à la durée de la vie du titulaire. Si donc ses héritiers réclament la rente, ils seront repoussés par l'exception de dol (Inst. 3,15,3).

Section V.

La condition résolutoire.

Cette condition s'oppose à la condition suspensive. C'est la *conditio ad quem* jusqu'à ce qu'elle arrive, l'opération vaudra. C'est un événement futur et incertain auquel est subordonnée l'extinction du droit.

Elle est pratique surtout dans les donations (cf. *Donatio mortis causa* et *donatio sub moda*) et dans la vente.

La vente sous condition résolutoire.

Nous ne verrons ici que la vente sous condition résolutoire.

Les parties de la vente pouvaient adjoindre à leur opération des modifications sous forme de conditions résolutoires.

Clauses résolutoires dans l'intérêt du vendeur ou de l'acheteur.

Trois de ces pactes adjoints étaient dans l'intérêt du vendeur.

1°- La *lex commissoria*.

2°- L'*in diem addictio*.

3°- Le pacte de réméré.

Un autre était dans l'intérêt de l'acheteur le *pactum displicentiae*.

Lex commissoria.

1°- La *lex commissoria* ou pacte commissaire est une clause par laquelle le vendeur se réserve le droit de reprendre la chose si le prix ne lui est pas payé dans un certain délai.

Cette clause est devenue une clause de style et a fini par être sous entendue ; le vendeur a toujours le droit de faire rescinder la vente faute de paiement du prix, aujourd'hui (art. 1654 du C. C., application de l'art. 1184 C.C.) (cf. Georges Boyé, thèse Toulouse 1924).

L'*in diem addictio*

2°- L'*in diem addictio* signifie que le vendeur se réserve de reprendre la chose si, dans un certain délai, *in diem*, un tiers lui a offert un prix meilleur que le prix primitif. Vous m'achetez la chose 10.000, mais si dans le délai d'un mois, je reçois une offre meilleure, je rescinderai la vente faite avec vous. C'est ce qu'on appelle aujourd'hui une option.

Pacte de retrovendendo.

3°- Le pacte de réméré est un pacte de rachat, de retrovendendo. Le vendeur pourra reprendre la chose en remboursant à l'acheteur le prix et les loyaux coûts du contrat.

Pactum disp-

4°- Le *pactum displicentiae* donne droit à

plicentiae.

l'acheteur de renoncer à la chose si celle-ci cesse de lui plaire. C'est la vente à l'essai.

La difficulté est de savoir quels sont les effets de la condition résolutoire adjointe à la vente. Aujourd'hui l'effet est réel. La vente est résolue de plein droit, le vendeur redevient propriétaire et intente la revendication. Cet effet ne s'est jamais produit en droit romain, même sous Justinien. La condition résolutoire ne produit effet que sur l'obligation. Elle rompt l'obligation, mais laisse subsister le transfert de propriété effectué. Le vendeur pourra intenter l'actio ex venditio contre l'acheteur, mais ne pourra intenter l'action en revendication, pas même la vindicatio utilis comme en matière de donation (Cf. Girard p. 767-770 et notes).

Chapitre III.

MODES VOLONTAIRES D'EXTINCTION EN

DROIT PRETORIEN.

Pacte de non petendo sanctionné par l'exceptio pacti conventi et d'autres modes.

1°- Le principal est le pacte de non petendo ou remise de la dette faite à titre gratuit au débiteur par simple pacte. Celui-ci produit effet par la vertu de l'exceptio pacti conventi (exceptionis ope).

Il peut être in rem ou in personam en faveur de tous les débiteurs ou d'un seul d'entre eux.

Il peut être ad tempus (je vous fais remise de la dette pour dix ans) ou sans délai.

2°- Le droit prétorien connaît également le pacte de constitut et le receptum argentarii, déjà étudiés.

3°- Enfin la litis contestatio appelée souvent novation nécessaire, produit parfois son effet en droit prétorien exceptionis ope, par l'exc. rei indicatae vel in iudicium deductae (V. Procédure).

Titre IV.

CESSION DES CREANCES ET DES DETTES.

intransmissi-
bilité et in-
cessibilité
originares des
créances et
des dettes.

Il est tout à fait vraisemblable que les créances et les dettes étaient incessibles entre vifs dans le plus ancien droit romain, comme elles étaient intransmissibles aux héritiers ou contre eux (cf. Esmein N.R.H. 1887 p. 48 et suiv.) L'explication en est facile l'obligation est un lien personnel qui s'attache à la personne physique, tout au moins pour les créances et les dettes sanctionnées par des actions pénales. Il est impossible de détacher l'obligation de la personne physique, de sorte que la cession ne se comprend pas. Elle n'est sans doute pas possible non plus pour les anciennes obligations contractuelles, telles que la sponsio, fondée sur la fides personnelle.

Mais il vint un moment où la cession fut possible. Le créancier, (le cédant) put aliéner sa créance contre le cédé au profit d'une personne qui en devient titulaire (le cessionnaire). Cette cession peut se faire à titre gratuit, par donation, ou le plus souvent à titre onéreux, par une vente.

Le droit romain admet aussi la cession de dette comme aujourd'hui le droit allemand et le droit suisse. En droit français ce n'est pas possible.

Enfin en droit romain comme en droit français, la cession peut se faire à la suite d'une délégation ou sans délégation. Le procédé le plus pratique est la cession qui suit une délégation laquelle nous étudierons en dernier lieu.

Chapitre I.

LES PROCÉDES DE CESSION.

Aujourd'hui la cession se fait par la volonté concordante des deux parties, le cédant et le cessionnaire (comme le transfert de la propriété). Seulement une formalité est nécessaire qui n'existe pas pour la propriété. C'est la signification de la ces-

sion faite par le cédant au débiteur cédé (a. 1690 - 1691 C.C.) qui s'opère par acte extra judiciaire.

Naturellement on n'est pas arrivé du premier coup à un régime aussi simple, car il suppose que la volonté est autonome et reconnue en soi. Nous allons suivre, en droit romain, les étapes assez compliquées qui nous font passer du régime primitif où la créance est encore attachée à la personne, au régime moderne où la créance constitue un élément du patrimoine et peut en sortir comme les biens corporels. Gaius (2,38) constate que les modes de transfert de la propriété ne sont pas applicables aux créances, ni la *mancipatio*, ni l'*in jure cessio*, ni la *traditio*, parce que les créances sont des choses incorporelles. Il dit qu'à la place de ces procédés le créancier qui veut céder peut prendre l'un ou l'autre de deux procédés particuliers : 1°- la novation : 2°- le mandat ad litem.

Les deux modes de cession.

Section I.

La novation.

1°- La novation.

Mécanisme de l'opération.

Trois personnes sont en cause : le cédant Primus, le débiteur cédé Secundus, le cessionnaire ou créancier Tertius. Primus indique à son débiteur Secundus qu'il a l'intention de céder la créance à Tertius. Secundus pour réaliser le transfert, devra consentir à s'obliger envers Tertius qui lui en mandera par stipulation s'il lui promet ce qu'il devait à Primus.

Différence avec une cession proprement dite: le cessionnaire n'acquiert pas la créance même du cédant.

Ce procédé de la novation n'est pas une cession véritable. En effet, la cession véritable, par définition même doit transporter au cessionnaire la créance telle qu'elle se trouve dans le patrimoine du cédant, comme on transfère une chose ordinaire, donc avec ses avantages, c'est-à-dire les garanties données au créancier par le débiteur pour assurer le paiement ou avec ses désavantages, c'est-à-dire les exceptions par lesquelles le débiteur pourrait repousser le créancier du fait, par exemple que celui-ci s'était rendu coupable d'un dol envers lui.

Dans la cession véritable, la créance passe telle quelle (comme la propriété *cum sua causa*) avec ses sûretés personnelles et réelles.

Or, si l'on emploie la novation, il est clair que la créance de Primus ne passe pas à Tertius. La novation a pour effet de détruire cette créance, donc de détruire les garanties et de purger les exceptions qui pouvaient y être attachées. La créance de Tertius

est une créance nouvelle et ne revêt aucun des caractères de la créance première : c'est là ce que veut dire le mot novation.

Il n'y a donc pas en ce cas de cession véritable.

Sans doute Tertius peut se faire concéder à nouveau par Secundus les garanties que celui-ci avait données à Primus, cela n'empêche pas que la créance de Tertius soit une créance nouvelle.

Autre part
le procédé
exige le con-
sentement du
cédé.

Ce procédé diffère encore d'une cession véritable en ce sens que Primus n'est pas le maître de la cession. C'est Secundus, le débiteur qui dispose du sort de l'opération puisqu'il dépend de lui seul de s'engager ou non envers Tertius.

La novation en droit romain, n'a jamais évolué et est restée ce qu'elle était à la fin de la République, probablement parce que ce n'était pas le procédé le plus pratique.

Section II.

Le mandat in rem suam.

Le procédé
le mandat ad
item in rem
suam.

Gaius (2,39) signale un deuxième procédé : le mandat ad litem.

Pour réaliser la cession, Primus donne mandat soit par cognititure, soit par procuratelle (cognitura ou procuratio) (Voir Procédure) au cessionnaire d'agir en justice contre son débiteur. Ce mandat ad litem offre un trait particulier en ce sens qu'il est entendu entre Primus et Tertius que le bénéfice de l'opération restera sur la tête du mandataire, contrairement au principe qui veut que le mandat soit donné dans l'intérêt du mandant et que le mandataire rende compte au mandant. La cognititure ou la procuratelle est donc dite in rem suam, c'est-à-dire dans l'intérêt du mandataire.

Avantage sur
la novation.

Ce procédé a un avantage considérable sur la novation : il n'exige aucunement la participation de Secundus à l'acte. Au lieu d'être poursuivi par Primus, Secundus sera poursuivi par Tertius, en vertu de ce mandat. Secundus n'a rien à dire.

Quoi ce
procédé diffère
une véritable
cession.
Le cessionnai-
re exerce l'ac-
tion du cédant
titre de man-

Toutefois ce procédé ne constitue pas non plus une cession véritable, car ce qui est cédé dans ce cas, ce n'est pas la créance, c'est l'action et malgré les rapports intimes entre la créance et l'action que les Romains confondent souvent, il n'empêche que cela ne réalise pas une cession de créance. Tertius encaisse bien le résultat de la poursuite contre le cédé comme le ferait Primus, titulaire de la créance.

dataire mais la créance n'est pas cédée.

Mais en droit, ce qui lui appartient, c'est uniquement l'exercice de l'action de Primus.

D'où des conséquences importantes.

Jusqu'à la L.C. entre le cédé et le concessionnaire, le cédant reste maître de la créance.

a) Puisque la créance n'est pas cédée, mais seulement l'action, il en résulte que Primus garde par devers lui la créance jusqu'à ce que Tertius ait agi. Or Tertius ne peut agir qu'à l'échéance si Secundus ne paie pas de bon gré. Jusqu'à l'échéance, par conséquent, Primus a le droit de disposer de la créance il a le droit de l'éteindre, d'en faire remise à Secundus, tous les procédés d'extinction nécessaires ou volontaires pourront se produire au détriment de Tertius. En somme, ce qui opère la cession de l'action c'est la litis contestatio de Tertius avec Secundus: jusqu'à ce moment la créance appartient à Primus qui en peut faire ce qu'il veut.

Jusqu'à la L.C. le mandat peut disparaître.

b) D'autre part, le procédé employé c'est le mandat. Or le mandat est essentiellement fragile; il périt, soit par la révocation du mandant, soit par la mort du mandant ou du mandataire. Et la cession ne se réalisant qu'au jour de la litis contestatio, l'exercice de l'action par Tertius reste fragile jusqu'à ce moment. Tertius ne sait jamais si à cause du premier ou du second inconvénient, il recouvrera la créance qu'il a souvent achetée à deniers comptants.

Ainsi il n'y a cession véritable ni par le premier, ni par le deuxième procédé. La raison en est que les Romains ont appliqué à la cession de créance des procédés qui n'avaient pas été imaginés pour elle; ils ont détourné de leur but la novation et le mandat. Les institutions ainsi déviées ne donnent jamais que des résultats imparfaits.

Remèdes imaginés pour remédier à ces inconvénients.

Mais les Romains étaient gens de ressource; c'étaient des juriconsultes très pratiques. En hommes d'affaires - car toutes ces opérations se passent dans le domaine du commerce et de la banque - ils ont aperçu les inconvénients du mandat ad litem et ils ont cherché à y remédier.

Ier progrès : Il fallait d'abord assurer Tertius contre le danger de l'extinction du mandat, c'est-à-dire consolider le mandat, le doubler. On y est arrivé par un procédé bien connu, celui des actions utiles. Autrement dit, on a fait reconnaître au cessionnaire Tertius des actions personnelles, des actions qui lui appartiendraient en propre. Ces actions ne pouvaient être (comme aujourd'hui) des actions du créancier, car elles continuent à appartenir à celui-ci mais ces actions nouvelles propres au mandataire, ont été les actions du cédant étendues à l'aide de formules prétorienne. Le mouvement de reconnaissance de

Concession au cessionnaire des actions du cédant à titre d'actions utiles.
Source : BIU Cujas

ces actions a commencé en vertu du S.C. Trebellien (55 ap. J.C.) au profit du fidéicommissaire d'hérédité. Puis il a continué pour la vente de l'hérédité, quand une personne achète en bloc une hérédité, puis s'est étendu aux actes à titre particulier, à titre onéreux (vente), ou à titre gratuit (donation, dot). Dans tous ces cas (peut-être seulement en définitive sous Justinien), le mandataire est garanti, puisqu'il a des actions propres. Le mandant peut révoquer, il peut mourir, le mandataire peut mourir, son droit subsiste (I).

2ème progrès .- Le cédant qui conserve toujours sa créance, même après la concession des actions utiles au concessionnaire, peut éteindre cette créance au détriment de Tertius et tous les procédés d'extinction dépendants ou non de sa volonté peuvent la faire disparaître.

Signification
de la cession
au cédé.

Ce danger a été conjuré par un procédé nouveau. La pratique romaine a imaginé que la créance se trouverait bloquée lorsque Primus aurait signifié au débiteur cédé la cession qu'il avait opérée de cette créance au profit de Tertius. Il suffira d'une *denuntiatio extra judiciale* de Primus à Secundus pour que les modes d'extinction de la créance ne puissent plus se produire et en particulier pour que Primus ne puisse plus éteindre la créance au préjudice de Tertius.

La signification dans l'espèce a été empruntée à la théorie du *pignus nominis*, du gage sur les créances (v. les sûretés réelles).

A la signification a été assimilé le paiement partiel reçu par le cessionnaire, le versement d'un acompte de Secundus à Tertius.

La signification fut d'abord un usage pratique. Quand est-elle devenue légale ? La constitution de Gordien (C. 8,41,3, Fr.) qui en parle est très vraisemblablement interpolée (2), la nécessité de la signification ne daterait que du Bas-Empire.

Il y a également des règles de fond sur lesquelles nous n'insisterons pas quant aux restrictions apportées à la cession des créances litigieuses (Théodose) ou non (Anastase) et que le C.C. (art. 1699-1701) a acceptées.

(1) Paul Gide, dans son traité sur la novation et le transfert de créance, pense que cette réforme a constitué un troisième procédé de cession, le transport par convention. L'existence d'un troisième procédé n'est plus admise par les auteurs modernes.

(2) Girard, p.781 n.1-2.

Chapitre II.

LA DELEGATION.

Nous ne nous sommes pas préoccupés du point de savoir si la cession de créance se faisait à la suite d'une délégation ou sans délégation.

En pratique la cession de créance intervient normalement à la suite d'une délégation. Gaius 2,38 suppose précisément par les mots *me jubente* qu'avant la novation il y a eu délégation.

Définition de la délégation.

La délégation est un acte juridique par lequel une personne, le délégant (*Primus*) invite (jube) une seconde personne, le délégué (*Secundus*), à accomplir une prestation déterminée, au profit d'une troisième personne, le délégataire (*Tertius*).

La définition en est donnée par Ulpien (16,2 de Nov. et Deleg. II Pr): "*delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui jusserit: Déléguer c'est donner à sa place un autre débiteur, soit au créancier, soit à celui qui est désigné par le créancier*". (Il s'agit là d'une délégation de la dette).

La délégation suppose en effet toujours une substitution de personnes en droit privé ou en droit public (en matière administrative et financière).

Les deux éléments de la délégation.
1°-un Jussum.

La délégation comporte deux éléments:

1°- une invitation de la première personne à la seconde, *jussus* ou *jussum* (I). Cette invitation se donne sans forme comme le prouve l'exemple du père de famille qui donne à l'aliéni juris le *jussus* de se porter débiteur pour lui dans un contrat, cas où le tiers a contre le père l'*actio quod jussu*. Il peut exister aussi un contrat de mandat.

2 - Une dation ou une cession de créance.

2°- A la suite de cette invitation il faudra réaliser la délégation. Elle se réalisera soit par dation soit par les procédés de cession de créance déjà indiqués : novation, mandat *ad litem*, ou en dehors de ces procédés, par contrat *litteris* ou *dictio dotis*.

Ce dont il faut s'occuper maintenant, c'est

(I) Le *jussus* n'est pas un mandat; en le démontrant, M. G. Hubrecht (Rev. gén. de Droit, 1931) a remis au point l'ouvrage de M. P. Rutsaert sur la Délégation, thèse Gand, 1929; cf. P. Collinet R.H.D. 1932, p. 580-581.

de la délégation en soi. En droit moderne comme en droit romain c'est une théorie difficile, bien que ce soit une des plus belles du droit pur autant que du droit pratique.

§ I.- Applications et buts de la délégation.

Les trois rapports se rattachant à la délégation

La délégation suppose trois rapports : un rapport entre le délégant Primus et le délégataire Tertius, un rapport entre le délégant Primus et le délégué Secundus, un rapport entre le délégué Secundus et le délégataire Tertius.

Ces trois rapports peuvent être chacun de trois natures différentes.

1°- Ou bien un rapport d'obligation qui fait que la délégation s'exécute par un paiement : le but est donc de solvere.

2°- Ou bien un rapport d'engagement futur à contracter entre deux des personnes le but est alors credere prêter ou promettre.

3°- Enfin un rapport de donation de l'un à l'autre; le but est donare.

Pour simplifier nous n'étudierons que le cas le plus pratique encore aujourd'hui, le premier:

Hypothèse pratique.

Délégation servant à simplifier des paiements.

Primus était créancier de Secundus et en même temps il était débiteur de Tertius. Primus devrait normalement réclamer sa créance à Secundus, puis payer sa dette à Tertius son créancier. Il devrait donc effectuer deux opérations, une opération active et une opération passive. Les prudents ont découvert qu'il serait beaucoup plus simple que Primus, au lieu de réclamer à Secundus pour verser ensuite l'argent à Tertius, déléguât Secundus à Tertius, c'est-à-dire que Primus invitât Secundus à payer à Tertius, au lieu de lui payer à lui-même. Ainsi la délégation apparaît comme un procédé de simplification : au lieu de deux paiements, il n'est besoin que d'un. C'est là une simplification comme celle à laquelle les Romains étaient arrivés en matière de tradition de brève main et qui s'explique de la même façon : l'intérêt commercial, la pratique des banques.

Importances du jussus dans le mécanisme à la délégation.

On voit que le jussus, l'invitation donnée au délégué, est le moteur de toute l'opération. Dans notre exemple, il est donné au débiteur, le jussus pourrait être donné aussi bien au délégataire Tertius. Primus invitant Tertius à se faire payer par Secundus. Dans le premier procédé (jussus donné au débiteur) c'est la novation qui servira à réaliser l'opération. Dans le deuxième cas (jussus donné à Tertius de se faire payer par Secundus ou de le poursuivre à défaut

de paiement) l'opération se réalisera par un mandat ad litem.

Rapports entre les parties:

§ II - Effets de la délégation.

Quelle que soit la combinaison, pour en saisir les effets, il faut faire jouer successivement les rapports entre les trois parties.

1°- Entre le déléguant et le délégataire.

1°- Entre le déléguant (Primus) et le délégataire (Tertius) voici la règle:

Le délégataire, une fois l'opération réalisée est censé recevoir du déléguant le paiement qu'il reçoit du délégué. Tertius se fait payer par Secundus, c'est comme s'il avait été payé par Primus son débiteur. En conséquence, dès que Tertius a obtenu le paiement, Primus se trouve libéré envers lui.

2°- Entre le déléguant et le délégué.

2°- Entre le déléguant (Primus) et le délégué (Secundus).

Le délégué est censé remettre au déléguant la valeur qu'en fait il remet au délégataire. Donc quand Secundus paie Tertius, c'est comme s'il avait payé Primus, il est libéré à l'égard de celui-ci.

3°- Entre le délégué et le délégataire.

3°- Entre le délégué (Secundus) et le délégataire (Tertius).

Ce rapport se produit lors de la réalisation de la délégation. Le délégué paie Tertius ou bien s'engage à le payer. Deux questions se posent en droit romain et aujourd'hui.

a) Qu'arrive-t-il si Secundus ayant par hypothèse, payé à Tertius ou bien s'étant engagé vis-à-vis de lui, s'aperçoit que sa dette envers Primus n'existait pas ?

b) Secundus, le délégué ayant par hypothèse droit à des exceptions contre Primus peut-il s'en prévaloir contre le délégataire ?

Pour résoudre les deux questions, deux systèmes ont été proposés :

Le premier en désuétude (celui de Salpius, suivi par Paul Gide) déclarait que les réponses aux deux questions dépendaient de la forme de la délégation.

Le deuxième système (Accarias, Gaudemet, Girard et Cuq) admet que les effets sont toujours les mêmes, quels que soient les procédés employés pour réaliser la délégation. Voici ses effets:

Indépendance du rapport du délégué et du délégataire et de celui du délé-

a) Le délégué Secundus a fait à Tertius un paiement légalement valable, même si lui, Secundus, n'était pas obligé envers Primus. Pareillement Secundus est également engagé envers Tertius au cas où il y a eu promesse au lieu de paiement, même si sa dette envers Primus n'existait pas. En un mot le princi-

quant envers
le délégué.

pe est l'indépendance du rapport entre Secundus et Tertius à l'égard du rapport entre Secundus et Primus. Au second cas, l'engagement de Secundus, dit-on, est abstrait. La preuve est que le délégué ne peut opposer au délégataire l'exception doli. Ce résultat choque l'équité. Les Romains l'ont donc corrigé comme ils ont fait partout. Ils maintiennent le principe ; Secundus est obligé de payer Tertius. Mais l'équité prévaudra en ce sens qu'un recours contre Primus, recours fondé sur l'enrichissement sans cause, lui sera accordé. Primus faisant payer par Secundus une dette qui n'existait pas, s'est enrichi au détriment de Secundus. Celui-ci bénéficiera d'une *condictio sine causa* contre le délégant (Ulp. D. 46,2,13 ; Paul D. 12,4,9,1).

Inopposabili-
té des excep-
tions du délé-
gué au délé-
gataire.

b) en ce qui concerne les exceptions, il est également certain que Secundus ne peut opposer à Tertius les exceptions qu'il aurait pu opposer à Primus. Son engagement est abstrait.

Primus l'avait trompé, Secundus aurait pu lui opposer l'exception de dol ; mais c'est Tertius qui réclame et Tertius n'a pas commis de dol (D. 46,2,19). Donc Secundus ne peut lui opposer l'exception de dol. Ce raisonnement était d'une logique trop rigoureuse. L'équité commandait de le rectifier. Secundus qui aurait été absous si Primus avait agi contre lui, se trouverait obligé de payer Tertius parce qu'il y a une délégation ? Ce résultat n'est pas admissible. Primus ici encore, s'enrichirait au détriment de Secundus. Une *condictio* sera donc donnée contre lui, *condictio* fondée sur l'enrichissement sans cause (Paul D. 46,2,12 ; Celsus D. 39,5,21,1) ; Paul 44,4,5,5). On s'est demandé si elle n'était pas une création des Byzantins. M. Collinet ne le croit pas (Cf. Duquesne, dans *Mélanges Girard*, I, 389 et ss., réfutant Pernice et Girard qui font jouer à cette *condictio* un rôle dans les origines de la *condictio* en général).

TITRE VII

LA SOLIDARITE OU
CORREALITE (1)

Une obligation peut exister à la charge de plusieurs débiteurs ou au profit de plusieurs créanciers.

Nous avons toujours supposé jusqu'ici un seul créancier et un seul débiteur. Or, il peut en être autrement. Une obligation peut avoir plusieurs sujets actifs ou passifs. Trois personnes ont commis un vol, elles sont toutes trois passibles de l'actio furti. Ou le vol a été commis contre trois associés ou trois héritiers ; la créance naît au profit d'eux trois. Il y a pluralité tantôt de débiteurs, tantôt de créanciers.

Les obligations à sujets multiples sont, en principe, des obligations conjointes, par exemple, elles se présentent entre cohéritiers, soit du côté actif, soit du côté passif. Dans ce cas, chacun a droit à sa part virile de la créance héritée ou répond, pour sa part virile, de la dette héritée. Trois actions seront possibles ayant pour objet chacune un tiers de la créance ou de la dette.

Obligations indivisibles.

Par exception, certaines obligations à sujets multiples qui ne sont pas conjointes ; elles ont pour objet le tout. Il en est ainsi : 1° - en cas d'indivisibilité de l'objet. C'est là un "labyrinthe inextricable" suivant la forme de Duncoulin (Extricatio labyrinthi dividui et individui). Bornons-nous à dire que l'indivisibilité tient à l'objet, elle existe quand l'objet est un corps certain indivisible (un cheval). Tandis qu'une somme d'argent, un fonds, sont des objets divisibles.

Obligations solidaires.

2° - Un deuxième cas où l'obligation porte encore sur le tout, solidum, quoi qu'elle ait plusieurs titulaires, c'est l'obligation solidaire ou corréale, expression moderne forgée sur le latin correus.

Cette matière est extrêmement pratique et encore de nos jours sous l'aspect de la solidarité passive (du côté des débiteurs), très avantageuse pour le créancier. La solidarité active l'est moins. En supposant trois débiteurs et un créancier unique, si l'obligation n'est que conjointe, chaque débiteur ne doit que le

(1) (Cf. Gérardin N.H.R. 1884 - 1885).

tiers : le créancier doit faire trois procès et peut se heurter à l'insolvabilité de l'un des trois débiteurs, de deux ou des trois. La solidarité fait que chacun des multiples titulaires est tenu pour le tout, *solidum* (solidarité). *Primus* devra le tout, *Secundus* aussi, et *Tertius* aussi. Mais pour savoir ce qu'obtiendra au juste le créancier, distinguons : a) dans le domaine pénal il y a cumul, la victime obtient autant de fois la *poena* qu'il y a de délinquants. *Primus* doit le tout, *Secundus* et *Tertius* de même. Si les trois voleurs sont tous solvables, le volé obtiendra trois fois la *poena*. Cela se comprend facilement, parce que la *poena* est une vengeance et la victime a le droit de se venger contre chaque auteur du délit séparément et contre tous cumulativement.

Effets de la solidarité.

b) Dans le domaine réipersécutoire (contrats et quasi-contrats), quel est le résultat ? L'étude de la solidarité nous l'apprendra ; elle est l'objet d'une controverse aigüe. Exposons d'abord le système traditionnel. Nous signalerons ensuite le système récent, celui de Bonfante, qui semble le plus exact.

Section I

Effets et nature du lien de Solidarité.

Distinction traditionnelle de la solidarité parfaite dans laquelle la L.C. faite avec l'un des co-débiteurs éteint l'action à l'égard de tous.

Le système traditionnel consiste à distinguer deux sortes de solidarité : 1ère sorte : la solidarité parfaite, artificielle, corréalité ou solidarité tout court, comme dit Gérardin. Là, c'est très net, le créancier unique qui poursuit l'un des débiteurs solidaires, *Primus*, *Secundus* ou *Tertius*, ne peut agir qu'une fois et quel qu'ait été le résultat de sa poursuite en bien ou en mal, contre *Primus*, ou *Secundus*, ou *Tertius*, il ne peut renouveler sa poursuite contre les autres. Il n'a qu'une flèche dans son carquois. Il peut choisir le but, c'est-à-dire le débiteur qui lui paraît le plus solvable, *Tertius*, par exemple. Or, il se trouve que *Tertius* ne l'était pas. Ou il n'obtient pas de *Tertius* toute la dette, il n'obtient par exemple que 2.000 sesterces sur 10.000. Il n'a plus de recours contre *Primus*, ni contre *Secundus*. Il a épuisé son droit. L'effet extinctif de la *litis contestatio* s'applique dans toute sa rigueur.

2ème sorte de solidarité : imparfaite, naturelle, simple, collective. Gérardin dit *obligatio in solidum*. Dans ce cas, le créancier peut répéter jusqu'à ce qu'il ait obtenu le *solidum*, le tout contre chacun des débiteurs.

La solidarité proprement dite peut exister aussi

Et de la solidarité imparfaite où la L.C. avec l'un des co-débiteurs

n'empêche pas d'agir contre les autres jusqu'au paiement du tout.

Effets des modes d'extinction en matière d'O. corréale : distinction entre ceux qui ont un effet absolu et ceux qui ont un effet relatif.

La mise en demeure de l'un ne nuit pas aux autres.

La faute de l'un nuit aux autres.

bien du côté des créanciers que des débiteurs. Il y a des créanciers solidaires comme des débiteurs solidaires, tandis que dans le deuxième régime, il n'y a que des débiteurs solidaires. La distinction se marque surtout par les effets comme nous allons le voir.

Ier Groupe : Obligations solidaires.

Dans cette catégorie, l'effet des principaux modes d'extinction atteignant l'obligation est absolu. Nous l'avons vu pour la litis contestatio, c'est le plus frappant ; on peut en dire autant pour la novation, l'acceptilatio, le pacte de non petendo in rem (et naturellement, le paiement intégral).

Cependant, certains modes d'extinction ne produisent qu'un effet relatif, c'est-à-dire que ce mode ayant touché Primus seul, Secundus et Tertius restent tenus. Ces modes sont la capitis deminutio, la compensation, la confusion, le pacte de non petendo in personam. Mais si cela complique la théorie, cela ne change rien au principe ; il suffit de comprendre les exceptions apparentes au principe. Pomponius (D. 45,2, 19), les justifie en distinguant entre la persona et la res. Le plus souvent, c'est la res qui est atteinte par l'extinction et cela justifie l'effet absolu. Parfois, c'est plutôt la persona, le sujet ; aussi l'effet sera-t-il relatif. Dans la compensation entre moi et Primus, ce qui engendre la compensation, c'est que Primus est devenu mon créancier, alors qu'il était mon débiteur, c'est une question personnelle à Primus qui ne regarde ni Secundus, ni Tertius. Dans la confusion : Primus est devenu mon héritier : ma créance est éteinte à son profit ; les autres débiteurs ne le sont pas ; c'est une question personnelle à Primus ; de même, pour la capitis deminutio qui atteint la personne de Primus.

L'effet est de même relatif quand un seul des débiteurs a été mis en demeure, mora : D. 22,1,32,4 "alterius mora alteri non nocet, la mise en demeure d'un des codébiteurs solidaires ne nuit pas à l'autre". Cela se comprend puisque la mora touche à la personne et non à la res.

Cependant, la majorité des auteurs voit là une difficulté à cause de la solution donnée pour la culpa commise par l'un des codébiteurs ; (D. 45,2,18) : "alterius factum alteri nocet, le fait de l'un préjudicie l'autre". On s'est imaginé qu'il y avait contradiction entre les deux règles et Dumoulin a essayé de lever la contradiction par une conciliation passée dans l'art. 1205 C.C. ; mais la solution de ce texte ne peut être admise car, en réalité, la contradiction n'existe pas. En effet, la mora est un fait personnel ; on com-

prend qu'elle ne nuise pas à l'autre. Au contraire, la faute de celui qui laisse périr la chose a sa répercussion sur l'autre parce que, étant codébiteurs solidaires, ils doivent se surveiller réciproquement, veiller ensemble sur la sécurité de la chose ; si celle-ci pérît par le fait de l'un, l'autre est responsable et devra, comme le premier, des dommages-intérêts.

Supposons que la dette ait été payée par Primus, la res est ici touchée, le paiement libère tout le monde. Mais celui qui a payé peut-il recourir contre les autres qui étaient responsables avec lui ?

Les Romains font une distinction.

Recours du débiteur qui a payé contre les autres soit par l'actio pro socio soit par l'actio mandati contraria.

1°- Si les débiteurs étaient associés, socii ; le recours s'exerce par l'actio pro socio, et également par les actions qui appartenaient au créancier (bénéfice de cession d'actions).

2°- S'ils ne sont pas associés, mais que Primus a reçu des autres mandat de payer, le recours s'exerce par l'actio mandati contraria ; comme aujourd'hui, le mandat est toujours présumé, le recours existe toujours (C.C. 1214). En Droit romain, à défaut de société ou de mandat, pas de recours.

2ème groupe : Obligations in solidum.

Caractère toujours relatif des modes d'extinction dans les O. in solidum.

L'effet de tous les modes d'extinction est toujours relatif, sauf bien entendu le paiement intégral par l'un des codébiteurs in solidum.

Explication de la différence entre les O. solidaires et les O. in solidum par une différence de natures.

Dans la doctrine traditionnelle, la différence d'effet entre les deux groupes d'obligations s'explique par la nature différente du lien existant dans l'une et dans l'autre. Mais quand il s'agit de préciser davantage, les systèmes, surtout en Allemagne, sont très nombreux. D'après Gérardin, dans l'obligation solidaire, il n'existe qu'un seul objet, una res vertitur, une seule chose est prise en considération. Tous les liens aboutissent à un même objet, donc tout ce qui touchera à l'objet détruira le lien. Dans l'obligation in solidum, il existe plusieurs objets.

Cette idée semble inexacte, car nous sommes en matière réipésecutoire. Dans l'une et l'autre classe, un seul objet existe. Mieux vaut dire qu'en réalité, au second cas, des liens plus lâches lient les débiteurs. Pourquoi ? C'est ce que nous allons voir tout de suite.

Section II

Sources des obligations solidaires et in
solidum.

La solidarité ne se présume pas. Formule de la stipulation solidaire. La volonté licite, source de la solidarité.

Sur ce point encore, on a de nombreux systèmes. D'après Gérardin, la source des obligations solidaires c'est la volonté licite. La solidarité ne se présume pas. Elle doit être stipulée, soit par une stipulation verbale, soit par une clause expresse des contrats de bonne foi. La formule de la stipulation a été conservée par Justinien (Inst. 3,16, pr.). Le créancier unique interroge Maevius : "Me promets-tu 5 sous d'or" Sans attendre la réponse de Maevius, il interroge Seius : "Me promets-tu les mêmes 5 sous d'or" ? Après quoi, Maevius répond : "Spondeo" et Seius répond "Spondes". Lorsque les formules sont tombées en désuétude, la solidarité est devenue une question d'intention, d'*animus*. On a même prétendu trouver des formules rajeunies dans les Papyrus latins de Ravenne, mais elles se réfèrent plutôt à la pratique du droit grec, comme on le verra.

La solidarité s'est introduite ensuite dans les autres contrats. Elle a été possible avec une clause *ad hoc* dans les contrats de bonne foi (vente, louage), dans le constitut, et également, dans le testament qui sans être un contrat, lie les héritiers solidairement envers les légataires (Dig. 45,2,9,pr.)

Donc, on aperçoit partout la volonté, volonté double dans un contrat et volonté unilatérale dans le testament. Pourquoi ? Parce que l'origine de la solidarité se trouve dans les rapports entre individus ayant un intérêt commun et les tiers, par exemple entre des cohéritiers ou des associés et les tiers. Seius vend sa maison à la société en nom collectif : Primus, Secundus, Tertius, qui veulent y installer leur fonds de commerce. Seius devient créancier du prix. Les acheteurs seraient, en principe, des débiteurs conjoints, mais Seius a le plus grand intérêt à ce que les trois acheteurs soient liés solidairement. Par conséquent, il stipulera d'eux la solidarité.

Dans les obligations *in solidum*, la source n'est pas la même. C'est la loi, dit-on, ou mieux la faute commune. Par exemple, trois tuteurs ont géré ensemble et mal (1). L'ex-pupille intente son action en respon-

(1) Voir A. Lecomte, la pluralité de tuteurs, thèse Paris 1927.

La loi ou la faute commune source de l'obligation *in solidum*

sabilité contre l'un d'eux, Primus. Il n'est payé que pour partie. Il peut agir ensuite successivement contre Secundus et Tertius. La poursuite est renouvelable parce que les tuteurs sont tenus en raison de leur responsabilité générale, en tant que tuteurs, c'est-à-dire à cause des fautes qu'ils ont pu commettre dans leur gestion. Il y a là une idée qui se rapproche de celle qui gouverne les actions pénales et cela justifie, de même qu'en matière pénale, qu'on puisse recommencer la poursuite ; mais l'objet d'ici est un, à la différence du cas de délits.

Section III

Droit de Justinien.

La loi 28 de fide jussoribus ; la L.C. n'a plus qu'un effet relatif ; il n'y a plus qu'une seule solidarité.

Si les classiques ont connu un système dualiste de la solidarité, comme le croit la doctrine traditionnelle, il n'existe certainement plus sous Justinien, qu'un seul système, car Justinien a aboli l'effet extinctif de la litis contestatio en notre matière (C. VIII. 40 (41) 28 - Loi 28 de fidejussoribus). L'effet extinctif de la Litis contestatio est abrogé dans la solidarité par extension de la décision prise pour le cautionnement (V. Titre VIII). Si l'on admet que le droit classique suivait un système pour les obligations solidaires et un autre pour les obligations in solidum, et que dans les premières la litis contestatio avait un effet absolu tandis que dans les secondes, elle avait un effet relatif, il est évident que, depuis la Loi 28, l'effet de la litis contestatio est toujours relatif. Le créancier peut toujours renouveler sa poursuite que les débiteurs soient solidaires ou in solidum. C'est le système moderne.

Déjà d'ailleurs, dans la pratique d'avant Justinien, il était d'usage dans les contrats d'éliminer l'effet extinctif de la litis contestatio à l'aide d'une clause par laquelle les débiteurs renonçaient à s'en prévaloir. Cette clause était devenue de style, Justinien l'a rendue légale.

Le cautionnement réciproque en droit grec.

La Nouvelle 99 de Justinien a fait une autre réforme qui, d'après beaucoup d'auteurs, aurait introduit le bénéfice de division entre débiteurs solidaires. La solidarité romaine ne comportait pas le bénéfice, quoique certains l'aient cru ; selon M. Collinet (1).

(1) P. Collinet dans les *Studi in Memoria di Aldo Albertoni* (Padova, 1933) ;

Le bénéfice
de division.

elle comportait seulement la faculté pour le créancier de diviser ses poursuites, ce qui est tout différent (art. 1210, C. Civ. ; l'art. 1203 exclut le bénéfice). Le bénéfice même a-t-il vraiment été introduit par la Nov. 99 entre débiteurs solidaires romains ? Monsieur Collinet ne le croit pas (Études T.I. p. 124). Elle se rapporte à des débiteurs obligés selon le mode grec "allêlenguoi" ou cautions réciproques (cf. dans le même sens Cuq. Manuel et Mélanges Cornil 1926). En effet, les Grecs n'ont pas connu la solidarité à la romaine. Ils pratiquent la solidarité sous une forme spéciale, celle du cautionnement réciproque (*mutua fidejussio*). *Primus*, *Secundus*, *Tertius*, en droit grec, auraient été des cautions réciproques : *Primus* se portant caution de *Secundus* et *Tertius* ; *Secundus* de *Primus* et *Tertius* ; et *Tertius* de *Primus* et *Secundus*. C'est par ce moyen que les Grecs arrivent à lier les cohéritiers comme on y arrive à Rome par la solidarité. Mais des différences importantes, relevées par M. Cuq, séparent la solidarité romaine et la *mutua fidejussio* (Cf. Papinien D. 45,2,11.) Il n'y aurait pas à insister si la pratique moderne, tout en ignorant le droit grec, n'en était venue à analyser comme lui, la solidarité en une sorte de cautionnement mutuel.

Y a-t-il
dualité ou unité
de solidarité ?

Il convient de se demander pour finir si le système dualiste est fondé.

Une très forte objection peut être opposée au système dualiste. C'est qu'on ne voit pas pourquoi la *litis contestatio* a un effet relatif dans les obligations *in solidum*, attendu que celles-ci sont sanctionnées par des actions répersécutoires où la chose n'est due qu'une fois. On ne voit pas pourquoi le créancier pourrait renouveler son action, comme en cas de délits où il y a autant d'objets que de coupables.

Les textes du Digeste semblent favorables à la théorie dualiste. Mais répond la thèse unitaire (Bonfante, après Cujas), c'est que les textes qui parlent de répétition de l'action ont été interpolés en vertu de la loi 28. De fait, puisque Justinien a abrogé l'effet extinctif de la *litis contestatio* dans la Loi 28, il était du devoir des commissaires d'interpoler en ce sens les textes du Digeste. Les interpolations étant démontrées et vraisemblables, il en résulte que le droit classique n'a connu qu'un seul système où régnait l'effet extinctif absolu de la *litis contestatio*, qu'on agisse contre trois acheteurs ou contre trois tuteurs ou contre trois auteurs d'un dol. (1)

(1) A l'examen, il est préférable de maintenir le système dualiste.

TITRE VIII

LES SÛRETÉS PERSONNELLES
ET RÉELLES.

La sûreté personnelle, c'est le cautionnement (chap. Ier). On verra ensuite (Chap. II), les sûretés réelles.

Chapitre Ier

LE CAUTIONNEMENT.

On dit souvent après Girard que le cautionnement se présente à Rome sous trois formes : 1° - des sûretés personnelles fournies à l'Etat, *praes*, *praedes* (racine : *prae*, *vas*, un *vas* antérieur. Cf. Procédure de Sacramentum, *praedes sacramenti* - *praedes litis et vindictiarum*).

2° - Des sûretés qui garantissent la comparution d'un individu en justice, *vas* (*vadis*) *vadimonium*, surtout en cas de remise du procès (Cf. Procédure).

3° - Enfin la sûreté donnée au créancier par le débiteur au moment de s'obliger et qui consiste dans l'engagement personnel d'autres personnes qu'on appelle cautions.

S'imaginer que le cautionnement s'est donné à Rome sous trois formes, c'est se tromper. Le cautionnement ne s'est donné que sous la troisième forme. Les *praes*, les *vades* sont des garants, non des cautions (1). Le terme caution doit se restreindre, en droit romain, aux *adpromissores*, aux personnes qui s'engagent par le contrat de stipulation, dans des termes consacrés, envers le créancier, pour le débiteur principal. C'est à eux seuls que s'applique le mot cautionnement, car eux seuls promettent par stipulation.

L'adpromissio
seule forme
de cautionne-
ment romain

(1) Il importe d'insister sur ce point parce que Mitteis a voulu faire dériver le cautionnement et la stipulation des sûretés judiciaires. M. Collinet a combattu cette opinion, car il est impossible de transporter une théorie du domaine judiciaire au domaine contractuel (V. plus haut les origines de la stipulation).

Autres procédés de cautionnement.

tion (cavere, d'où est venu cautio. Caution en français désigne une personne, tandis qu'en droit romain cautio est le fait de promettre). Ajoutons qu'à côté de l'adpromissio, les Romains ont connu d'autres procédés de garantie non formalistes que nous étudierons ensuite.

Section I.

Les Adpromissores.

Ce sont les cautions qui s'engagent par contrat verbal. La plus ancienne forme est la sponsio contenant le mot spondeo prononcé par le sponsor. Puis viennent la fidepromissio et le fidepromissor. Enfin, fidejussio et le fidejussor. L'adpromissio est le parallèle de l'adstipulatio, mais elle est bien plus importante.

§ I - La sponsio et la Fidepromissio.

La sponsio, son origine comme procédé de garantie d'une composition.

La sponsio est le mode le plus ancien de cautionnement. D'après M. Collinet (1) la stipulation a commencé par être une sponsio à titre de cautionnement. Mais le cautionnement est par essence une obligation accessoire ; où est primitivement l'obligation principale ? Cet obligé principal est à son avis un délinquant, un voleur qui va être mis à mort. Il demande grâce. La victime consent à composer pour une somme déterminée à condition qu'il donne un répondant. Primus, un membre de la gens, un ami du voleur répond pour lui à l'aide d'une sponsio qui, alors, est un contrat principal. Ce serait ainsi que le cautionnement aurait fait son entrée en droit romain (2). La formule était très simple "spondesne decem ? spondes ?

Son extension comme obligation accessoire, garantissant une dette contractuelle.

Plus tard, c'est-à-dire vers le VII^e siècle ab. U.C., alors que le système de l'adpromissio est complet la sponsio est devenue réellement une obligation accessoire à celle d'un débiteur principal, s'engageant lui-même par sponsio contractuellement (p. ex. un em-

(1) Mélanges Gérardin 1907.

(2) Pour M. Collinet, la différence d'origine de la Solidarité et du cautionnement est celle-ci : la 1^{ère} naît entre personnes ayant des intérêts communs (co-cautions, consortes co-vendeurs, etc,...) et pour des actes licites faits ensemble ; le 2^{ème} se forme entre personnes étrangères l'une à l'autre, dans le domaine des délits, dont la caution promet réparation.

prunteur à intérêts). Le répondant s'engage alors par stipulation accessoire dans laquelle le créancier demande idem spondesne et auquel il répond idem spondes.

La fidepromissio procédé créé pour rendre le cautionnement accessible aux pérégrins.

La sponsio n'était accessible qu'aux citoyens romains ou aux pérégrins ayant le jus commercii. Quand les affaires s'accrurent à Rome, des pérégrins qui n'avaient pas le jus commercii et à qui les Romains demandaient d'être cautions, ne pouvant employer le terme spondes, les prudents inventèrent une nouvelle formule: fide promittisne ? fide tua promittisne ? promets-tu sur ta foi. Nous retrouvons là la fides, dans les rapports entre Romains et pérégrins, ce qui confirme l'idée déjà émise que la fides est une idée du droit international.

Caractères à la sponsio et à la fide promissio.

La fidepromissio a des caractères communs avec la sponsio. 1° - Les obligations du sponsor et du fidepromissor sont intransmissibles aux héritiers, cela à cause du caractère personnel et physique de l'engagement primitif. 2° - Par ces procédés, on ne pouvait cautionner qu'une obligation principale verbis. On n'aurait donc pas pu garantir ainsi un mutuum; en pratique l'inconvénient disparaissait puisqu'on confirmait le mutuum par une stipulation (à cause des intérêts).

3° - Enfin le sponsor et le fidepromissor sont obligés même si l'obligation principale n'est pas valable, par exemple si la dette a été contractée par un pupille sans l'auctoritas tutoris. Le créancier n'a pas d'action contre la pupille sorti de tutelle. Cependant l'obligation du sponsor et du fidepromissor, qui ont cautionné ce pupille est valable, parce que leur engagement est un engagement abstrait. On explique par là la loi Marcellus (D. 46.1.25) relative au prodigue. (V. obligations naturelles).

La situation rigoureuse du sponsor et du fidepromissor.

Le régime appliqué d'abord au sponsor et au fidepromissore était un régime rigoureux en raison de leur assimilation complète avec le débiteur principal. En effet, le créancier n'ayant le droit d'agir qu'une fois (effet extinctif de la litis contestatio) devait choisir entre le débiteur principal et la caution. Il choisissait le plus solvable, c'est-à-dire ordinairement la caution qui se trouvait ainsi exposée seule à la poursuite.

De plus, le régime était rigoureux encore du fait que la caution, qui avait payé, était démunie de tout recours contre le débiteur principal ou contre ses co-cautions, si le créancier en avait exigé plusieurs qui - autre rigueur - étaient légalement tenues solidairement (1).

(1) P. Collinet, La garanzia solidale (Mémoire de l'Académie de Bologne, 1930-1931); Les Vestiges de la

L'assimilation du sponsor ou du fidepromissor au débiteur principal se comprend cependant si on admet que le mode de cautionnement le plus ancien a été au début un mode de s'obliger principal (v. plus haut) la caution se substituant complètement au débiteur principal.

Adoucissements
apportés par
des lois à la
situation
des sponsores
et des fide-
promissores.

Il arriva sans doute un moment où, à cause de ces rigueurs, les débiteurs ne trouvaient plus de caution. Force fut d'apporter des adoucissements à la condition du sponsor et du fidepromissore. Les réformes que nous allons voir sont une des manifestations de la lutte entre patriciens et plébéiens, un des épisodes des luttes sociales des VI^e et VII^e siècles ab. J.C.; les plébéiens étant les emprunteurs de qui les patriciens exigeaient des cautions qui sont, elles aussi, des plébéiens.

Les adoucissements sont venus d'un ensemble de lois comitiales (Gaius, III, 121-127) (dates: Manuel de Girard).

La Publilia.

1^o - Ce fut d'abord la loi Publilia qui donna un recours au sponsor contre le débiteur principal, recours très énergique par l'actio depensi ouvrant la manus injectio, lorsque le débiteur principal n'avait pas remboursé dans les six mois l'aes depensum.

Loi Apuleia.

2^o - En cas de pluralité des cautions, celle qui avait payé n'avait de recours contre les autres que s'il existait entre elles une société (cf. la solidarité). A défaut de cette société, une loi Apuleia autorise un recours.

Loi Furia.

3^o - La Loi Furia de Sponsu relative aux seuls sponsores et fidepromissores d'Italie, déclare qu'une division de plein droit existera entre les cautions vivantes à l'échéance. Le créancier ne peut demander à la caution que sa part virile; s'il demande plus, il s'expose à un recours par manus injectio. La même Loi limite à deux ans l'engagement de ces cautions d'Italie.

Loi Cicereia.

4^o - La Loi Cicereia oblige le créancier qui veut obtenir une caution à déclarer à haute voix (prædicare) le nombre des cautions déjà engagées et le montant de la dette.

Loi Cornelia.

5^o - La Loi Cornelia, applicable à toutes les cautions (y compris les fidéjusseurs) limite à 20.000 s. (1.000 frs or) les engagements d'une même caution pendant l'année.

Les cautions anciennes avaient ainsi acquis beaucoup d'avantages. Après avoir été trop durement traitées elles furent trop favorisées. C'était le créancier à son tour qui souffrait du régime légal. En particulier l'obligation de diviser ses poursuites entre les cau-
(suite) Solidarité familiale (Mél. Glots. I. 1932).

Apparition
d'une nouvel-
le forme d'en-
gagement la
fidejussio.

tions vivantes affaiblissait ses chances d'être payé.

Aussi, arriva-t-il sans doute que dans la pratique, les capitalistes, les banquiers refusèrent de prêter de l'argent à un débiteur, parce que les cautions qu'il offrait, sponsor ou fidepromissor étaient trop énergiquement protégées. Pour rétablir la situation, les prudents, conseillers des gens d'affaires, imaginèrent que la caution n'aurait qu'à s'engager par un autre mot que spondes ou fidepromitto. Alors, il est clair que ce nouvel engagé ne profitera pas des avantages dont jouissent les cautions anciennes. Le terme choisi fut fidejubere. Le créancier demandera à la caution: prends-tu la responsabilité de l'engagement sous ta foi ? : Id fide tua jubesne ? fide jubeo (remarquons encore le mot fides).

C'est la troisième forme de cautionnement, la fidejussio, la seule survivant sous Justinien, et dont notre ancien droit avait recueilli la suite.

§ 2 - La Fidejussio.

Créée sans doute au VII^e siècle, avant la dictature de Sylla, puisque la Loi Cornelia s'applique aussi à cette forme de caution, la fidejussio obéit aux règles suivantes:

Caractères
propres de la
fidejussio.

1° - Il ne faut pas que l'obligation du fidéjussor soit plus dure que celle du débiteur principal.

2° - A la différence des deux autres, l'obligation du fidéjussor passe à ses héritiers.

3° - Par opposition encore avec les modes anciens, le fidéjussor peut garantir une dette née d'une cause quelconque. Contrat de bonne foi ou de droit strict, délit, quasi-contrat, quasi-délit, ou dette simplement naturelle.

4° - Enfin s'il y a plusieurs fidéjussors, ils sont tenus chacun in solidum comme l'avaient été les cautions anciennes.

Adoucissement
de la situa-
tion des fide-
jussors.

On voit que le régime appliqué aux fidéjussors était très dur. Ils n'avaient aucun avantage, ni le bénéfice de discussion, ni celui de division, ni de recours contre le débiteur principal ou entre eux. Ils étaient traités comme le débiteur principal. On était revenu, pour eux, au régime primitif. Pour réagir contre le régime trop doux des cautions anciennes, on était passé d'un extrême à l'autre.

Il est probable que les débiteurs ne trouvèrent plus de fidéjussors, si bien que l'évolution pour le fidéjussor dut se refaire dans le même sens de l'adoucissement qui s'était produit pour les sponsores et fidepromissoires. C'est là un exemple de doublet, d'évolution recommencée comme il s'en rencontre parfois.

en histoire. Voyons de quelles façons la fidejussio s'est adoucie dès le droit classique.

1°- Bénéfice de division d'Hadrien.

1er Adoucissement.- Quand il existait plusieurs fidéjusseurs, celui qui était poursuivi par le créancier n'avait pas la possibilité d'écarter la condamnation pour le tout, en invoquant la division imaginée par la Loi Furia. C'est seulement l'empereur Hadrien qui accorda à chacun d'eux le bénéfice de division qui rappelle la Loi Furia, mais avec des différences: a) la division entre fidéjusseurs ne fonctionne qu'entre cautions solvables (et non pas vivantes), avantage pour le créancier. b) Ce n'est pas une division légale; elle fonctionne par le moyen de l'exception de dol que le fidéjusseur oppose afin de n'être poursuivi que pour sa part.

2°- Recours contre le débiteur principal.

a) par l'actio mandati contraria.

b) par la cession d'actions.

2ème adoucissement.- Le fidéjusseur obtient un recours contre le débiteur principal.

a) Le fidéjusseur sur le point d'être poursuivi se fait donner par le débiteur mandat de payer le créancier. En conséquence, il a un recours par l'actio mandati contraria contre le débiteur principal, son mandant.

b) Le fidéjusseur qui a payé pourra recourir contre le débiteur principal à l'aide des actions du créancier désintéressé. Lorsque le créancier le poursuit, le fidéjusseur lui réclame la cession de ses actions. Si le créancier ne veut pas céder ses actions, la caution est en droit de lui refuser de la payer par l'exception de dol. La cession des actions du créancier au fidéjusseur est en droit romain un procédé de la pratique. En droit français cette cession est devenue légale. Elle se produit par subrogation légale. (C. Civ 1251. 3°)

3° - Moyens pratiques pour assurer le recours de la caution qui a payé contre les autres.

3ème adoucissement.- Le fidéjusseur qui entre plusieurs avait payé, n'avait pas de recours contre ses cofidéjusseurs. Nous avons vu la même chose pour les codébiteurs solidaires, pour les sponsores, les fidepromissores. Les Romains n'ont changé le principe pour aucun. Mais, en pratique, si les cautions sont associées, et c'est un cas très fréquent (un associé emprunte et ses co-associés le cautionnent), celle qui a payé recourt contre les autres par l'actio pro socio. Ou bien, en l'absence de société ou de mandat, le cofidéjusseur poursuivi peut faire céder les actions du créancier pour recourir aussi contre les autres, comme il agissait contre le débiteur.

Les fidéjusseurs ont obtenu ainsi, dès l'époque classique, deux bénéfices: le bénéfice de division et le bénéfice de cession d'actions. On verra plus tard que Justinien leur a concédé le troisième, le bénéfice de discussion.

Quant au créancier, sa situation s'améliora parallèlement dès avant Justinien aussi.

Moyens pratiques imaginés pour écarter l'effet de la L.C. en faveur du créancier.

Le créancier ne pouvait agir qu'une fois en poursuivant soit le débiteur principal, soit le fidéjusseur ou l'un des fidéjusseurs. Le créancier pourra désormais renouveler sa poursuite s'il a pris les précautions nécessaires. Celles-ci sont au nombre de trois et sont destinées à écarter l'effet extinctif de la *litis contestatio*.

a) le mandat.

a) Au moment de poursuivre la caution, il se fera donner mandat par elle de poursuivre le débiteur principal. Donc, si celui-ci ne paie pas toute la dette, le créancier aura un recours contre la caution par l'*actio mandati contraria*, puisqu'elle était son mandataire et qu'il a subi un préjudice, dans l'exercice du mandat. Le créancier a ainsi deux actions au lieu d'une.

b) *fidejussio indemnitis*.

b) Le créancier, au lieu de faire promettre à la caution la même chose que le débiteur principal, *idem*, l'interroge par une formule spéciale: promets-tu la différence entre le montant de la dette et ce que j'aurai pu obtenir du débiteur? C'est la *fidejussio indemnitis*, sorte d'assurance contractée au profit du créancier par le fidéjusseur, qui lui garantit de l'indemniser de tout ce qu'il n'aurait pas touché du débiteur.

Le créancier obtient ainsi deux actions, l'une contre le débiteur principal (l'action du contrat ou du délit), l'autre contre le fidéjussor pour le reste (l'action *ex stipulatu*).

c) clause excluant l'effet extinctif de la L.C.

c) Enfin, on prit l'habitude dans les cautions, dans les actes, d'insérer une clause par laquelle on écartait l'effet extinctif de la *litis contestatio*, le créancier étant autorisé par le débiteur et les cautions à agir contre chacun d'eux successivement tant qu'il n'aura pas obtenu complète satisfaction. Cette clause est devenue de style et a préparé la réforme de Justinien (V. plus loin).

Le créancier, favorisé par ces procédés quand il demandait des fidéjusseurs, pouvait également trouver des avantages analogues en utilisant les modes non formalistes de cautionnement dont nous allons dire quelques mots.

Section II

Modes non formalistes du cautionnement.

§ I- Les modes prétoriens.

Pacte de
Constitut et
receptum ar-
gentarii.

Dans le *constitutum debiti alieni*, le constituant joue le rôle de caution, comme le banquier, dans le *receptum argentarii* (v. plus haut). Les faveurs accordées au fidéjusseur se sont étendues au constituant.

§ 2 - Le *Mandatum pecuniae credendae*.

Mandat qui a
pour objet de
l'argent qui
doit être
prêté.

L'expression s'entend d'un mandat qui a pour objet de prêter de l'argent, on l'appelle parfois mandat de crédit (1). Secundus veut emprunter une somme à Primus. Celui-ci consent à lui prêter, mais à condition qu'il fournisse une garantie autre qu'un adpromissor. Tertius accepte de donner mandat à Primus (le futur créancier) de prêter l'argent à lui Secundus (le futur débiteur). Quand le mandat a été donné et que le prêt a été effectué, Tertius joue le rôle d'une caution. Comparer aujourd'hui la lettre de crédit.

Les Romains n'avaient pas admis sans hésitation ce mandat (Gaius III, 156), parce que le mandat doit être dans l'intérêt du mandant. Servius Sulpicius tenait pour la négative, Sabinus pour l'affirmative. C'est son avis qui l'emporta, car, si ce mandat est bien dans l'intérêt du mandataire, Primus, il est aussi dans l'intérêt d'un tiers, Secundus, à qui il procure du crédit.

Avantage de
ce procédé au
point de vue
de L.C.

Ce procédé est avantageux pour le créancier, parce que l'effet extinctif de la *litis contestatio* en est écarté. Supposons que le débiteur ne paie pas à l'échéance, le créancier l'attaque par l'action du prêt (a. *certas creditae pecuniae*). S'il n'obtient pas son paiement ou s'il n'en obtient qu'une fraction, il peut se retourner contre Tertius, le *mandator pecuniae credendae*, par l'action *mandati contraria*, en lui demandant une indemnité pour le préjudice dont l'a fait souffrir l'exécution du mandat (Cf. les deux applications antérieures du mandat).

Le bénéfice de division a été étendu aux *mandatores pecuniae credendae*.

(1) G.C. Constandak, thèse Paris, 1932.

Section III

Droit de Justinien.

Le droit de l'époque antérieure à Justinien présentait une diversité frappante des procédés de cautionnement: 1° - la sponsio, la fidepromissio, la fidejussio comme procédés de droit civil; 2° - le receptum argentarii, le constitut comme procédés prétoriens; 3° - le mandatum pecuniae credendae comme procédé imaginé par les prudents.

Simplification du cautionnement.

Comme partout, Justinien a eu l'heureuse idée de simplifier. Sa compilation supprime toutes les mentions de sponsio et de fidepromissio. Il ne reste plus comme mode d'adpromissio que la fidejussio (d'où de nombreuses interpolations). Puis il fond, comme on l'a vu, le receptum dans le constitut. Il maintient enfin le mandatum pecuniae credendae.

Sous Justinien les procédés sont ainsi ramenés de six à trois: le fidejussio, le pacte de constitut, le mandatum pecuniae credendae. Aujourd'hui il n'en existe plus qu'un.

Bénéfices accordés à la caution.

Les avantages concédés aux cautions se retrouvent en droit français: 1° - l'effet extinctif de la litis contestatio a été aboli par la loi 28 de fidejussoribus au Code (8.40), déjà mentionné à propos des débiteurs solidaires. Le créancier peut dorénavant recommencer sa poursuite jusqu'à parfait paiement.

2° - Le Bénéfice de division d'Hadrien existe pour toutes les cautions.

3° - Le Bénéfice de cession d'actions, leur appartient à toutes également, et assure leur recours contre le débiteur ou entre cautions, en dehors des actions en recours indiquées ci-dessus (a. pro socio, mandati contraria).

4° - Enfin un bénéfice nouveau, le bénéfice de discussion (beneficium excussionis), a été créé par Justinien dans sa Novelle 4 (535). La caution poursuivie la première avant le débiteur principal peut repousser le créancier, en le renvoyant à poursuivre d'abord le débiteur principal, en l'invitant à "discuter", à secouer celui-ci en première ligne et à ne revenir à elle que s'il n'a pas obtenu le paiement intégral.

Section IVExtinction du Cautionnement.

Caractère
accessoire du
cautionnement.
Extinction par
voie accessoi-
re.

1° - C'est un contrat accessoire qui suppose une obligation principale valable. Il doit donc s'éteindre de façon accessoire quand la dette s'éteint par l'un des procédés connus. Seulement, ce qui est particulier au droit romain et n'existe plus chez nous, l'extinction du cautionnement sera tantôt civile, ipso jure, tantôt prétorienne, exceptionis ope, même sous Justinien encore.

Extinction
par voie prin-
cipale.

2° - Le cautionnement peut s'éteindre aussi de façon principale sans que la dette principale disparaisse, par exemple par l'effet du biennium pour les sponsores et fidepromissores d'Italie ou par leur mort.

Pour le fidéjusseur et les autres cautions récentes, leur obligation peut disparaître par la volonté du créancier qui fait remise à la caution de son obligation sans libérer le débiteur principal ou par les procédés qui éteignent la dette en la personne de la caution (comme la confusion, la compensation) sans atteindre le débiteur principal.

Chapitre II.

LES SURETES RELLES.

Pour garantir l'obligation le créancier peut exiger l'intervention d'une personne tierce. C'est la sûreté personnelle, le cautionnement.

Ou bien il peut exiger l'affectation d'un bien ou du patrimoine à la garantie de la dette. Ce sont les sûretés réelles. Au lieu de personnes garantes, nous avons affaire à des choses.

En droit romain, comme en droit moderne, c'est un principe que les créanciers possèdent un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur. Tous les biens du débiteur répondent de la dette (a. 2092-2093 C.C.). Dans le droit germanique et dans le droit du moyen âge, les meubles seuls répondaient des dettes.

En droit romain : 1°- s'il y a plusieurs créanciers, le patrimoine répond pour toutes leurs créances. En conséquence, si le patrimoine ne suffit pas à les payer tous, se produit la loi du concours des créanciers; tous viennent en concurrence et sont réglés au prorata de leurs créances, avec réductions proportionnelles. On liquide l'actif du débiteur sous forme d'une distribution par contribution en cas de bonorum venditio.

Tel est le traitement des créanciers dits chirographaires, les créanciers ordinaires. Pas de droit de préférence pour l'un ou pour l'autre.

2°- De même si un bien immobilier est sorti du patrimoine du débiteur, sans fraude, les créanciers ne possèdent pas le moyen de le faire rentrer dans le patrimoine du débiteur, parce que les créanciers chirographaires ne sont pas munis du droit de suite plus que du droit de préférence. En conséquence les créanciers chirographaires sont exposés à voir à tout moment leur échapper leur gage. Comment se prémunissent-ils à Rome ou aujourd'hui contre les risques de leur condition ? Par, les sûretés réelles.

Les sûretés réelles, en droit romain, sont au nombre de trois : fiducie, gage, hypothèque. Les deux dernières seules subsistent sous Justinien et de nos jours.

Droit de gage
général du
créancier sur
les biens de
leur débiteur.
Dangers cou-
rus par les
créanciers.

Section I

La fiducie.

La fiducie
contrat re.

La fiducie est comme le gage, un contrat re., quoiqu'on l'appelle ordinairement le pacte de fiducie, parcequ'elle se concluait sous la forme d'un pacte ad-
joint à un transfert de propriété.

Définition.

C'est une opération par laquelle une personne recevant la propriété d'une chose, s'engage à restituer cette propriété à l'aliénateur, lorsque la dette lui sera remboursée.

Absence de
sanction direc-
te de la fidu-
cie à l'époque
primitive a-
vant l'appari-
tion de l'ac-
tio fiduciae.

Le mot fiducie désigne l'objet du contrat. L'opération n'a pas été sanctionnée dès les origines par des actions, mais était laissée à la foi (fides) de l'acquéreur. L'aliénateur qui remboursait sa dette n'avait pas de moyen direct d'agir contre le créancier. Il n'avait qu'un moyen indirect de reprendre la propriété de la chose : l'*usureceptio fiduciae*, procédé assez peu pratique (Voir Ière Année).

A la fin de la République, la fiducie a été sanctionnée par des actions *in factum* prétoriennes et par des actions *in jus* civiles de bonne foi (actions directes et contraire).

Modes de
transfert aux-
quels peut
être adjointe
la fiducie.
Sa disparition
dans le droit
de Justinien.

Le pacte de fiducie ne peut être adjoint à une *traditio*, celle-ci exige en effet, pour être trans-
lative de propriété une *justa causa*, c'est-à-dire la volonté d'aliéner et d'acquérir définitivement. La fiducie est contradictoire à cette volonté puisqu'elle implique le retour de la chose à l'aliénateur. La fiducie s'adjoint donc seulement à une *mancipatio* (cf. Triptyques de Transylvanie) ou à une *jure cessio*. Les deux formes de transfert ayant disparu du droit de Justinien, la fiducie a été également effacée du Digeste. Partout où il était question de *fiducia*, les compilateurs ont mis un terme équivalent, le plus souvent *pignus* (I). C'est en effet du *pignus* ou gage que la fiducie se rapproche le plus, mais, tandis que le gage est un transfert de possession, la fiducie suppose un transfert de propriété.

Les deux ty-
pes de fiducie
cum creditore
ou cum amico.

Ce transfert de propriété par fiducie s'accom-
plit à Rome dans deux domaines différents, soit,
à titre gratuit, *fiducia cum amico*, soit à titre oné-

(I) M. Lenel a retrouvé la fiducie par la méthode des inscriptions (Girard, p. 552, n° 2).

reux, fiducia cum creditore. Grâce à la fiducia cum amico on pouvait : faire un commodat, un dépôt, une donation à cause de mort (D.39.6.42). une dot, un fidéicommiss entre vifs, toutes opérations à titre gratuit impliquant la volonté de retour.

La fiducia cum creditore est faite à titre onéreux pour garantir une dette. C'est celle qui nous intéresse. Le créancier acquéreur devient propriétaire de la chose à titre de sûreté; par conséquent, quand le débiteur aliénateur aura payé, l'acquéreur ex-créancier sera tenu de lui retransférer la propriété, sous peine d'être poursuivi par l'actio fiduciae.

Rappelons que la fiducia jouait son rôle aussi dans les droits de famille -(coemptio fiduciae causa).

Comment concevoir l'emploi de la fiducia comme sûreté réelle? Les jurisconsultes primitifs, à Rome et dans beaucoup d'autres législations, ont pour la première conception que la seule sûreté possible à envisager c'est le transfert de propriété, avec clause de retour. La sûreté réelle primitive constitue une vente à réméré. Le débiteur vend sa chose au créancier avec clause de rachat. La mancipation fiduciaire n'est autre chose qu'une vente à réméré, dont le prix était la créance payée.

Au point de vue pratique l'aliénation fiduciaire était un moyen de garantie très puissant et même trop puissant.

En effet : 1°- Le créancier est très avantage; puisqu'il acquiert le droit de propriété, il peut faire de la chose tout ce qu'il veut, la vendre, l'hypothéquer, la grever de servitudes.

2°- Le débiteur en revanche a une situation très défavorable, car il n'a plus d'action réelle pour reprendre la chose si le créancier ne la lui rend pas de bon gré. Il n'a plus qu'une action personnelle sur laquelle il est exposé au concours des autres créanciers. Il a perdu le droit de suite et le droit de préférence.

3°- Quand il reprend la chose, il la reprend cum sua causa, grevée des charges réelles que le créancier avait constituées pendant qu'il était propriétaire : hypothèques ou servitudes. Les rôles sont donc renversés : c'est le débiteur qui se trouve dans une situation inférieure par rapport au créancier.

4°- D'autre part, il épuise son crédit d'un seul coup. S'il a une dette de 10.000 s. et donne pour la garantie un immeuble de 100.000, il ne peut plus s'en servir pour garantir une autre dette.

5°- Enfin il perd temporairement la jouissance de la chose. C'est sur ce point que les Romains ont

La fiducia
en tant que
sûreté réelle.

Inconvénients
pour le débi-
teur.

Amélioration
partielle en

laissant au débiteur la possession ou la détention de la chose.

apporté un remède à cet excès de puissance de la fiducie. En fait, le créancier avait pris l'habitude de laisser la jouissance au débiteur. Tout en devenant propriétaire, il convenait avec le débiteur que celui-ci resterait en possession de la fiducie à titre de locataire soit de précariste, ce qui lui laissait dans le premier cas la détention, dans le deuxième cas la possession de la chose.

Section II.

Le gage.

La fiducie (venue du droit national) était une sûreté trop forte. Les Romains ont imaginé une autre sûreté moins désavantageuse pour le débiteur, le gage, pignus, contrat, re aussi (mais du jus gentium).

Caractères du pignus.

Le gage est un transfert de possession, qui confère au créancier gagiste les interdits possessoires (et pas seulement la détention), la propriété restant aux mains du débiteur.

Le gage se retrouve dans toutes les législations anciennes où il joue deux rôles.

Rôle primitif du gage.

Le gage, comme le dit exactement M.E. Champeaux, n'a pas été destiné primitivement à constituer une sûreté du créancier. Dans le droit le plus ancien, l'objet donné en gage était un objet de peu de valeur remis par une personne à l'autre, non à titre de garantie d'une dette, mais comme signe de la conclusion d'une opération. Ce qui est tout de même en un sens, une sorte de garantie, la garantie de la conclusion de l'opération, tel l'anneau des fiançailles. Le pignus se confond avec les arrhes dans cette fonction d'instrument de preuve du contrat.

Le gage en tant que sûreté réelle.

Ce n'est pas cela qui nous intéresse : c'est sa fonction définitive. Quand le pignus a une certaine valeur, il sert de garantie au paiement de la créance. En pratique, le pignus porte à Rome, comme chez nous, plutôt sur les meubles que sur les immeubles. Le gage immobilier, l'antichrèse, est d'origine grecque, et se rapproche beaucoup de l'hypothèque.

Comparaison avec la fiducie.

Le gage présentait par rapport à la fiducie des avantages certains pour le débiteur :

1°- Le créancier gagiste ne devient plus propriétaire. Il n'est que possesseur avec les interdits possessoires. Mais sa sûreté est encore suffisante par

(1) Cf. Champeaux, Mélanges Gérard, I.P. 155-182

ce que, grâce à ces interdits, il peut conserver ou recouvrer le gage, s'il est troublé dans sa possession.

2°- De son côté le débiteur reste propriétaire. Il garde la revendication contre le créancier qui ne veut pas lui rendre la chose à l'échéance. Il peut poursuivre aussi la chose entre les mains d'un tiers. Si le créancier gagiste est en faillite, il jouit d'un droit de préférence.

3°- Mais toutes les fois qu'entre en jeu l'action en revendication, elle oblige le débiteur à prouver sa propriété. Or la preuve de la propriété est très difficile. En fait le débiteur réclamera la chose par une action personnelle, spécialement créée pour le gage, l'action pigneraticia (in factum ou in jus). Cette action se présente sous le double aspect d'action directe et d'action contraire (en faveur du créancier gagiste).

Différentes
espèces de
gages.

Le gage était de plusieurs espèces à Rome. Celui dont nous venons de parler constitue le gage conventionnel. Mais il existait aussi des gages judiciaires, le pignus praetorium et le pignus ex causa iudicati captum (le gage saisi en vertu d'un jugement).

Inconvénients
du gage.

Le pignus qui possédait on l'a vu, des avantages par rapport à la fiducie, avait aussi des inconvénients : 1°- le débiteur perd la jouissance de la chose; 2°- il épuise son crédit d'un seul coup; 3°- d'autre part, le créancier gagiste n'eut pas, pendant très longtemps, le droit de vendre le gage, s'il n'était pas payé à l'échéance. Il n'avait que le droit d'en retenir la possession jusqu'au paiement : jus possidendi, jus retinendi, droit de rétention. Ce n'est que par un développement postérieur que le droit de vente jus distrahendi, lui fut conféré à l'imitation de l'hypothèque.

Section III.

L'hypothèque.

Elle reste encore aujourd'hui la plus parfaite des sûretés réelles, quoique l'hypothèque française ait encore bien des défauts. En droit romain, on l'appelle le pignus ou hypotheca car elle a des analogies avec le gage, Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt (Marcien D.20.1.5.1.), ce qui est loin d'être absolument exact.

Comparaison
avec le gage.

L'hypothèque romaine diffère en effet du gage : 1°- Le gage est un contrat du droit civil qui engendre une action personnelle ; l'hypothèque est une

création prétorienne, d'où sort une action réelle, l'actio quasi serviana (on verra plus loin pourquoi), on hypothecaria (terme qu'on a prétendu interpolé, comme le mot hypotheca même; contra : Erman, *Mélanges Girard II*, P. 419 et suiv.)

2°- Le gage entraîne dépossSESSION du débiteur; l'hypothèque lui laisse sa possession.

Définition de l'hypothèque : L'hypothèque est un droit réel prétorien qui permet au créancier non payé à l'échéance de se faire mettre en possession, soit d'une chose déterminée, soit de tous les biens du débiteur et lui permet en outre, par un développement historique plus récent, de faire vendre le bien hypothéqué en se faisant payer par préférence sur le prix de la vente.

Ce procédé présente tous les avantages possibles :

1°- Le créancier grâce à l'hypothèque a une sûreté suffisamment forte, il a un droit réel, une action réelle dotée du droit de suite, il peut donc poursuivre tous les possesseurs de la chose, pour obtenir lui-même la possession *ins possidendi*.

2°- Il a le droit de vendre, *jus distrahendi*, qui est le droit le plus avantageux pour lui, puisqu'il peut ainsi retrouver son argent sur le prix de la chose et par préférence aux autres créanciers.

3°- Pour le débiteur, l'hypothèque est la sûreté la moins désavantageuse. Il garde la propriété et la revendication, il garde même la possession et la jouissance de la chose. Il n'épuise pas son crédit d'un seul coup puisqu'il n'a pas à livrer la chose de suite, il peut donc constituer des hypothèques successives pour différentes dettes, en faisant jouer pleinement son crédit. Il est vrai que l'hypothèque couvre cette chose et menace le débiteur. Elle ne le gêne pas cependant. C'est à peine s'il s'aperçoit que son bien est grevé et la conséquence, très dangereuse en fait, c'est qu'il continue à faire des dettes.

Les trois moyens que nous avons indiqués, (fiducie, gage, hypothèque) constituent l'ensemble des sûretés réelles romaines. Ont-elles été très pratiquées à Rome ?

Dans tous les pays modernes, les sûretés réelles l'emportent de beaucoup sur les sûretés personnelles. Les créanciers exigent plutôt une hypothèque qu'une caution. Les Romains semblent d'abord avoir tenu beaucoup plus aux sûretés personnelles qu'aux sûretés réelles. Ils ont conservé longtemps la mentalité du paysan, sa méfiance, en vertu de laquelle le créancier préfère la caution personnelle, parce qu'il

Avantages
de l'hypothèque.

Dangers qu'elle
présente pour
le débiteur.

Vue d'ensemble
sur la comparaison
des sûretés réelles
avec le
cautionnement.

connaît l'homme qui la fournit. Cependant les Romains ont senti que les sûretés réelles contenaient une garantie plus forte que les sûretés personnelles. En effet la caution, c'est en somme un patrimoine, on n'accepte une caution que parce qu'on la croit solvable, c'est-à-dire parce qu'elle représente un patrimoine solide. Le cautionnement se ramène donc en définitive à une question réelle. Les Romains se sont aperçus que la sûreté réelle directe obtenue du débiteur pouvait offrir autant et plus d'avantages que l'intervention personnelle d'un tiers. Pomponius (D.50,17,28) ne manque pas de remarquer : "plus cautionis in re est quam in persona :

Il y a une garantie plus forte dans la chose que dans la personne ". C'était là le point de vue nouveau, annonçant ce qui sera le droit d'aujourd'hui où le crédit réel a pris le pas sur le crédit personnel (sauf en droit commercial).

Section IV.

Histoire et théorie sommaires

de l'hypothèque.

Les origines
de l'hypothèque.

Gage sans dé-
possession du
bailleur d'un
fonds rural.

sur les invecta
et illata
du fermier.

L'interdit
Salvien et l'action
Servienne.

Les origines de l'hypothèque ont donné lieu à
des théories variées.

On a pensé à faire venir l'hypothèque du droit grec, mais il y a des différences telles entre l'hypothèque grecque et l'hypothèque romaine que cette théorie a été abandonnée.

L'hypothèque est l'aboutissement d'un système purement romain (peut-être provoqué sous l'influence grecque). Voici comment on l'envisage aujourd'hui (I).

Dans le bail rural, le fermier pouvait par pacte, affecter à la garantie du paiement du fermage tout ce qui se trouvait sur la ferme, matériel, chevaux, bétail, récoltes, invecta et illata. Ces choses ne pouvaient être mises en gage chez le bailleur, il fallait absolument que la garantie du bailleur fût effectuée par un gage sans déplacement. La sanction prétorienne de ce pacte était double : l'interdit Salvien créé par un Salvius et l'action Servienne créée par un Servius. Celle-ci permettait au bailleur d'obtenir contre le fermier ou contre les tiers acquéreurs si le

(I) N. Herzen des origines de l'hypothèque, 1899.

fermier ne payait pas, la possession des biens affectés afin de pouvoir les retenir comme gage.

Généralisation
de cette con-
vention, l'a.
quasi-servienne.

Or l'hypothèque est sanctionnée par une action quasi-servienne vel hypothecaria. Donc il n'y a pas de doute que les Romains ont copié dans le pacte d'hypothèque le pacte rural, l'action hypothécaire est la généralisation de l'action servienne: l'hypothèque s'applique dans les rapports entre n'importe quels créanciers et quels débiteurs.

L'interdit et les actions ci-dessus ont apparu d'après Herzen entre 54 av. J.C. et 50 ap. J.C.

§ I- Variétés d'hypothèques.

Aujourd'hui existent trois sortes d'hypothèques conventionnelle, judiciaire, légale. Les Romains ne connaissaient pas l'hypothèque judiciaire, mais avaient une hypothèque testamentaire sur laquelle nous renverrons aux Manuels.

A- Hypothèque conventionnelle.

Comparons le régime français et le régime ro-
main.

Comparaison
de l'h. con-
ventionnelle
en droit ro-
main et en
droit français.

1°- L'hypothèque française exige un acte notarié à cause de l'importance du contrat : à Rome elle résulte d'un simple pacte, puisque c'est une institution prétorienne. Elle peut être constituée par le débiteur lui-même, ou par un tiers (caution réelle). Le constituant doit être capable et avoir au moins sur la chose l'in bonis, droit prétorien.

2°- L'hypothèque conventionnelle française est toujours spéciale et ne peut porter que sur des biens déterminés ; l'hypothèque romaine peut être spéciale ou générale.

3°- L'hypothèque française ne peut porter que sur des droits immobiliers ; l'hypothèque romaine ne porte aussi sur les meubles.

4°- En droit français l'hypothèque conventionnelle est toujours publique. Il faut pour son efficacité une inscription au bureau des hypothèques. En droit romain la publicité n'est que facultative, mais il y a le plus grand intérêt pour le créancier hypothécaire à faire cette publicité et, même en 472, Léon a donné un avantage aux hypothèques publiques en déclarant qu'elles primeraient les hypothèques faites par actes sous seings privés.

B- Hypothèques légales.

Les hypothè-
ques légales.

Les hypothèques légales (accordées de plein droit par la loi) sont tantôt spéciales, tantôt générales. Par exemple, en droit romain l'hypothèque du fisc devenue aujourd'hui un privilège (art. 2101)

sur les biens du contribuable, l'hypothèque du pupille, du mineur, surtout l'hypothèque légale de la femme sur les biens du mari (art. 2121 C.C.).

Les hypothèques privilégiées.

C- Hypothèques privilégiées.

A Rome existent aussi des hypothèques légales privilégiées remplacées en droit moderne par les privilèges (art. 2095 et suiv. C.C.).

Les Romains connaissent bien les privilèges, mais ils diffèrent totalement des privilèges modernes. En effet, le privilège romain ne confère au créancier d'avantage qu'en ce qui concerne la préférence et non pour le droit de suite : c'est un *privilegium inter personales actiones* : un privilège entre actions personnelles ou entre créanciers chirographaires. Répétons que ce qui ressemble à Rome aux privilèges modernes ce sont les hypothèques privilégiées, car nos privilèges ne sont que des hypothèques privilégiées.

Les unes et les autres permettent au titulaire de primer non seulement les créanciers ordinaires, mais même tous les créanciers hypothécaires, tenant leur hypothèque de la convention ou de la loi. Ainsi le conservateur de la chose hypothéquée à une hypothèque privilégiée en droit romain, un privilège en droit moderne (art. 2102 C.C.). La femme dotale, depuis 531 a une hypothèque privilégiée (V. Ière Année).

§ 2 - Les caractères de l'hypothèque.

L'hypothèque
1°- Droit réel
prétorien.

Ce sont en gros les mêmes en droit romain et en droit français. Ils sont au nombre de quatre :

Biens susceptibles d'hypothèque.

1°- L'hypothèque est un droit réel prétorien sanctionné par une action *in rem*. L'hypothèque en principe porte sur des biens corporels (à Rome sur les meubles aussi bien que sur les immeubles, en droit moderne uniquement sur des immeubles et des droits réels immobiliers). L'hypothèque peut porter aussi sur certaines choses incorporelles en droit : a) sur les servitudes rurales, non sur les servitudes urbaines, parce que la servitude rurale peut trouver plus facilement que la servitude urbaine acquéreur si on la vend ; b) sur le droit d'usufruit, mais pas, pour le même motif, sur le droit d'usage ou d'habitation qui ont un caractère plus personnel que l'usufruit, c) sur le droit de superficie, d'emphytéose, sur le droit de créance, *pignus nominis*, sur le droit d'hypothèque lui-même, *pignus pignoris* et enfin sur le droit de gage qui ressemble à l'hypothèque de l'hypothèque et s'appelle comme elle *pignus pignoris* (V. les Manuels).

2°- Droit accessoire.

2°- L'hypothèque est un droit accessoire; on comprend qu'il faille une dette principale pour qu'on

puisse greffer sur elle une hypothèque.

La dette principale peut être d'ailleurs civile, naturelle, future. Je puis constituer une hypothèque d'avance pour un crédit que le banquier va m'ouvrir.

3°- Droit extensible.

3°- C'est un droit extensible qui garantit le paiement de la dette avec intérêts et accessoires. Elle pèse non seulement sur la chose, mais sur tous les accessoires de l'immeuble, fruits et servitudes.

4°- Indivisible.

4°- C'est un droit indivisible. La formule de cette indivisibilité a été donnée par Dumoulin, d'une façon excellente : (jus) totum in toto et totum in qualibet parte : l'hypothèque est un droit qui est tout entier dans le tout, mais qui est aussi tout entier dans chaque partie".

Si à la suite d'un décès, l'on partage en trois parts un bien grevé d'hypothèque, Primus qui n'a qu'un tiers de l'immeuble est tenu de toute l'hypothèque et peut être poursuivi hypothécairement pour toute la dette, tandis qu'il n'est tenu que d'un tiers de la dette. Réciproquement, s'il s'agit de trois créanciers hypothécaires qui ont hérité de la créance de leur père, chacun d'eux peut poursuivre pour le tout le constituant de l'hypothèque, tandis qu'il ne peut réclamer que le tiers de la créance principale.

§ 3 - Droits et actions du créancier

hypothécaire.

Les deux droits du créancier hypothécaire.

Le créancier hypothécaire a deux droits s'il n'est pas payé à l'échéance.

1°- Le droit de se faire mettre en possession de l'objet hypothéqué, jus possidendi.

2°- Le droit de faire vendre l'objet hypothéqué, jus distrahendi.

1°- Jus possidendi.

A- Jus possidendi.

Droit du créancier hypothécaire d'obtenir la possession de l'immeuble sanctionné par la vindictio pignoris.

Dans la première période de son existence, l'action hypothécaire n'avait qu'un objet, faire mettre le créancier hypothécaire en possession du bien, convertir son hypothèque qui était un droit éventuel, une menace sur quelque chose de réel, d'effectif, qui est un gain. L'action hypothécaire est bien une vindictio pignoris, action réelle parallèle à la revendication de la propriété, rei vindictio. Ce parallèle s'exprime dans la comparaison de la formule de la revendication et de celle de l'action hypothécaire(I). L'action hypothécaire peut être donnée non

(I) La formule reconstituée par M. Lenel doit être rectifiée comme l'indique M. de Visscher dans son

seulement contre le constituant, mais aussi contre le tiers acquéreur de la chose. Le montant de la condamnation si le détenteur de la chose refuse à la livrer sur le *jussus judicis* (car l'action est arbitraire comme la revendication) varie suivant les cas.

1°- Le défendeur à l'action hypothécaire s'était mis dans l'impossibilité de livrer la chose par dol (par exemple apprenant ma poursuite, il a donné ou vendu la chose à Tertius, ou bien il l'a détruite). Il est condamné alors à la somme qui a été fixée d'avance par le créancier sous son serment prêté en justice, *juramentum in litem*, et qui peut être très élevée.

2°- En l'absence de dol, supposons que le défendeur ne puisse pas livrer la chose ou bien parce qu'elle a péri par cas fortuit ou bien parce qu'il met de la mauvaise volonté à obéir. Dans ce cas il faut distinguer (D. 20,1,21,3) selon que le défendeur est le débiteur lui-même ou un tiers détenteur.

a) Si le défendeur est le débiteur lui-même, il sera condamné au *quantum interest*, c'est-à-dire à des dommages-intérêts égaux à la somme garantie par l'hypothèque et aux accessoires, fruits intérêts etc...

b) Si le défendeur est un tiers détenteur ou une caution réelle il est condamné au *quantum ea res est*, c'est-à-dire à la valeur de la chose.

Cette différence se comprend facilement : le débiteur est tenu personnellement de la dette et en exécution de la convention on le condamne d'après le montant de la dette. Le tiers détenteur ou la caution réelle ne sont pas tenus personnellement de la dette; on les exécute *propter rem*, à titre de détenteurs. On prend donc comme base de condamnation la valeur de la chose et non la dette à laquelle ils sont étrangers.

Une autre différence existe encore. Le tiers détenteur et la caution réelle peuvent opposer certaines exceptions à l'action hypothécaire: ils jouissent de deux bénéfices:

1°- Le bénéfice de cession d'actions étendu du cautionnement à l'hypothèque, grâce auquel le défendeur condamné au *quantum ea res est* pour une dette qui n'était pas la sienne, peut recourir contre le débiteur tenu personnellement.

Nous avons aujourd'hui une procédure qui permet de dégager l'immeuble acheté des hypothèques qui le grèvent, la purge. Mais les Romains n'ont pas connu cette procédure de la purge qui nous vient de l'ancien droit.

Exceptions que peut opposer le défendeur à l'action hypothécaire.

1°- Bénéfice de cession d'actions.

2°- Bénéfice

2°- Le bénéfice de discussion par lequel le

de discussion.

tiers poursuivi peut renvoyer le créancier à réclamer d'abord au débiteur tenu personnellement.

Insuffisance
du jus possi-
dendi.

B- Jus distrahendi.

Le second droit qui appartient au créancier hypothécaire, c'est le jus distrahendi, droit de faire vendre la chose hypothéquée. Ce droit ne remonte pas à l'origine de l'hypothèque; c'est un droit nouveau qui n'apparaît qu'au II^e siècle de notre ère (sur le droit de vendre le gage ou le bien hypothéqué, Girard, p. 829-830).

Prohibition
de la lex
commis.

Une fois en possession de l'immeuble hypothéqué, le créancier a un gage, mais qui ne lui sert pas à grand chose s'il ne peut le vendre car le droit romain défend de convenir que le bien engagé serait affecté au créancier, à titre de paiement, c'est-à-dire prohibe la lex commissoria (il ne faut pas la confondre avec le pacte commissoire permis en matière de vente). C'est en effet une convention dangereuse (que le débiteur pressé d'argent accepterait) que, faute de paiement, le bien hypothéqué devienne la propriété du créancier, cela même s'il dépassait de beaucoup la valeur de la dette.

Le créancier a donc eu simplement d'abord un droit de rétention. Mais cela ne lui procure pas le paiement. Aussi a-t-on introduit assez vite le droit de faire vendre le bien hypothéqué.

Vente par le
créancier lui-
même à l'amia-
ble ou aux en-
chères.

La vente à Rome est faite par le créancier lui-même à l'amiable ou aux enchères. (non en justice, comme aujourd'hui).

Distribution
du prix entre
les créanciers
suivant l'or-
dre de leurs
hypothèques.

Par suite de cette vente, l'acquéreur devient propriétaire, propriétaire définitif à condition qu'il ait versé son prix entre les mains de tous les créanciers. Si le débiteur avait à la fois des créanciers chirographaires, des créanciers hypothécaires et des créanciers privilégiés, le règlement qui va intervenir entre ces différentes catégories n'est plus (comme quand il n'y a que des créanciers ordinaires) une distribution par contribution sur un pied d'égalité et où on est payé au prorata du montant de la créance. La distribution se fera suivant un ordre : ce sera un règlement par ordre. La hiérarchie entre les débiteurs se traduit par la hiérarchie entre les paiements. Mais tandis qu'aujourd'hui la procédure de l'ordre est une procédure judiciaire, la distribution étant faite aux créanciers par un juge préposé aux ordres, à Rome c'est une procédure privée : c'est le créancier qui a fait vendre et qui a touché le prix qui effectuera le règlement entre ses co-créanciers. D'où des possibilités de fraude par ce créancier s'il est indélicat.

Voici l'ordre des paiements:

Ordre dans lequel sont payés les créanciers.

1°- Les premiers créanciers payés sont les créanciers hypothécaires privilégiés (aujourd'hui les créanciers privilégiés).

2°- Les créanciers hypothécaires ordinaires, suivant leur rang (v. plus loin).

3°- Les créanciers privilégiés, c'est-à-dire qui ont un privilège inter personnelles actiones, qui ne sont que des chirographaires avantagés.

4°- Les créanciers chirographaires.

5°- Le débiteur lui-même prend ce qui reste et peut le réclamer par l'actio pignoratitia contraria.

§ IV - Rang des créanciers

hypothécaires.

De la règle prior tempore, potior jure.

Fixation de la date des hypothèques publicité facultative.

Par hypothèse, la chose était grevée de plusieurs hypothèques. Le règlement se fera suivant leur rang. Comment sera établi le rang entre les créanciers hypothécaires ? Celui-ci se détermine par la date de la créance : prior tempore, potior jure : celui qui est le premier dans le temps est le plus fort en droit. De là l'importance de la date des hypothèques successives. Un système de publicité aurait donc été très utile à Rome comme il en existe un aujourd'hui, comme il en existait aussi en droit grec et dans le droit assyro-babylonien. Mais les Romains n'ont pas connu la publicité de façon légale; ils n'ont connu que la publicité facultative, laquelle devait être courante puisqu'il était de l'intérêt du créancier de fixer exactement la date de sa créance.

l'exception de priorité.

A l'application de la règle: prior tempore... se rattache l'exception de priorité entre créanciers hypothécaires. Tous les créanciers hypothécaires ont à Rome, le même droit de se faire mettre en possession. Il arrivera donc en fait que Primus, étant en possession du bien hypothéqué, Tertius, troisième créancier hypothécaire, vienne l'attaquer comme possesseur pour lui réclamer la chose. Son action triompherait, si Primus n'avait le droit de faire insérer dans la formule une exception fondée sur la priorité de son rang et aboutissant à l'échec de la poursuite de Tertius.

Il en résulte que celui qui a le plus de droits c'est le créancier hypothécaire premier en rang et cela est naturel.

§ V - Extinction de l'hypothèque.

Extinction de l'hypothèque par voie accessoire ou principale.

L'hypothèque s'éteint de façon accessoire ou de façon principale.

1°- Normalement elle s'éteint de façon accessoire, toutes les fois que la dette est payée ou éteinte par un autre procédé que le paiement : *accessorium sequitur principale* (sauf la *litis contestatio*).

2°- Exceptionnellement la dette continuant à survivre, l'extinction de l'hypothèque sera principale; par exemple, si le créancier fait remise de l'hypothèque au débiteur hypothécaire, c'est-à-dire s'il renonce à l'hypothèque; s'il se produit perte de la chose hypothéquée, confusion entre le titre du créancier et du tiers constituant, vente du *pignus*. L'action hypothécaire se prescrit par 40 ans et survit ainsi 10 ans à l'action de la créance.

La *successio in locum*.

Un point particulier à examiner concerne la *successio in locum* ou la subrogation à l'hypothèque, comme on dit aujourd'hui (1).

Elle se produisait dans quatre cas :

1°- Un individu a prêté de l'argent au débiteur pour rembourser le créancier hypothécaire et ce prêteur s'est fait consentir lui-même une hypothèque, celle-ci prend le rang de celle du créancier désintéressé (art. 1250, 2° C.C.).

2°- L'acquéreur d'un bien hypothéqué consacre son prix à payer le premier la créance hypothécaire. Il est subrogé aux droits de celui-ci (article 1251 - 2° C.C.).

3°- En cas de novation par changement de créanciers (et non de débiteurs; D.20,4,3, pr. h.t. 12,5 est formel) si, le nouveau se fait constituer une hypothèque elle prend le rang de la première quoique celle-ci soit éteinte par novation.

4°- *Jus offerendae pecuniae* : le créancier soit inférieur, soit même supérieur en rang, qui paie un créancier supérieur ou inférieur, prend la place de l'hypothèque de celui qu'il a désintéressé. En pratique c'est le créancier inférieur qui rembourse le créancier supérieur pour avoir un rang meilleur (a. 1251 - 1° C.C.). Il n'est plus question aujourd'hui de paiement du créancier supérieur au créancier inférieur. En droit romain cela se voyait parce que le créancier supérieur pouvait avoir intérêt à faire

(1) Vasilescu, thèse Paris 1931.

la *successio*, si le créancier inférieur jouissait d'avantages particuliers.

On a discuté sur les effets de la *successio in locum* en droit romain. La majorité pense que c'est une succession au rang seul du créancier hypothécaire et non à son hypothèque; une autre opinion est que la *successio* porte sur l'hypothèque même, comme le suppose l'a. 1249 c. Civ. qui parle des "droits du créancier".

F I N .

Cours terminé d'imprimer le 9 juin 1934.

"Les Cours de Droit"

3, PLACE DE LA SORBONNE. 3

Répétitions Écrites et Orales

T